

Lösungsvorschlag

Anmerkung: Dieser Lösungsvorschlag soll Studierenden eine Möglichkeit demonstrieren, zu den zahlreichen durch den Sachverhalt aufgeworfenen Fragen auf begrenztem Platz Stellung zu nehmen. Er verzichtet – jenseits des Hinweises auf vereinzelt Entscheidungen des BVerfG – auf umfassende Nachweise und gibt nur einige Hinweise auf aktuelle zum NetzDG verfügbare Literatur. Der Vorschlag soll insbesondere nicht vorgeben, welche Auffassungen im Ergebnis vertretbar wären, sondern wie eine Argumentation zu den streitigen Punkten aussehen könnte. Angesichts der Aktualität der Problematik war das Entwickeln einer eigenen Argumentation lege artis gegenüber dem Zusammentragen möglicher Literatur- und Rechtsprechungsnachweise Hauptaufgabe der Bearbeitenden. Den Korrigierenden liegt darüber hinaus eine Skizze vor, die die einzelnen Probleme markiert, zu denen Stellung genommen werden sollte bzw. könnte. Der Erwartungshorizont ergibt sich mehr aus dieser Skizze als aus dem Lösungsvorschlag. Da der Lösungsvorschlag dennoch zahlreiche Regie- und Vertiefungshinweise gibt und Fußnoten, Überschriften etc. nicht hinsichtlich Zeichenanzahl optimiert, überschreitet er den den Studierenden zur Verfügung stehenden Platz um ca. ein Fünftel.

Die Verfassungsbeschwerde der BigCityBook Ltd. hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Gemäß § 13 Nr. 8a BVerfGG (und Art. 93 I Nr. 4a GG) ist das BVerfG zur Entscheidung über Verfassungsbeschwerden berufen.

II. Beschwerdefähigkeit

Gem. § 90 I BVerfGG ist „jedermann“, dh jede natürliche oder juristische Person, zur Erhebung von Verfassungsbeschwerden berechtigt, soweit sie eine Verletzung in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten geltend machen kann.

Eine Verletzung in der hier von der Beschwerdeführerin gerügten Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I GG) und in ihrem ungestörten Gewerbebetrieb (Art. 12 I bzw. 14 I GG) setzt voraus, dass sie sich überhaupt auf Grundrechte berufen kann.¹ Gem. Art. 19 III

¹ Anmerkung: Da hier eine Verletzung in grundrechtsgleichen Rechten, insbesondere in den Prozessgrundrechten, nicht in Rede steht, ist es sinnvoll (aber nicht zwingend), die Frage der

GG gelten diese Rechte – soweit sie, wie hier,² wesensmäßig anwendbar sind – jedoch nur für „inländische juristische Personen“. Hierdurch könnte die Beschwerdeführerin als nach irischem Recht gegründete Gesellschaft ausgeschlossen sein.

In diesem Sinn ließe sich auf den Wortlaut des Art. 19 III GG verweisen.³ Nach dem Diskriminierungsverbot und der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit des Unionsrechts (Art. 18, 49, 54 AEUV) ist jedoch jede nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete wirtschaftlich tätige Gesellschaft in jedem anderen Mitgliedstaat wie eine nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft zu behandeln. Die Anerkennung als juristische Person nach irischem Recht hat damit – im Anwendungsbereich des Unionsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten – zwingend auch die Anerkennung als juristische Person in Deutschland zur Folge. Diese unionsrechtlichen Vorschriften sind durch das Zustimmungsgesetz zu den EU-Verträgen unmittelbar Teil der deutschen Rechtsordnung, sodass es sich bei der Beschwerdeführerin bei genauerem Hinsehen um eine „durch die deutsche Rechtsordnung anerkannte juristische Person“ handelt. Auch dies kann unter dem Begriff „inländische juristische Person“ zu verstehen sein. Einer Erstreckung der Grundrechte auch auf die Beschwerdeführerin steht somit der Wortlaut des Art. 19 III GG nicht entgegen.

Selbst wenn man dies anders sieht, ist eine Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf nach dem Recht anderer EU-Mitgliedstaaten gegründete Gesellschaften jedenfalls durch das Unionsrecht geboten. In Anbetracht der Unionsrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist eine solche Erstreckung bzw. Anwendungserweiterung des Grundrechtsschutzes auch auf Grundlage des GG möglich und daher angezeigt.⁴

Die Beschwerdeführerin kann sich daher auf Grundrechte berufen und ist insoweit beschwerdefähig.

III. Beschwerdegegenstand

Grundrechtsfähigkeit bereits in der Beschwerdefähigkeit zu klären. Alternativ kommt eine Behandlung in der Beschwerdebefugnis infrage.

² Für Art. 5 I GG implizit s. zB BVerfG v. 12.12.2000, 1 BvR 1762/95 u.a. – *Benetton I*; für Art. 12 u. 14 GG s. BVerfG v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11 u.a. – *Atomausstieg*, Rn. 182.

³ So BVerfG v. 19.7.2011, 1 BvR 1916/09 - *Cassina*, Rn. 72 f.

⁴ BVerfG *Cassina*, Rn. 75-82.

Tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist nach § 76 I BVerfGG jeder „Akt öffentlicher Gewalt“. Aufgrund der umfassenden Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 III GG) sind hiervon auch Legislativakte umfasst, mithin auch das von der Beschwerdeführerin angegriffene NetzDG, das seit dem 1. Oktober in Kraft ist.

IV. Beschwerdebefugnis

Gem. Art. 76 I BVerfGG müsste die Beschwerdeführerin geltend machen, durch den angegriffenen Akt in eigenen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein. Dies setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin Umstände darlegt, aufgrund derer eine Grundrechtsverletzung zumindest möglich erscheint.

1. Eröffnung des Schutzbereichs der gerügten Grundrechte

Eine Verletzung in den von der Beschwerdeführerin gerügten Grundrechten setzt neben der Grundrechtsfähigkeit (s.o.) voraus, dass die jeweilige grundrechtliche Gewährleistung durch den Beschwerdegegenstand überhaupt berührt, dh der Schutzbereich eröffnet ist.

a) Sachlicher Schutzbereich - Abgrenzung Art. 14 I und 12 I GG

Fraglich ist zunächst, ob die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Beeinträchtigung ihrer gewerblichen Tätigkeit durch das NetzDG in den sachlichen Schutzbereich des Art. 12 I GG oder des Art. 14 I GG fällt.

Das NetzDG gestaltet selbst keine bestehenden, auf Eigenleistung beruhenden Rechtspositionen um, sondern legt Plattformbetreibern⁵ lediglich für die Zukunft zusätzliche Pflichten auf. Diese Pflichten knüpfen nicht an einen bestimmten Gegenstand an, sondern an das Betreiben sozialer Netzwerke, mithin an eine dauerhaft ausgeübte und grundsätzlich erlaubte, dh an eine berufliche Tätigkeit.

Ein Vertrauen dahingehend, dass das jeweils geltende regulatorische Umfeld auch in der Zukunft unverändert bleibt, ist demgegenüber nicht grundrechtlich geschützt. Der Umstand, dass die Erfüllung der Pflichten nach dem NetzDG Kosten verursachen und dadurch

⁵ Inkludierende Formulierungen (z.B. Verwendung von Partizip Präsens Aktiv; *) werden hier und im Weiteren nur gewählt, soweit die Begriffe in erster Linie real handelnde natürliche Personen bezeichnen.

gegebenenfalls Investitionen der Beschwerdeführerin oder anderer Netzwerkbetreiber unrentabel machen wird, begründet eine Betroffenheit in Art. 14 I GG daher nicht, solange damit keine Nutzungsbeschränkung eines bestimmten Eigentumsgegenstands verbunden ist.⁶

b) Persönlicher Schutzbereich

Zugunsten der Beschwerdeführerin müsste zudem der persönliche Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnet sein. Das Grundrecht berechtigt nach seinem Wortlaut nur „Deutsche“, dh Personen, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (Art. 116 I GG). Fraglich ist, was dies für die Berechtigung der Beschwerdeführerin, einer Gesellschaft nach irischem Recht, bedeutet.

Da juristische Personen keine Staatsangehörigkeit besitzen, kann es jedenfalls nicht darauf ankommen, ob die Beschwerdeführerin selbst „Deutsche“ iSd GG ist. Stattdessen muss maßgeblich sein, ob die Anteilseigner*innen der Beschwerdeführerin, die durch sie einer gewerblichen Tätigkeit – dem Betreiben eines sozialen Netzwerks – nachgehen, aus dem Grundrecht berechtigt sind. Dabei liegt nahe, wie bei der Grundrechtsverpflichtung⁷ auf die Mehrheitsverhältnisse innerhalb der juristischen Person abzustellen.⁸ Mithin ist für die Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs maßgeblich, ob mehr als die Hälfte der stimmberechtigten Anteilseigner*innen der Beschwerdeführerin aus Art. 12 I GG berechtigt sind.

Von den Anteilen der nicht börsennotierten BigCityBook Ltd. werden derzeit lediglich 15 % von deutsche Staatsangehörigen gehalten. Weitere 55 % der Anteile gehören jedoch Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedsstaaten. Die Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs für die Beschwerdeführerin ist somit davon abhängig, ob auch den Anteilseigner*innen aus anderen europäischen Mitgliedsstaaten der Schutz des Art. 12 I GG zukommt.

