

Göttinger Schriften zum  
Öffentlichen Recht

Patrick Nölscher

Fake News in der Online-Kommunikation



Patrick Nölscher  
Fake News in der Online-Kommunikation

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



erschienen als Band 19 der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“  
im Universitätsverlag Göttingen 2023

---

Patrick Nölscher

# Fake News in der Online-Kommunikation

Eine Betrachtung des  
verfassungsrechtlichen  
Kommunikationsschutzes von  
Fake News im Zusammenhang mit  
neuen Kommunikationsmitteln,  
ihrer Regulierbarkeit, ihrer  
einfach-gesetzlichen Regulierung *de  
lege lata* sowie der gesetzgeberischen  
Handlungsoptionen *de lege ferenda*

Göttinger Schriften zum  
Öffentlichen Recht  
Band 19

Universitätsverlag Göttingen  
2023

## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

*Herausgeber der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“*

Prof. Dr. Hans Michael Heinig, Prof. Dr. Christine Langenfeld, Prof. Dr. Thomas Mann, Prof. Dr. José Martínez, Prof. Dr. Florian Meinel, Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger

Dissertation, Georg-August-Universität Göttingen

Dieses Werk ist auch als freie Onlineversion über die Verlagswebsite sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) zugänglich. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Sascha Bühler  
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst



© 2023 Universitätsverlag Göttingen, Göttingen  
<https://univerlag.uni-goettingen.de>  
ISBN: 978-3-86395-603-5  
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2023-2438>  
ISSN: 2191-4583  
eISSN: 2512-6911

Meiner Familie





## Vorwort<sup>1</sup>

Die vorliegende rechtswissenschaftliche Dissertation entstand in der Zeit von 2016–2022 während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeines Völkerrecht von Herrn BVR a. D. Prof. Dr. Andreas L. Paulus an der Georg-August-Universität Göttingen mit Unterbrechung für das Referendariat.

Während ich in dem von demokratischen Entscheidungen geprägten Jahr 2016 nach einem passenden Arbeitstitel für mein Promotionsvorhaben im Bereich der Kommunikationsfreiheiten im Internet suchte, musste ich zu meinem Bedauern feststellen, dass dieses Jahr ganz im Zeichen von „Fake News“ stehen sollte. Sowohl das Ergebnis des *Brexit*-Referendums als auch der US-amerikanischen Präsidentschaftswahl spiegelte das Gegenteil von dem wider, was ich im Vorhinein als sicher prognostiziert hätte. Die in diesen Kontexten vorab verbreiteten „Fake News“ waren in meiner Vorstellung so offensichtlich, dass aufgeklärte Bürger nicht ernsthaft Gefahr haben laufen können, ihnen zu unterliegen. Die US-amerikanische Präsidentschaftswahl sowie die spätere Amtszeit von *D. Trump* unterstrichen – nicht zuletzt durch sein Verhalten in sozialen Medien – aber noch einmal in aller Deutlichkeit, wie fragil die gesellschaftliche Meinungsbildung letztlich ist.

---

<sup>1</sup> In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und andere Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

Kurz vor Beginn meiner Überarbeitung des Dissertationsvorhabens im Mai 2022 hatte der russische Angriffskrieg auf die Ukraine begonnen, wobei es keiner Erörterung bedarf, dass eine durch „Fake News“ geprägte Informationspolitik eine zentrale Säule der Kriegsführung ist.

In der Zwischenzeit entwickelte sich der Terminus der „Fake News“ zu einem schillernden Modebegriff, der nicht zuletzt durch seinen inflationären Gebrauch in den Medien und der Gesellschaft allgegenwärtig und in jedwedem Kontext mit Falschinformation seinen Platz zu finden schien und dadurch den ihm ursprünglich beigemessenen Inhalt alsbald nach seiner gesellschaftlichen Verfestigung bis hin zur Uferlosigkeit verwässerte. Wenn man jedoch den Einfluss von „Fake News“ in der gesellschaftlichen Debatte minimieren oder gar ausschließen will, muss der Begriff präzise definiert werden, damit sich das Entäußern von „Fake News“ grundrechtlich einordnen lässt. Denn dies bestimmt maßgeblich über die Anforderungen der Regulierung. Insbesondere das Spannungsfeld von Meinungsfreiheit und Tatsachenschutz wird hiermit adressiert. Hinzu treten neue technische Kommunikationsgegebenheiten wie die Kommunikation in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten oder via „Social Bots“, die für die Verbreitung von „Fake News“ wesentlich sind, deren verfassungsrechtliche Behandlung – sowohl im Zusammenhang mit ihrem grundrechtlichen Schutz als auch ihrer dem ständigen Wandel unterliegenden Regulierung – bisweilen nicht abschließend geklärt, aber besonders spannend ist. Dieses auch fortwährend aktuelle Thema bestimmte die letzten Jahre der zunehmend europäisch geprägten Internetdiensteregulierung, die kurz vor Beendigung des Vorhabens im Digital Services Act mündete. Zu diesen Themen soll diese Arbeit einen wissenschaftlichen Beitrag leisten.