Eine solche Erstreckung der Deutschengrundrechte auf EU-Mitgliedstaatsangehörige ist im Anwendungsbereich des Unionsrechts wegen Art. 18 AEUV in den meisten Fällen geboten. Nur in bestimmten Sachbereichen, etwa bei Ausübung hoheitlicher Funktionen oder an die

⁶ BVerfG *Atomausstieg*, insbesondere Rn. 270.

⁷ BVerfG v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/05 – *Fraport*, Ls. 1.

⁸ s. zu dieser Frage wie hier Bumke/Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 6. Aufl. 2013, Rn. 24.

Zugehörigkeit zum politischen Verband knüpfender politischer Rechte (Art. 38 I GG), erkennt das Unionsrecht die Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium an. Dies spricht dafür, den Schutz des Art. 12 I GG pauschal auf alle Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten zu erstrecken. Selbst wenn man dies anders sieht, sind jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts über eine entsprechend anforderungsvolle Handhabung des Art. 2 I GG⁹ oder eine Verbindung mit Art. 3 I GG¹⁰ Ergebnisse herzustellen, die einer Anwendung der Deutschengrundrechte im konkreten Einzelfall entsprechen.

Da es sich hier um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt und eine Versagung des Grundrechtsschutzes aus Art. 12 I GG Anteilseigner*innen aus EU-Mitgliedstaaten, die über die Beschwerdeführerin in Deutschland einer gewerblichen Tätigkeit nachgehen, schlechter stellt als deutsche Anteilseigner*innen,¹¹ ist eine Prüfung am Maßstab des Art. 12 I GG daher geboten.

Der persönliche Schutzbereich des Art. 12 I GG ist für die Beschwerdeführerin eröffnet.¹²

c) Betroffenheit des Art. 5 I GG¹³

Fraglich ist, ob sich die Beschwerdeführerin daneben wegen der mit dem NetzDG bezweckten Regulierung von Meinungsäußerungen im Netz auf ihre Presse- oder Meinungsfreiheit, Art. 5 I GG, berufen kann.¹⁴

aa) Da die Beschwerdeführerin und andere Betreiber sozialer Netzwerke eine presserechtliche Verantwortung für die im Netzwerk platzierten Nutzerbeiträge gerade nicht übernehmen und das Gesetz Presseorgane vollständig von seinem Geltungsbereich ausnimmt (§ 1 I 1 NetzDG), ist jedenfalls eine Beeinträchtigung des Art. 5 I 2 GG nicht ersichtlich. Zwar ist auch der

⁹ Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, Rn. 13 f.

¹⁰ s. zu den möglichen Konstruktionen Siehr, Die Deutschengrundrechte, 2001, S. 346 ff. *Der inhaltliche Unterschied besteht wohl darin, ob die Deutschengrundrechte pauschal auch auf Unionsstaatsangehörige angewendet werden oder nur dann, wenn dies bei grenzübergreifenden Sachverhalten durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts im konkreten Einzelfall geboten ist.*

¹¹ Die Schlechterstellung ist in erster Linie prozessualer Art: Den Betroffenen würde die Möglichkeit abgeschnitten, das BVerfG anzurufen. Im fachgerichtlichen Rechtsschutz ist im Anwendungsbereich des EU-Rechts über den unmittelbar anwendbaren Art. 18 AEUV ohnehin eine Gleichbehandlung mit Deutschen sichergestellt.

¹² Keine Problematisierung dieser Frage in BVerfG *Atomausstieg*, Rn. 390.

¹³ Anmerkung: Kann ebenso gut erst in der Begründetheit erörtert werden.

¹⁴ Zum Ganzen s. z.B. Gersdorf, Stellungnahme zum NetzDG-Entwurf v. 28.3.2017, S. 11 (https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03282017_Stellungnahme_Uni_Leipzig_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

Anzeigenteil von Presseerzeugnissen vom Schutzbereich der Pressefreiheit umfasst,¹⁵ ohne dass Presseorgane hierfür die inhaltliche Verantwortung übernehmen. Die Posts der Plattformnutzenden generieren als solche jedoch – anders als Anzeigen – keine Einnahmen und dienen auch nicht der Finanzierung einer Tätigkeit, die als Poesstätigkeit zu qualifizieren ist. Sie sind daher mit einer in einem Presseerzeugnis geschalteten Anzeige nicht vergleichbar. Ebenso wenig handelt es sich beim Vervielfältigen geposteter Inhalte um eine der Veröffentlichung von Leserbriefen vergleichbaren Nebenfunktion sozialer Netzwerke, sondern um deren Haupttätigkeit. Ein (akzessorischer) Schutz durch Art. 5 I 2 GG scheidet daher aus.

bb) Fraglich ist, ob die Betreiber sozialer Netzwerke sich demgegenüber auf ihre Meinungsfreiheit, Art. 5 I 1 GG, berufen können. Dazu müsste der Veröffentlichung geposteter Inhalte auf der Plattform ein Element eigener Stellungnahme des jeweiligen Plattformbetreibers innewohnen.

Ein solches Element der Stellungnahme liegt zwar möglicherweise im Zuschnitt und der Anwendung bestimmter Algorithmen, nach deren Maßgabe von den Nutzenden gepostete Inhalte im Newsfeed anderer Nutzender erscheinen. Die Frage, ob ein geposteter Inhalt überhaupt veröffentlicht wird und auf der Plattform sichtbar bleibt, ist dem jedoch vorgelagert. Die Löschung vermeintlich rechtswidriger oder AGB-widriger Inhalte geschieht händisch, jeweils in Reaktion auf eine entsprechende Meldung oder auf eine Detektion mittels automatischer Vorkehrungen. Nur solche Inhalte, die tatsächlich auf der Plattform veröffentlicht bleiben, sind anschließend auch Gegenstand der durch Algorithmen gesteuerten Einspeisung in einzelne Newsfeeds.

Ein Element eigener Stellungnahme der Netzwerkbetreiber könnte jedoch in der Entscheidung darüber liegen, welche Inhalte im Anschluss an eine Meldung bzw. Detektion durch entsprechende Software gelöscht bzw. nicht gelöscht werden. Die Löschung bzw. Nicht-Löschung durch die Plattformbetreiber wäre damit eine eigene Positionierung zum geposteten Inhalt. Eine solche Deutung entspricht jedoch ersichtlich nicht dem Aussagegehalt des Verhaltens der Plattformbetreiber. Diese prüfen auf eine Meldung hin lediglich, ob der gemeldete Inhalt eigene AGB oder gesetzliche Vorschriften verletzt und ziehen daraus die vorgeschriebene Folge. Eine inhaltliche Positionierung findet nicht statt.

¹⁵ BVerfG *Benetton I*, Rn. 39 mwN.

Zwar prägen Netzwerkbetreiber durch ihre Gemeinschaftsstandards und Lösungspraxis den Diskurs auf ihren Plattformen hinsichtlich Ton, Themen und Tendenz. Eine fassbare Positionierung zu konkreten Fragen ist daraus jedoch nicht ersichtlich. Würde jegliches durch globale Tendenzen und politische Zielvorstellungen angeleitetes Verhalten als eigene „Meinungsäußerung“ unter den besonderen Schutz des Art. 5 I 1 GG gestellt, wäre eine Unterscheidung zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und einer „Freiheit zum überzeugungsgeliteten Handeln“ nicht mehr möglich. Eine Spende an den Tierschutzbund wäre ebenso vom Grundrecht umfasst wie eine Verweigerung eines Vertragsschlusses mit Menschen anderer Ethnien. Zudem zeigt der systematische Blick auf des Art. 4 I GG dass das GG besonderen, über Art. 2 I GG hinausgehenden grundrechtlichen Schutz überzeugungsgeliteten Handelns nur in den engen Grenzen der Religions- und Gewissensfreiheit vorsieht.

cc) Es könnte jedoch angezeigt sein, soziale Netzwerke als neuartige Zwitter zwischen strikt neutralem Host-Provider und inhaltlich verantwortlichem Presseorgan einem selbständigen Schutz durch Art. 5 I 2 GG zu unterstellen.¹⁶ Insoweit könnte insbesondere eine Parallele zur Erstellung von Pressespiegeln gezogen werden, die gleichfalls grundrechtlichen Schutz genießt, ohne dass sich ihre Verfasser*innen den Inhalt zitierter Presseerzeugnisse zu eigen machen.¹⁷ Allerdings ist keineswegs offensichtlich, dass das GG der spezifischen Tätigkeit sozialer Netzwerke – dem automatisierten Bereitstellen eines hocheffektiven Verstärkungsmechanismus für beliebige Meinungsinhalte ohne Übernahme einer Inhaltsverantwortlichkeit – einen besonderen grundrechtlichen Schutz angedeihen lassen will. Nicht alles, was mittels neuer Medien möglich ist, fällt unter den Schutz der vor dem Hintergrund anderer (veralteter) Techniken formulierten Medienfreiheiten. Nur dort, wo die hinter den Medienfreiheiten steckende Interessenlage gleich ist, ist eine Anpassung grundrechtlicher Schutzmechanismen an den technischen Fortschritt angezeigt. Die besondere durch die klassischen Medienfreiheiten geschützte Freiheit zur Meinungsvervielfältigung und -verstärkung und die daraus folgende Meinungsmacht stand bei Erlass des GG aus institutionellen und tatsächlichen Gründen (zB begrenzte Frequenzen; Druckkosten; logistischer Aufwand) nur Wenigen zur Verfügung. Wer diese Mittel hatte, war in der Regel zugleich gehalten, die presserechtliche oder editorische Verantwortung für die verbreiteten Inhalte zu übernehmen. Meinungsmacht war damit an wenige Akteure mit presserechtlicher

¹⁶ So Gersdorf, Stellungnahme zum NetzDG-Entwurf, S. 11.

¹⁷ BVerfG v. 25.6.2009, 1 BvR 134/03, Rn. 65-67 (Pressespiegel).

Bindung geknüpft. Dass diese in hohem Maß institutionellen Meinungsverstärker unter dem GG besonders geschützt sind, rechtfertigt nicht den Schluss, dass jede Art der technisch möglichen Meinungsverstärkung mit eigener Inhaltstendenz besonderen grundrechtlichen Schutz genösse.

Die Beschwerdeführerin ist damit nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I GG betroffen.¹⁸

3. Betroffenheit der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin müsste durch das NetzDG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

a) Eine eigene Betroffenheit besteht nur in Hinblick auf Art. 12 I GG (s.o.). Eine Befugnis, die Meinungsfreiheit der Plattformnutzenden durch das NetzDG in Prozessstandschaft geltend zu machen, besteht mangels entsprechender gesetzlicher Ermächtigung nicht.

b) Da das NetzDG unmittelbar geltende Pflichten für Plattformbetreiber statuiert, die zu ihrer Anwendbarkeit keines behördlichen Vollzugsakts bedürfen, ist die Beschwerdeführerin auch unmittelbar betroffen. Insbesondere ist es ihr wegen der Bußgeldbewehrung¹⁹ und der erheblichen, nicht mehr rückgängig zu machenden Einmalkosten²⁰ für die Einrichtung des gesetzlich geforderten Beschwerdesystems unzumutbar, gegen das NetzDG erst im Rahmen des Rechtsschutzes gegen etwaige behördliche Durchsetzungsakte oder Sanktionen vorzugehen.

c) Einer gegenwärtigen Beschwer könnte entgegenstehen, dass das NetzDG mangels hinreichender Nutzerzahlen derzeit noch nicht auf die Beschwerdeführerin anwendbar ist. Ob sie jemals durch das Gesetz belastet sein wird, steht damit noch nicht unverrückbar fest.

Ausnahmsweise könnte das Erfordernis einer gegenwärtigen Beschwer gelockert werden, wenn die Beschwer in der Zukunft hinreichend sicher absehbar ist und ein weiteres Zuwarten die Rechtsposition der Beschwerdeführerin unzumutbar verschlechtern würde.

¹⁸ Anmerkung: Das Gegenteil ist selbstverständlich ohne weiteres vertretbar; die Hausarbeit behandelt Fragen, deren verfassungsrechtliche Klärung noch in den Kinderschuhen steckt; dementsprechend kommt es hier – wie im Großteil der Hausarbeit – allein auf die Entwicklung einer nachvollziehbaren Argumentation an.

¹⁹ Bethge: in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ders., BVerfGG, § 90, Rn. 373 b; 376a mwN.

²⁰ Bethge: in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ders., BVerfGG, § 90, Rn. 376a mwN.

Nach dem Sachverhalt verläuft der Zuwachs der Nutzerzahlen seit Jahren konstant und ist für die Zukunft ebenso zu erwarten. Ein Erreichen der Zwei-Millionen-Marke ist damit konkret absehbar. Zugleich ist – bei gleichbleibender Entwicklung der Nutzerzahlen, dh einem Zuwachs von ca. 375.000 Nutzenden pro Jahr – wahrscheinlich, dass zu diesem Zeitpunkt die Jahresfrist für die Erhebung einer Gesetzesverfassungsbeschwerde gem. § 93 III BVerfGG bereits abgelaufen sein wird. Da eine Wiedereinsetzung in die Jahresfrist gem. § 93 II BVerfGG nach der systematischen Stellung dieser Vorschrift keine Anwendung auf die Frist des § 93 III BVerfGG findet,²¹ büßt die Beschwerdeführerin daher bei einem Zuwarten die Möglichkeit ein, sich gegen das NetzDG als solches zu wenden. Stattdessen wäre sie darauf verwiesen, eine inzidente Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit im Rahmen des Rechtsschutzes gegen spätere Vollzugsakte, insbesondere gegen etwaige Bußgelder, zu erwirken. Diese Beschränkung auf eine bloße Inzidentkontrolle des angegriffenen Gesetzes ist jedoch nach dem oben Gesagten bei bußgeldbewehrten Pflichten unzumutbar.²²

Die Beschwer ist somit auch als gegenwärtig anzusehen.

IV. Rechtswegerschöpfung/Subsidiarität

Gegen das NetzDG als formelles Parlamentsgesetz steht der Rechtsweg nicht offen.

V. Frist und Form

Die einjährige Frist gem. § 93 III BVerfGG hat die Beschwerdeführerin durch die im November 2017 formgerecht eingelegte Verfassungsbeschwerde gewahrt.

VI. Zwischenergebnis

Je nachdem, wie man sich bei der Frage der gegenwärtigen Beschwer entscheidet, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

B. Begründetheit

²¹ Hörnig: in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93, Rn. 40.

²² s. Bethge: in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ders., BVerfGG, § 90, Rn. 373a, der auch darauf hinweist, dass Gegenwärtigkeit und Unmittelbarkeit der Beschwer miteinander verknüpft sind.

Die Verfassungsbeschwerde gegen das NetzDG ist begründet, soweit durch das Gesetz ein Grundrecht der Beschwerdeführerin verletzt ist. Das ist der Fall, wenn das Gesetz in ein Grundrecht der Beschwerdeführerin eingreift (I.) und verfassungswidrig ist (II.).

I. Eingriff in die Berufsfreiheit

Nach dem oben Gesagten berührt das NetzDG nicht den Schutzbereich des Art. 14 I G, sondern reguliert gezielt²³ die zukünftige gewerbliche bzw. berufliche Tätigkeit der Netzbetreiber, u.a. der Beschwerdeführerin.

Fraglich ist, ob das NetzDG – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – wegen der Kosten für die Erfüllung der ihr auferlegten Pflichten deren Berufswahlfreiheit beschneidet.

Ausweislich des Sachverhalts entstehen bei den Adressaten des NetzDG Einmalkosten von 1 Million Euro und weitere 1,1 Million Euro jährlich. Dem gegenüber steht ein laut Sachverhalt zu erwartender jährlicher Umsatz von mehr als 33 € pro Nutzer*in (1 Mrd./30 Millionen Nutzende). Angesichts des Schwellenwerts von 2 Millionen registrierten Nutzenden ergibt sich daraus ein Umsatz von mehr als 66 Millionen Euro je Netzbetreiber, der vom Gesetz betroffen ist. Die Kosten der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten machen somit weniger als ein Dreißigstel des durch den Betrieb des Netzwerks eingespielten Umsatzes aus. Eine prohibitive Wirkung in Bezug auf die Berufswahl kann dies nicht begründen, sodass es sich um eine Berufsausübungsregelung handelt.

II. Rechtfertigung

Dieser Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführerin ist gerechtfertigt, wenn das NetzDG weder formell noch materiell gegen die Verfassung verstößt.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

²³ Anmerkung: Zur berufsregelnden Tendenz braucht nichts gesagt zu werden, da es sich um eine finale und rechtsförmige Beschränkung gewerblicher Tätigkeit handelt.

a) Für den Erlass des NetzDG müsste eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes bestehen. Gem. 70 I GG gebührt die Gesetzgebung im Grundsatz den Ländern, soweit nicht eine besondere Kompetenz des Bundes eingeräumt ist.

aa) Da die Regeln des NetzDG nicht an den technischen Aspekt der Bereitstellung sozialer Netzwerke, sondern an die Strafbarkeit bestimmter Äußerungsinhalte anknüpfen, scheidet eine Zuständigkeit gem. Art. 71 I, 73 I Nr. 7 GG aus.²⁴ Da nur ein Teil der vom NetzDG erfassten Straftatbestände Rechtsgüter Privater schützt, ist auch eine Bundesgesetzgebungskompetenz gem. Art. 72 I, 74 I Nr. 1 GG (bürgerliches Recht) nicht gegeben. Obwohl das NetzDG mehrere Bußgeldtatbestände enthält und die Bundeskompetenz für die Regelung des Strafrechts (Art. 74 I Nr. 1 GG) auch Ordnungswidrigkeiten umfasst, kann das NetzDG auch nicht auf diesen Kompetenztitel gestützt werden. Denn die Kompetenz umfasst nur die Bußgeldbewehrung als solche, nicht die Pflicht, wegen deren Nichterfüllung das Bußgeld verhängt werden soll.

bb) Infrage kommt allerdings eine Zuständigkeit gem. Art. 72 I, 74 I Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft, insbes. Gewerbe).²⁵

Das NetzDG enthält zusätzliche Pflichten der Betreiber sozialer Netzwerke, insbesondere eine Berichtspflicht und die Pflicht zur Schaffung eines geeigneten Beschwerdesystems. Damit reguliert es die Art und Weise, wie Betreiber sozialer Netzwerke zukünftig ihrem Gewerbe nachzugehen haben. Zugleich erhebt das Gesetz den Anspruch, die Durchsetzung strafbewehrter Verbote in sozialen Netzwerken zu verbessern und berührt damit die Landeskompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in den Medien, die insbesondere in Hinblick auf Medieninhalte allgemein angenommen wird.

Angesichts dieser doppelten Funktion des NetzDG (Gewerberecht; Medienordnungsrecht) könnte es darauf ankommen, ob die Regelung der gewerblichen Tätigkeit von Netzwerkanbietern gegenüber der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in Hinblick auf strafbare Äußerungen den Hauptgegenstand des NetzDG bildet.²⁶ Beide Anliegen sind jedoch dergestalt miteinander verknüpft, dass die neuen Anforderungen an soziale Netzwerkbetreiber

²⁴ s. BVerfG v. 2.3.2010, 1 BvR 256/08 u.a. - *Vorratsdatenspeicherung I*, Rn. 200.

²⁵ *Anmerkung: Die Frage der Gesetzgebungskompetenz ist völlig offen; dementsprechend kommt es hier – wie im Großteil der Hausarbeit – allein auf die Entwicklung einer nachvollziehbaren Argumentation an.*

²⁶ Zur Überschneidung allgemein-ordnungsrechtlicher und gewerberechtlicher Zielsetzungen s. Maunz/Dürig, GG, Art. 74, Rn. 151.

(Gewerbtreibende) gerade eine effektivere Rechtsdurchsetzung gegenüber bestimmten Postinhalten und damit verbesserten Rechtsgüterschutz ermöglichen sollen. Die Regelungsdimensionen bzw. -intentionen des NetzDG stehen daher nicht nebeneinander, sondern bauen aufeinander auf. Ein Schwerpunkt lässt sich nicht ausmachen.²⁷

Entscheidend ist daher, dass das NetzDG die medienordnungsrechtlichen Aufgaben und Zuständigkeiten der Landesgesetzgebung nicht verdrängt, sondern lediglich die Einrichtung eines zusätzlichen privat organisierten Durchsetzungsmechanismus durch die Netzbetreiber gebietet. Zwar soll dadurch die Rechtsdurchsetzung und der Rechtsgüterschutz in sozialen Netzwerken verbessert, mithin ein ordnungsrechtlicher Zweck verfolgt werden. Ein solcher ordnungsrechtlicher Aspekt ist jedoch dem Gewerbe typischer Weise eigen. Dieses soll gerade Vorkehrungen treffen, um besonderen in einem bestimmten Gewerbe liegenden Gefahren und Risiken vorzubeugen. Eines der besonderen Risiken der gewerblichen automatisierten Veröffentlichung und Verbreitung beliebiger Nutzerinhalte liegt darin, dass auf diesem Weg rechtswidrige Inhalte in großem Umfang vervielfältigt und allgemein sichtbar gemacht werden. Dieses Risiko ist traditionellen Medien, etwa dem analogen Verlagswesen, nicht eigen, da dort aufgrund der prinzipiell begrenzten Ressourcen eine Auswahl der veröffentlichten Inhalte stattfindet. Auf ein solches besonderes in dem Gewerbe „Betreiben eines sozialen Netzwerks“ liegendes Risiko reagiert die Regelung, womit sie eine klassische Funktion des Gewerberechts erfüllt.

Zwar hat der mit dem NetzDG angestrebte verbesserte Schutz gegenüber strafrechtswidrigen Äußerungen Auswirkungen auf die Inhalte sozialer Medien, deren Regulierung grundsätzlich der Landesgesetzgebung zugewiesen ist. Das NetzDG betrifft jedoch nicht jeglichen Betrieb sozialer Netzwerke und deren Inhalte. Stattdessen stellt es durch den Schwellenwert von 2 Millionen Nutzenden sicher, dass davon nur gewerblich Tätige betroffen sind, deren Tätigkeit aufgrund der großen Nutzerzahlen eine hinreichende wirtschaftliche Relevanz aufweist und zugleich das besondere die Regelung veranlassende Risiko birgt. Darüber hinaus knüpfen die Regelungen an bestehende Straftatbestände an, sodass sie nicht den Maßstab dessen verschieben, was als Meinungsinhalt nach den allgemeinen Gesetzen erlaubt oder verboten ist. Die neuen Anforderungen des NetzDG zielen daher auch nicht mittelbar darauf, durch das

²⁷ Anmerkung: Die bei der Kompetenzabgrenzung gängigen Schwerpunktformeln sind in solchen Fällen, in denen die Zielsetzungen eines Gesetzes nicht nebeneinander stehen, sondern miteinander verknüpft sind, problematisch. Dennoch sollte ihre Verwendung Bearbeitenden keinesfalls negativ angelastet werden. Sie folgt dem in der Kompetenzabgrenzung klassischen Paradigma trennscharfer Zuweisung von „Sachbereichen“, die allerdings nicht gut zu allen Kompetenztiteln passt.

Setzen neuer gewerberechlicher Anforderungen die inhaltlichen Maßstäbe dessen zu verschieben, was im öffentlichen Raum erlaubt oder verboten ist. Der Landeskompetenzbereich wird dadurch gewahrt.

Die Regelungen des NetzDG fallen unter den Kompetenztitel des „Rechts der Wirtschaft“.²⁸

cc) Gem. Art. 72 II GG müsste eine bundeseinheitliche Regelung zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein.

Indem das NetzDG die Bedingungen für den Betrieb sozialer Netzwerke für das gesamte Bundesgebiet einheitlich regelt, beugt es der – im digitalen Raum ohne weiteres möglichen und angesichts des Nutzerschwellenwerts auch wirtschaftlich sinnvollen – strategischen Ansiedlung des Betriebs sozialer Netzwerke in bestimmten Bundesländern vor. Dadurch fördert es für diesen Gewerbebezweig einheitliche Wirtschaftsbedingungen im gesamten Bundesgebiet. Zugleich besteht angesichts des Regelungsgegenstands (Rechtsverstöße durch Äußerungen in sozialen Netzwerken) ein besonderes Interesse daran, einer Rechtszersplitterung vorzubeugen. Denn es ist bereits unklar, wo etwaige Rechtsverstöße und die Kompetenz, ihnen vorzubeugen, gegebenenfalls zu verorten wären (Ort des Äußernden; Ort des Geschädigten; Sitz des sozialen Netzwerks). Zugleich erscheint es problematisch, die Anwendbarkeit etwaiger landesrechtlicher Regelungen davon abhängig zu machen, wo der jeweilige Netzwerkanbieter seinen Sitz genommen hat. Der Umfang der Rechte der Geschädigten hinge dann von einem Umstand ab, der in keinem fass- oder sichtbaren Zusammenhang zur schädigenden Äußerung stünde. Eine unterschiedliche Regulierung bundesweit agierender sozialer Netzwerke ist daher in besonderem Maße sachwidrig.

Die gesetzgeberische Einschätzung, eine bundeseinheitliche Regelung sei im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich, ist nicht zu beanstanden.

²⁸ aA zB Gersdorf, *Stellungnahme zum NetzDG-Entwurf*, S. 7-12, der meint, das Gesetz ziele primär auf eine Regelung der Ausübung der Kommunikationsgrundrechte und der inhaltlichen Seite des Kommunikationsprozesses, die stets den Ländern gebühre; eine feste Zuständigkeit für die Wahrung bestimmter Grundrechte lässt sich jedoch nicht im GG ausmachen und ist auch grundrechtsdogmatisch – angesichts der Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt schwer begründbar; allerdings gibt es dafür die von Gersdorf genannten Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des BVerfG, die die „Medieninhaltskompetenz“ überwiegend den Ländern zuweist; so basiert etwa die Regelung des Jugendschutzes in den Medien auf staatsvertraglicher Basis; ebenso der Rundfunkstaatsvertrag. Andererseits gibt es umfassende Bundesgesetzgebung im Bereich der digitalen Medien, etwa das TMG, ohne dass sie mit Erfolg kompetenzrechtlich angegriffen wurde.

b) Bei Erlass des NetzDG müssten die Verfahrensvorgaben des Grundgesetzes gewahrt worden sein.

aa) Der Gesetzesvorschlag durch lediglich drei Abgeordnete könnte die Vorgabe des Art. 76 I GG verletzen, wonach Gesetze nur durch die Bundesregierung, den Bundesrat oder „aus der Mitte des Bundestages“ einzubringen sind. Jedenfalls nach § 76 I GOBT steht einzelnen Abgeordneten ein Gesetzesinitiativrecht nicht zu. Dies könnte auch im Rahmen des Art. 76 I GG gelten. Da sich die gesetzesbeschließende Mehrheit den eingebrachten Entwurf zueigen gemacht hat, ist ein etwaiger Verstoß gegen die Beschränkungen des Gesetzesinitiativrechts jedoch überholt. Er kann eine Verfassungswidrigkeit nicht begründen.

bb) In der Einbringung des Gesetzesentwurfs durch die Abgeordneten könnte jedoch ein Verstoß gegen Art. 76 II GG liegen, wonach Vorlagen der Bundesregierung zunächst dem Bundesrat zuzuleiten sind. Dies setzt voraus, dass es sich beim NetzDG um eine Vorlage der Bundesregierung handelt.

Da die Abgeordneten selbst den Entwurf eingebracht haben, ist dies der Form nach nicht der Fall. Fraglich ist, ob gem. Art. 76 II GG auch solche Vorlagen zunächst dem Bundesrat zuzuleiten sind, die von Abgeordneten eingebracht werden, aber inhaltlich von der Bundesregierung bzw. Ministerialverwaltung stammen („verkappte Regierungsvorlagen“). Gegen ein solches erweiterndes Verständnis der Vorschrift streitet der Grundsatz, dass Verfahrensvorgaben einer formalen, klaren Handhabung zugänglich sein müssen. Andernfalls verfehlten sie ihren Zweck, den Verfahrensablauf zu steuern. Käme es auf das materielle Kriterium der Mitwirkung an der Entstehung des Entwurfs an, wäre für die Beteiligten völlig unklar, welches Maß an eigener Mitwirkung erforderlich ist. Genügte etwa die Erstellung durch eine wissenschaftliche Mitarbeiterin, durch eine dazu beauftragte Hochschullehrerin, durch eine Großkanzlei? Diese Unsicherheiten belegen, dass es der Vorschrift nicht darum gehen kann, materielle Mitwirkungsobliegenheiten am eingebrachten Entwurf festzuschreiben. Stattdessen knüpft sie an die Urheberschaft, dh daran an, wer für den eingebrachten Entwurf verantwortlich zeichnet. Dies ist stets die Person, die den Entwurf als eigenen in das Verfahren vor dem Bundestag einbringt, hier also die Abgeordneten. Sie haben dadurch die aus der Einbringung folgenden Rechte und Pflichten in Bezug auf den eingebrachten Entwurf, für den sie Ansprechpartner sind und den sie im weiteren Verfahren zu vertreten haben. An diese Urheberschaft des Entwurfs und die aus ihr folgende

Verfahrensposition knüpft Art. 76 II GG unterschiedliche Vorgaben an, je nachdem, ob die Bundesregierung oder Abgeordnete dessen Urheber*innen sind.

Etwas Anderes kann nur gelten, wenn die Einbringung ausschließlich den Zweck verfolgt, das Verfahren gem. Art. 76 II GG zu vermeiden. Davon könnte zB auszugehen sein, wenn bei Rückfragen hinsichtlich des Gesetzes stets an die Bundesregierung verwiesen würde und der Gesetzesbeschluss auch sonst allein von der Regierung betrieben würde. Für eine solche gezielte Umgehung der Zuleitungspflicht an den Bundesrat gibt es hier jedoch – jenseits der Erstellung des Entwurfs durch die Ministerialverwaltung und dessen Billigung im Bundeskabinett – keine Anhaltspunkte.

Ein Verstoß gegen Art. 76 II GG scheidet daher aus.

cc) Ein Fehler im Gesetzgebungsverfahren könnte jedoch darin liegen, dass das NetzDG bereits in zweiter Lesung verabschiedet wurde. Hierin liegt eine Abweichung von § 86 I 1 GOBT. Eine ausdrückliche Regelung der Verfassung besteht diesbezüglich jedoch nicht. Das Erfordernis von drei Lesungen lässt sich auch nicht aus dem Demokratieprinzip ableiten, selbst wenn man ihm ein Mindestmaß an erforderlicher Deliberation entnimmt. Denn hinreichende Deliberation ließe sich auch durch eine einzelne Lesung erreichen, sofern diese entsprechend gestaltet ist. Gleichzeitig gewährleistet auch die formelle Anordnung von drei Lesungen keine Deliberation in einem materiell verstandenen Sinn. Das Demokratieprinzip ist daher – auch bei entsprechender materieller Anreicherung seines Gehalts – ungeeignet, eine feste Anzahl erforderlicher Lesungen zu begründen.

dd) Das NetzDG wurde mit 22 Stimmen Ja-Stimmen bei 19 Gegenstimmen und 4 Enthaltungen beschlossen. Da die Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen veranschlagt werden, ist dies die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Zwar waren zum Zeitpunkt der Abstimmung lediglich 45 Abgeordnete im Bundestag anwesend, sodass das Quorum gem. § 45 I GOBT nicht erreicht war. Dies begründet mangels diesbezüglicher Regelung im Grundgesetz jedoch keinen Verfassungsverstoß. Zudem legt § 45 II-IV GOBT ein besonderes Verfahren für die Feststellung der Beschlussunfähigkeit fest, welches hier nicht durchlaufen wurde. Auch dem Demokratieprinzip und dem daraus folgenden Gebot demokratischer Legitimation staatlicher Entscheidungen lässt sich eine Mindestanzahl abstimmender Abgeordneter nicht entnehmen. Insbesondere liegt es im Rahmen des freien Mandats (Art. 38

I 2 GG), Abstimmungen nicht wahrzunehmen. Soweit die jeweiligen Sitzungen – wie hier – ordnungsgemäß unter Bestimmung der Tagesordnung einberufen wurden, ist daher auch die Entscheidung, an einer Abstimmung nicht teilzunehmen zu respektieren und führt nicht zu einem Legitimationsdefizit des durch nur wenige Anwesende beschlossenen Gesetzes.

ee) Fraglich ist, ob die Umstände, dass das Gesetz ohne dreimalige Aussprache von lediglich 23 Abgeordneten unter Verweis auf zu Protokoll gegebene Reden innerhalb von weniger als 120 Sekunden nach seiner Einbringung verabschiedet wurde, zusammengenommen zu einem Verfassungsverstoß führen. Das wäre nur der Fall, wenn sich der Verfassung ein Gebot zu einem Mindestmaß an Deliberation im förmlichen Gesetzgebungsverfahren entnehmen ließe. Ein solches Mindestmaß entspricht zwar möglicherweise der legitimationsstiftenden Erwartung an demokratische Verfahren. Die Verfassung ordnet ein solches Mindestmaß jedoch nicht unmittelbar an. Stattdessen schafft sie ein arbeitsteiliges Verfahren mit Mitwirkungsmöglichkeiten zahlreicher Akteure, das verschiedenen Anforderungen genügen muss, insbesondere der rechtzeitigen Einberufung der Sitzungen. Soweit im Lauf dieses Verfahrens keiner der Akteure ihre jeweiligen Blockade- bzw. Hemmungspositionen wahrnimmt, ist davon auszugehen, dass das wohlüberlegt (zB aufgrund einer formlosen Intervention und Kompromissbildung im Vorfeld) geschehen und den Maßstäben der Verfassung daher Genüge getan ist.

Das Gesetz wurde somit ordnungsgemäß beschlossen. Es wurde ausgefertigt und verkündet und ist dadurch nach Art. 82 GG in Kraft getreten. Formfehler sind nicht ersichtlich.²⁹

Das NetzDG ist formell verfassungsgemäß.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das NetzDG müsste auch inhaltlich mit der Verfassung vereinbar sein, dh es müsste den Anforderungen des anwendbaren Gesetzesvorbehalts genügen (a) und die Schranken zulässiger Grundrechtsbeschränkung (b) wahren.

a) Gesetzesvorbehalt

²⁹ Anmerkung: Zum Zitiergebot s.u. bei den Schranken-Schranken.

Gem. Art. 12 I GG unterliegt die Berufsfreiheit einem allgemeinen Regelungsvorbehalt, der als einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen ist.³⁰ Beim NetzDG handelt es sich um ein Parlamentsgesetz, sodass diese Anforderung an die Einschränkung des Art. 12 I GG erfüllt ist.

aa) Fraglich ist, ob das NetzDG wegen eines damit möglicherweise verbundenen Eingriffs in die Meinungsfreiheit der Nutzenden zudem dem anforderungsvolleren Vorbehalt des „allgemeinen Gesetzes“ gem. Art. 5 II GG genügen muss.

Ein Gesetz, das in Grundrechte eingreift, muss grundsätzlich mit den Vorbehaltsregelungen aller Grundrechte vereinbar sein, in die es eingreift. Ein allgemeines Gesetz iSd Art. 5 II GG wäre daher erforderlich, wenn das NetzDG tatsächlich in die Meinungsfreiheit der Nutzenden eingriffe (i) und dieser Eingriff mit dem Eingriff in die Rechte der Netzbetreiber in Verbindung stünde (ii).

i) Ausweislich der Gesetzesbegründung zielt das NetzDG darauf ab, strafbaren Äußerungen in sozialen Netzwerken effektiver zu begegnen. Sie sollen mittels des einzurichtenden Beschwerdesystems zügiger geprüft, entfernt und ihre Fortwirkung damit unterbunden werden. Zwar sind die Nutzeräußerungen, die das Gesetz verhindern soll, strafrechtswidrig (§ 1 III NetzDG). Ganz überwiegend, etwa bei §§ 130 und 185 StGB, handelt es sich nichtsdestoweniger um Äußerungen, die dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen. Zumindest in Hinblick auf diese Straftatbestände wird daher durch das NetzDG die Ausübung eines grundrechtlich geschützten Verhaltens der Nutzenden mittelbar erschwert. Da das Regime des NetzDG ausschließlich Äußerungsstraftatbestände betrifft, ist diese Verkürzung auch nicht eine zufällige Nebenfolge eines allein auf bessere Rechtsdurchsetzung zielenden Gesetzes, sondern dessen hauptsächlicher Gegenstand. Angesichts dieser aus dem Gesetz ersichtlichen Finalität handelt sich bei den Regelungen des NetzDG zugleich um einen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzenden.

ii) Die Inpflichtnahme der Netzanbieter ist zudem das Mittel, um strafbaren Meinungsäußerungen auf sozialen Netzwerken besser begegnen zu können. Die beiden Eingriffe sind final dahingehend verknüpft, dass der rechtsförmige Eingriff in die Grundrechte der Netzbetreiber eine faktische Verkürzung der Meinungsfreiheit der Nutzenden bewirken soll. Beide Eingriffe sind nicht voneinander unabhängig, sodass auch der

³⁰ BVerfG v. 11.6.1958, 1 BvR 596/56 – *Apothekenurteil*, Rn. 72 f.

im NetzDG liegende Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin am Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG gemessen werden muss.

cc) Gegen eine solche Prüfung des NetzDG am Maßstab des Art. 5 II GG könnte sprechen, dass die Anbieter selbst in Art. 5 I GG nicht betroffen sind (s.o.). Eine solche strikte Bindung des verfassungsgerichtlichen Prüfprogramms an den Umfang der rügefähigen subjektiven Rechte ist jedoch nicht damit vereinbar, dass ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung und sonstige nicht subjektiv-berechtigende Verfassungsnormen, etwa zum Gesetzgebungsverfahren, regelmäßig im Rahmen der Verfassungsbeschwerde rügefähig ist.³¹ Sobald ein Gesetz in subjektive Rechte eingreift, muss es daher – um verfassungsmäßig zu sein – vor dem gesamten objektiven Verfassungsrecht, mithin auch vor den Grundrechten anderer, gerechtfertigt sein.

Das NetzDG ist daher am Maßstab des Art. 5 II GG zu messen.

bb) Fraglich ist, ob das NetzDG diesem Vorbehalt genügt.

Versteht man den Begriff des „allgemeinen Gesetzes“ allein als Verbot einer Diskriminierung bestimmter politischer Anschauungen,³² besteht für das NetzDG, das auf die erfassten Äußerungsstraftaten unabhängig von deren politischer Tendenz Anwendung findet, keine Probleme.

Versteht man ihn dahingehend, dass Gesetze „allgemein“ sind, die Rechtsgüter schützen, die auch sonst – dh nicht nur in Hinblick auf eine Verletzung durch Meinungsäußerungen – den Schutz der Rechtsordnung genießen,³³ besteht gleichfalls kein Problem, da die durchzusetzenden Straftatbestände ausweislich des Sachverhalts verfassungsmäßig sind und daher selbst diesem Erfordernis – soweit es anwendbar ist –³⁴ genügen müssen.

Versteht man demgegenüber den Begriff des „allgemeinen Gesetzes“ in Anknüpfung an Stimmen aus der Diskussion der Weimarer Zeit als Verbot eines rechtlichen Sonderregimes

³¹ BVerfG v. 6.6.1989, 1 BvR 921/85 – *Reiten im Walde*, Rn. 70 mwN. Das Sondervotum macht die insbesondere verfassungsprozessrechtlichen Folgen (Rüge des gesamten objektiven Verfassungsrechts) explizit, Rn. 107 f.

³² BVerfG v. 4.11.2009, 1 BvR 2150/08 – *Wunsiedel*, Rn. 55.

³³ BVerfG *Wunsiedel*, Rn. 55.

³⁴ Dh nicht bei § 130 IV StGB, s. BVerfG *Wunsiedel*, Ls. 1.

gerade für Meinungsäußerungen, dh als Verbot von Gesetzen, die sich allein gegen den geistigen Inhalt einer Äußerung richten,³⁵ könnte das NetzDG problematisch sein. Denn die von § 1 III NetzDG umfassten Straftatbestände betreffen ausschließlich Äußerungsdelikte. Für diese Äußerungsdelikte sieht das NetzDG ein besonderes, durch das NetzDG angeordnetes Durchsetzungsregime vor. Ein solches Durchsetzungsregime existiert für andere Straftaten nicht. Zugleich knüpfen die erfassten Straftatbestände jeweils an den Inhalt der betreffenden Äußerungen an und sind nicht durch deren besondere Begleiterscheinungen oder Umstände (martialisches, einschüchterndes Auftreten, Lautstärke etc.) gerechtfertigt.

Ein solch strenges Verständnis des „allgemeinen Gesetzes“ hätte jedoch zur Folge, dass das gesamte Äußerungsstrafrecht, die Medien- und Pressegesetze der Länder und andere Vorschriften, die in erster Linie oder allein kommunikatives Verhalten regeln, dem Vorbehalt des Art. 5 II GG kaum genügen könnten. Jeder Versuch eines regulierenden Zugriffs auf die aus Kommunikation in den verschiedenen Medien (öffentlicher Raum; Presse; Internet usw.) jeweils eigenen Gefahren für andere Rechtsgüter würde von vorneherein ausgeschlossen. Auch bestünde ein Problem mit dem Wortlaut des Art. 5 II GG. Dieser macht deutlich, dass jedenfalls zum Zweck des Ehr- und Jugendschutzes ein inhaltlich-regulierender staatlicher Zugriff auf Meinungsäußerungen eröffnet sein soll. Erstreckt man mit dem BVerfG das Erfordernis der „Allgemeinheit“ des die Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzes auch auf diese anderen Elemente der Schrankentrias,³⁶ ist ein zu strenges Verständnis des Begriffs der „Allgemeinheit“ daher bereits durch Art. 5 II GG selbst ausgeschlossen.³⁷

Das NetzDG als rechtsgutschützendes meinungsneutrales Gesetz genügt daher den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts.

b) Das NetzDG müsste auch die Grenzen zulässiger Grundrechtsbeschränkung wahren.

aa) Zitiergebot, Art 19 I 2 GG

³⁵ Häntzschel, in: Anschütz/Thoma, Hdb. d. dt. StR II, 1932, S. 659 f.; s. dazu auch Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 654-656.

³⁶ BVerfG *Wunsiedel*, Rn. 62.

³⁷ *AA gut möglich; allerdings liefe sie wohl deutlich gegen in Deutschland etablierte Meinungsfreiheitskonzeptionen und schlösse – ernstgenommen – sehr Vieles (insbesondere den gesamten Ehrschutz) aus.*

Indem das NetzDG weder Art. 5 I 1 noch 12 I GG als Grundrechte benennt, könnte es gegen das Zitiergebot verstoßen. Dies setzt voraus, dass das Zitiergebot anwendbar ist.

Da Art. 12 I GG nach seinem Wortlaut nur einen Regelungsvorbehalt enthält und dem Anspruch nach nur darauf zielt, die inhärenten Grenzen gewerblicher Tätigkeit auszugestalten,³⁸ ist das Zitiergebot darauf nicht anwendbar.

Das Zitiergebot könnte jedoch für Art. 5 II GG Anwendung finden. Versteht man das Erfordernis des allgemeinen Gesetzes dahingehend, dass keine Meinung als solche reguliert werden, sondern für Meinungen nur das gelten soll, was ohnehin für jedes andere Verhalten gilt, liegt eine Anwendung des Zitiergebots seinem Zweck nach fern. Denn die zielgerichtete Beschränkung des geistigen Inhalts einer Meinungsäußerung wäre ohnehin ausgeschlossen. Für die übrigbleibenden, nicht-intendierten Beschränkungen der Meinungsfreiheit aufgrund der allgemeinen Gesetze hat das Zitiergebot keinen sinnvollen Gehalt. Dementsprechend hält das BVerfG das Zitiergebot für nicht auf Art. 5 I GG anwendbar.³⁹ Diese Position wird allerdings umso fragwürdiger, umso mehr der Gehalt der Sonderrechtslehre verwässert bzw. auf das Verbot der Standpunktdiskriminierung verengt wird (s.o.). Akzeptiert man mit dem NetzDG ein Gesetz, das gerade und ausschließlich bezweckt, strafbare Meinungsäußerungen im Internet effektiver zu sanktionieren, wird man daher verlangen können, dass sich die Gesetzgebung hierüber Rechenschaft ablegt. Eben dies sicherzustellen, ist Zweck des Zitiergebots. Hiergegen verstößt das NetzDG.

Das NetzDG ist wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot verfassungswidrig.⁴⁰

bb) Zensurverbot, Art. 5 I 3 GG

Da das NetzDG ein repressives Rechtsdurchsetzungsmodell beibehält und soziale Netzwerke erst nach Anzeige einer bereits getätigten strafbaren Äußerung zur Löschung des Inhalts

³⁸ s. BVerfG *Apothekenurteil*, Rn. 73.

³⁹ Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 I, Rn. 55 m.w.N.

⁴⁰ *Diesen Punkt sollten die Bearbeitenden wegen des entsprechenden Hinweises im Sachverhalt problematisieren; es ist natürlich völlig in Ordnung, dem BVerfG zu folgen; dass der Bezug zum Begriff des allgemeinen Gesetzes hergestellt wird, lässt sich nicht verlangen. In der rechtlichen Praxis wäre gut vorstellbar, dass das BVerfG zunächst in einem Fall, in dem es nicht darauf ankommt, das Zitiergebot für anwendbar erklärt, damit die Gesetzgebung sich darauf einstellen kann (prospective overruling). Solche Absichten des BVerfG zur Wiederbelebung des Zitiergebots werden teilweise in jüngerer Zeit gesehen, s. etwa BVerfG v. 27.7.2005, 1 BvR 668/04, Ls. 1.*

verpflichtet sind, ist das Verbot der Vorzensur gem. Art. 5 I 3 GG nicht berührt. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Vorwurf, das Gesetz mache sie zur „Zensorin“, ist daher rechtlich unerheblich.

cc) Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 20 II, III GG

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin könnte das NetzDG aufgrund seiner Anknüpfung an „rechtswidrige Inhalte“ an einem Bestimmtheitsmangel leiden und damit gegen den rechtstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen. Der Begriff des „rechtswidrigen Inhalts“ ist jedoch durch § 1 III NetzDG abschließend definiert. Er ist daher so bestimmt wie die darin in Bezug genommenen Straftatbestände, die ausweislich des Sachverhalts verfassungsgemäß und daher hinreichend bestimmt sind. Ein Bestimmtheitsproblem besteht daher nicht.

dd) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 12 I, 5 I 1, 20 II, III GG

Die Regelungen des NetzDG könnten jedoch in Anbetracht ihres Zwecks unverhältnismäßig sein und damit den aus den Grundrechten bzw. dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzen.

i) Das NetzDG verfolgt mit der verbesserten Rechtsdurchsetzung und dem damit bezweckten Rechtsgüterschutz in sozialen Netzwerken einen legitimen Zweck. Das dazu eingesetzte Mittel, eine Berufsausübungsregelung für bestimmte Gewerbetreibende, ist nicht als solches unzulässig. Insbesondere verlangt das NetzDG keine Vorzensur geposteter Inhalte durch die Anbieter eines Netzwerks. Die Einrichtung eines mit genügenden Personalmitteln ausgestatteten Beschwerdesystems, die darauf bezogenen Berichtspflichten und die Pflicht, bestimmte Inhalte innerhalb vorgegebener Zeitfenster zu löschen, sind dazu geeignet, die von strafrechtswidrigen Inhalten ausgehenden Beeinträchtigungen der durch die Strafnorm geschützten Individual- und Kollektivrechtsgüter zu minimieren, indem sie die Zeiträume verkürzt, während derer diese Inhalte sichtbar sind.

ii) Fraglich ist, ob es zur Erreichung des Gesetzeszwecks mildere und gleich geeignete Mittel als die im NetzDG getroffenen Maßnahmen gibt.

Eine Verschärfung der Strafdrohung und Strafverfolgung gegenüber den Urhebern rechtswidriger Inhalte verspricht keinen Erfolg, da diese durch die zwischengeschaltete Plattform von einem unmittelbaren staatlichen Zugriff abgeschirmt sind und auch eine etwaige Strafverfolgung eine Entfernung der betreffenden Inhalte nicht zwangsläufig bewirkt. Zudem ist es gerade Voraussetzung des NetzDG, dass – trotz der Strafdrohung – rechtswidrige Inhalte tatsächlich in großem Umfang gepostet und mittels sozialer Netzwerke verbreitet werden. Diesem Verbreitungsrisiko und dem daraus folgenden Schaden lässt sich nur durch einen Zugriff auf die Netzwerkbetreiber abhelfen, der mithin dem Grunde nach erforderlich ist. Bei Verzicht auf eine Berichtspflicht, auf Löschpflichten innerhalb festgelegter Zeiträume oder auf eine Bußgeldbewehrung wäre das dadurch geschaffene Beschwerdesystem aller Voraussicht nach weniger durchsetzungskräftig. Das Gesetz überlässt den Netzwerkbetreibern die interne Organisation des Beschwerdesystems, insbesondere die Frage, ob und wie viel Personal sie zu diesem Zweck eingestellt wird, und beschränkt den Eingriff in deren unternehmerische Freiheit somit auf ein Mindestmaß.

iii) Fraglich ist, ob die mit dem NetzDG verbundene Einschränkung der Berufsfreiheit der Netzwerkbetreiber und der Meinungsfreiheit der Nutzenden auch verhältnismäßig im engeren Sinn ist.

(1) Hinsichtlich des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Netzwerkbetreiber steht Einmalkosten von 1 Million Euro und jährlichen Kosten von 1,1 Million Euro ein Umsatz von mehr als 60 Millionen Euro jährlich gegenüber. Es handelt sich damit um eine bloße Berufsausübungsregelung (s.o.), deren Einschränkung aus Gründen des Allgemeinwohls möglich ist. Beim verbesserten Schutz gegenüber strafrechtswidrigen Inhalten handelt es sich um eine solche Allgemeinwohlerwägung. Zugleich ist ein Interesse der Betreiber sozialer Netzwerke daran, gewerbsmäßig einen Raum bereitzustellen, in dem auch strafrechtswidrige Inhalte folgenlos veröffentlicht werden können, nicht rechtlich anerkennungsfähig und von der Berufsfreiheit nicht geschützt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Erwägung, dass eine zurückhaltende Löschraxis von Nutzenden bevorzugt würde und die Betreiber durch das NetzDG daran gehindert seien, ein attraktives Angebot bereitzustellen. Zum einen steht keineswegs fest, dass Nutzende ein Forum mit zurückhaltender Löschraxis für attraktiver halten. Zum anderen gewährleistet die Anwendbarkeit der Regelung auf alle größeren im Bundesgebiet eröffneten sozialen Netzwerke, dass Wettbewerbsverschiebungen nicht zu befürchten sind. Das in die Abwägung einzustellende Interesse der Betreiber

erschöpft sich damit in dem in erster Linie monetären Interesse, von zusätzlicher Regulierung durch das NetzDG und den damit verbundenen Kosten verschont zu bleiben. Dieses Interesse kann angesichts der geringen Kosten im Vergleich zum erwartbaren Umsatz eine zur Verfassungswidrigkeit führende Unangemessenheit des NetzDG nicht begründen.

(2) Eine Unangemessenheit könnte jedoch durch die mit dem NetzDG verbundene Einschränkung der Meinungsfreiheit der Nutzenden begründet sein.

Die drei Hauptelemente des NetzDG, die Pflicht zur Vorhaltung eines geeigneten transparenten Beschwerdesystems (1), die Berichtspflicht (2) und die Pflicht, bestimmte Inhalte innerhalb vorgegebener Zeiträume zu löschen (3), dienen jeweils dem Interesse, den Schutz der von den erfassten Straftatbeständen geschützten Rechtsgüter zu verbessern.

Auf Seiten der Nutzenden ist ein rechtliches Interesse daran, etwaigen strafrechtswidrigen Äußerungen über soziale Netzwerke ein besonders großes Publikum zu verschaffen und von einer Löschung solcher Inhalte verschont zu bleiben, zwar grundrechtlich geschützt (s.o.), aber angesichts der Strafbewehrung, an die das NetzDG knüpft, nicht sonderlich gewichtig zu veranschlagen. Soweit die betreffenden Strafnormen vor Art. 5 I GG gerechtfertigt sind, wovon nach dem Sachverhalt auszugehen ist, ist auch deren verbesserte Durchsetzung gerechtfertigt, wenn sie nicht mit zusätzlichen Grundrechtseingriffen einhergeht.⁴¹

Schwerer wiegt demgegenüber⁴² das Interesse der Nutzenden daran, solche Inhalte veröffentlichen zu können, die nicht strafrechtswidrig sind. Zwar zielt das NetzDG nicht darauf ab, nicht strafrechtswidrige Äußerungen zu unterbinden. Da nicht in jedem Fall sicher bestimmbar ist, ob ein gegebener Inhalt strafrechtswidrig ist, ist jedoch absehbar, dass durch das nach dem NetzDG verpflichtend einzuführende Beschwerdesystem und die Löschpflicht auch rechtmäßige Inhalte betroffen sein werden. Da nicht immer ersichtlich ist, wann ein klarer Fall gegeben ist, gilt dies auch, wenn man nach dem Grundsatz der Meinungsfreundlichkeit nur solche Inhalte löschen muss, die offensichtlich die Grenze zum

⁴¹ Anmerkung: Etwas anderes, nämlich ein rechtlich anerkennungsfähiges Interesse an einem Durchsetzungsdefizit im Bereich der Äußerungsdelikte, lässt sich wohl kaum konsistent behaupten. Zwar mag ein solcher Bereich tolerierter Rechtswidrigkeit – zB als notwendige Folge der Vermutung der Freiheit der Rede – politisch und gesellschaftlich wünschenswert sein. Die Rechtsordnung als solche kann sich dieses Interesse allerdings schwerlich zueigen machen, ohne den eigenen Folgerichtigkeitsanspruch aufzugeben.

⁴² Anmerkung: Die folgenden Ausführungen zur Angemessenheit gehen weit über das hinaus, was von Bearbeitenden erwartet werden kann. Wichtig ist hier nur, dass man die Probleme mit dem NetzDG, sofern man sie sieht, artikuliert und fassbar macht.

Strafbaren überschreiten. In diesen (zahlenmäßig begrenzten) Fällen werden die Pflichten nach dem NetzDG also übererfüllt. Selbst wenn man wegen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative annimmt, dass dieser Übererfüllungseffekt moderat ausfallen wird, ist nach dem Gesetz der großen Zahl sicher absehbar, dass ein gewisser Effekt eintreten wird.⁴³

Dieser negative Effekt auf erlaubte Meinungsäußerungen wiegt umso schwerer, als Meinungsäußerungen, die an der Grenze zur Strafbarkeit liegen, in besonderer Weise auf den durch Art. 5 I GG gewährten Schutz angewiesen sind. Das, was ohnehin die meisten für adäquat und nicht anstößig halten, bedarf eines grundrechtlichen Schutzes nicht. Die Ernsthaftigkeit und normative Kraft grundrechtlicher Freiheitsgarantien bewährt sich daher dort, wo die Wahrnehmung dieser Freiheiten anderen besonders unangenehm ist und Widerspruch hervorruft. Eben dies ist in der Regel im Grenzbereich zur nicht mehr erlaubten Meinungsäußerung der Fall. Der Schutz des gerade noch Erlaubten – egal ob mit satirischem oder sonstigem Hintergrund – betrifft damit in besonderer Weise den Gehalt der Grundrechtsgewährleistung des Art. 5 I GG. In eben diesen Bereich des gerade noch Erlaubten fallen die durch das NetzDG angestoßenen Übererfüllungseffekte.

Fraglich ist, ob diese absehbaren Auswirkungen des NetzDG auf rechtmäßige Inhalte im Grenzbereich (Löschung nicht strafrechtswidriger Inhalte) zu einer Unangemessenheit des Gesetzes führen. Insoweit ist zwischen den einzelnen Elementen des NetzDG zu differenzieren.

(1) Die Pflicht zur Vorhaltung eines geeigneten Beschwerdesystems, das es Nutzenden ermöglicht, in einem transparenten Verfahren für rechtswidrig gehaltene Inhalte zu melden und deren Löschung anzustoßen, erlaubt eine ergebnisoffene Prüfung der gemeldeten Inhalte. Dass im Rahmen einer solchen Prüfung in begrenztem Umfang falsch über die Rechtmäßigkeit der betreffenden Inhalte geurteilt wird, kann als solches eine Unangemessenheit nicht begründen. Ein etwaiger Irrtum ist gesetzlich nicht intendiert und kann in beide Richtungen gehen, insbesondere wenn im Grenzbereich nach dem Grundsatz der Meinungsfreundlichkeit entschieden wird. Absehbare Übererfüllungseffekte würden daher durch absehbare Untererfüllungseffekte aufgewogen. Die Anzahl der falschen Positiven (rechtmäßiger Inhalt wird gelöscht) und falschen Negativen (rechtswidriger Inhalt wird trotz

⁴³ Hierzu und zum Weiteren Hong, Das NetzDG und die Vermutung der freien Rede, Verfassungsblog v. 9.1.2018 (<https://verfassungsblog.de/das-netzdg-und-die-vermutung-fuer-die-freiheit-der-rede/>).

Beschwerde nicht gelöscht) stünde allein in Abhängigkeit zur dem Recht und jeder Rechtsanwendung eigenen Unschärfe, dem daraus folgenden Irrtumsrisiko und der jeweils angewendeten Unklarheitsregel.

(2) Auch die Pflicht zur Erstellung regelmäßiger Berichte, die eine Transparenz und Messbarkeit der Prüf- und Löschtätigkeit seitens sozialer Netzwerke gewährleisten sollen, weist eine Tendenz nicht auf. Auch sie lässt damit die durch Art. 5 I GG vorgezeichnete Unklarheitsregelung unberührt und beeinflusst das Löschverhalten der Netzbetreiber nicht in eine bestimmte Richtung.

(3) Problematisch ist demgegenüber der mit den Löschpflichten innerhalb festgelegter Zeiträume und dem darauf aufbauenden Bußgeldtatbestand verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzenden. Denn diese Löschpflichten und der mit ihnen verbundenen Bußgeldtatbestand geben Netzbetreibern einen wirtschaftlichen Anreiz dahingehend, angezeigte Inhalte selbst dann zügig zu löschen, wenn deren Rechtmäßigkeit zweifelhaft ist. Dem gegenüber steht kein spiegelbildlicher Anreiz, eine genaue Prüfung vorzunehmen und auch zweifelhafte Inhalte stehen zu lassen. Forumnutzende, deren Inhalte gelöscht werden, obwohl deren strafrechtliche Relevanz zweifelhaft ist, müssten in solchen Fällen gegen die Löschung zivilrechtlich vorgehen. Maßgeblich für den Erfolg eines solchen Vorgehens wären die jeweiligen Forum-AGB, nach denen Netzbetreiber in der Regel dazu berechtigt sind, auch bei bloß begründeten Zweifeln an der Rechtmäßigkeit einen Inhalt zu löschen. Eine solche Ermächtigung zur Löschung bloß zweifelhafter Inhalte ist angesichts des den Netzbetreibern drohenden Bußgelds auch sachlich begründet, sodass sie einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhielte. Dies gilt jedenfalls, soweit man solche AGB nicht voll am Maßstab des Art. 5 I GG misst, was aktuellem Stand der Drittwirkungsdogmatik entspricht. Forumnutzende hätten daher im Ergebnis keinen wirksamen Rechtsbehelf gegen übererfüllende Netzanbieter. Durch das NetzDG wird somit von Seiten des Staates ein Mechanismus angestoßen, der absehbarer Weise dazu führen wird, dass rechtmäßige Meinungsäußerungen von privaten Netzbetreibern unterdrückt werden, ohne dass hieran ein legitimes staatliches Interesse bzw. hiergegen eine effektive Rechtschutzmöglichkeit bestünde. Damit verhindert bzw. erschwert das NetzDG mittelbar bestimmte Meinungsinhalte im Grenzbereich.

Zwar könnten soziale Netzwerkbetreiber bereits jetzt übermäßig löschen, ohne dass dagegen effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht. Das NetzDG setzt ihnen jedoch mit Mitteln staatlichen Zwanges ein Anreiz in eben diese Richtung. Eine effektive grundrechtliche Kontrolle muss auch gegenüber solchen mittelbar-faktischen Eingriffen durch das Setzen einseitiger Anreize bestehen. Ansonsten könnten über die Einschaltung privater Intermediäre Ergebnisse erzielt werden, die der Staat selbst nicht erzielen dürfte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das betreffende Gesetz – wie hier – keinerlei Maßnahmen trifft, um eine Übererfüllung einzudämmen (etwa durch effektive Rechtsbehelfe der Forumnutzenden oder durch einen spiegelbildlichen Ordnungswidrigkeitstatbestand wegen struktureller Löschung nicht-rechtswidriger Inhalte).

Der in Richtung einer übermäßigen Löschung gesetzte gesetzliche Anreiz wird auch nicht durch den Umstand aufgewogen, dass sowohl Nutzende als auch Plattformen statistisch gesehen ein eigenes Interesse daran haben, dass eine Löschung rechtmäßiger Inhalte nicht stattfindet. Dabei kann dahinstehen, ob solche tatsächlichen Tendenzen – sofern es sie gibt – überhaupt dazu geeignet sind, unausgewogene rechtliche Anreizregime auszugleichen.⁴⁴ Denn eine dahingehende Einschätzung der Gesetzgebungsorgane ist durch nichts belegt. Eine allgemeine Tendenz zur Nutzung derjenigen Plattform, die die wenigsten Löschungen vornimmt, lässt sich nicht feststellen. Stattdessen scheint die Nutzerverteilung in hohen Maßen von letztlich zufällig verteilten Herdeneffekten gesteuert zu sein. Die Annahme einer Tendenz zur Nicht-Löschung ist auch nicht aus sich heraus plausibel. Vielmehr liegt nahe, dass die Mehrzahl der Nutzenden solche Plattformen bevorzugt, auf denen ihr Anstandsgefühl und das, was sie für noch erträgliche Äußerungsinhalte halten, gewahrt werden. Dieser Maßstab des „für die Mehrheit der Nutzenden noch Erträglichen“ deckt sich gerade nicht mit der Grundentscheidung des Art. 5 I GG, wonach gerade auch diejenigen Meinungen grundrechtlichen Schutz genießen, die den allgemeinen Konsens herausfordern, anzweifeln und sich über anerkannte Anstandsregeln hinwegsetzen. Soziale Diskursnormen sind gerade nicht grundrechtlicher Maßstab erlaubter Meinungsäußerungen. Während tatsächlich davon auszugehen ist, dass die Nutzenden bei ansonsten gleichbleibenden Umständen insgesamt zu derjenigen Plattform tendieren werden, die ihren sozialen Normvorstellungen am besten entspricht, ist die Annahme, dass sich in einem Wettbewerb diejenigen Foren durchsetzen, die den gesetzlichen Stand des Erlaubten und Verbotenen am genauesten treffen, eher fernliegend. Eine den einseitigen Anreiz des NetzDG ausgleichende tatsächliche Tendenz zur

⁴⁴ Zweifelnd offenbar Hong, Das NetzDG und die Vermutung der freien Rede, Abschnitt 3 aE.

Nicht-Löschung gemeldeter Inhalte, besteht daher nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Beschwerdesystem, das eine Löschung ermöglicht, bereits installiert ist. Wohnt dem tatsächlichen Hintergrund des Gesetzes keine erkennbare Tendenz inne, muss zumindest das gesetzlich angelegte Anreizsystem den grundrechtlichen Vorgaben genügen. Das bedeutet, dass das Gesetz – die tatsächlichen Hintergründe ausgeblendet – einen angemessenen Ausgleich zwischen übermäßiger und ungenügender Löschung treffen muss. Dies setzt voraus, dass sowohl an die Über- als auch an die Untererfüllung der gesetzlichen Löschungspflichten Sanktionen geknüpft sind.

Diesem Maßstab genügt das NetzDG nicht. Es setzt durch die Festlegung bestimmter Löschergebnispflichten einen staatlichen Anreiz zur Löschung auch nicht-rechtswidriger Inhalte durch Netzbetreiber. An einer solchen Übererfüllung, dh an der Löschung nicht strafrechtswidriger Inhalte, kann ein legitimes staatliches Interesse nicht bestehen. Da es das Gesetz versäumt, die drohende Übererfüllung durch geeignete Maßnahmen, insbesondere Rechtsbehelfe der Forumnutzende gegen überschießende Löschungen, einzudämmen, nimmt es die absehbare Übererfüllung in Kauf.

Die Festlegung von Löschofflichten geht damit im Ergebnis über das zur Erreichung eines legitimen Zwecks Notwendige hinaus und ist unverhältnismäßig.

III. Das NetzDG ist wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot und wegen unangemessener Beschränkung des Art. 5 I 1 GG durch die Festlegung von Fristen für die Erfüllung der gesetzlichen Löschofflichten verfassungswidrig. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin ist daher nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt und ihr Grundrecht verletzt.

C. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet. Sie hat Aussicht auf Erfolg.