Besonderer Dank gilt an dieser Stelle meinem Doktorvater und Mentor Herrn BVR a. D. Prof. Dr. Andreas L. Paulus für seine wertbringende und geschätzte Unterstützung sowie die mir eingeräumte vollumfängliche wissenschaftliche Freiheit und die Möglichkeit, ihm bei seinen wissenschaftlichen Projekten assistieren zu dürfen. Zu großem, mit Trauer verbundenem Dank verpflichtet bin ich meinem kürzlich unerwartet verstorbenen Zweitbetreuer Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler (\* 18. Dezember 1960 – † 11. September 2023) für die schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens zu meiner Dissertation, das ich als Andenken an diesen herausragenden Wissenschaftler in Ehren halten werde.

Mein größter Dank gilt zum einen meiner Familie, namentlich meinen Eltern Anja und Burghard Nölscher, meiner Schwester Lisa Marie Nölscher sowie meinen Großeltern Christel Grützner, Ingrid und Rüdiger Nölscher. Zum anderen gilt er meinen Freunden, die mich zu jeder Zeit voll und ganz bei diesem Projekt unterstützt haben. Allem voran danke ich Herrn Regierungsrat Dr. Niklas Hoßbach und Herrn Richter Dr. Jann-Heinrich Müller. Beide haben mich seit Beginn meines Studiums in jeder Lebenslage mit Rat und Tat und bei dieser Ausarbeitung stets mit

dem nötigen Maß an Präzision und Pragmatik begleitet. Ohne die Unterstützung der beiden wäre diese Arbeit jedenfalls – wenn überhaupt – nicht zu dem geworden, was sich nun auf den folgenden Seiten findet.

Darüber hinaus kann ich an dieser Stelle entgegen meines ureigenen Willens nur ein paar wenige Personen hervorheben, die mir auf meinem Weg bis zu dieser Veröffentlichung in besonderer Weise geholfen haben. Von ganzem Herzen möchte ich mich bei Frau Richterin Hanna Bohmeier, Frau Maja Brieger, Frau Henriette Duske, Herrn Dr. Matthias Eichfeld, Frau RA'in Dr. Franziska B. Friske, LL.M (Sydney), Herrn Syndikusanwalt und Verwaltungsprofessor Jonas Grüninger, Herrn Dr. Nils Gummert, Herrn Richter Dr. Helge Hölken, Frau RA'in Anne K. Hoßbach (geb. Eicke), Frau Sarah E. Hötl, Herrn RA Dr. Marius Hoßbach, Frau RA'in Carolin Kerpa, Frau Richterin Inga Charlotte Lehner, Frau Anna Sophia Peuser, Frau Julia Quanz, Herrn David Rorowski, Herrn RA Dr. Markus C. Schmechel, Herrn RA Philipp N. Schmechel, LL.M (Sydney), Frau Regierungsrätin Sabrina Schomberg, Herrn RA Dr. Jens-Christian Schott und nicht zuletzt allen Lehrstuhlstuhlangehörigen sowie vielen Weiteren für ihre kaum überschätzbare Unterstützung, ihre wertvollen Anregungen und Korrekturen sowie für die von ihnen geschaffene, stets wohltuende Ablenkung bedanken.

Schleswig/Hamburg/Göttingen, 26. September 2023

Patrick Nölscher



# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	VII
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XIX
<b>A. Einführung</b> .....	1
I. Ausgangslage und Motivation .....	2
II. Gang und Methode der Untersuchung .....	7
<b>B. „Fake News“ als soziales Problem</b> .....	11
I. Begriffsbestimmung .....	12
1. Grammatikalisches Verständnis und allgemeiner Sprachgebrauch ..	12
2. Historische Ähnlichkeit zur „Zeitungsente“ .....	13
3. Jüngere Entwicklungen vor dem Hintergrund des NetzDG .....	13
4. Sinnbetrachtung .....	14
5. Ergebnis: Begriffsbestimmung .....	16
II. Unterschiedliche Ausprägungen von „Fake News“ mit Beispielen .....	16
1. Frei erfundene Sachverhalte („Fabricated Content“) .....	16
2. Manipulierte Informationen („Manipulated Content“) .....	17
3. Dekontextualisierter Inhalt („Misinterpreted Content“) .....	18

III. Kognitive Verarbeitung von Information . . . . .	19
1. Menschliches Gedächtnis und die Aufnahme von (Fehl-)Information. . . . .	19
2. Wirkungszusammenhang von Erstinformation und Meinungsbildung. . . . .	20
3. Zugang zu und Verwendung von Information als Eckpfeiler kognitiver Selektion . . . . .	20
IV. Entwicklungen der jüngeren Zeitgeschichte . . . . .	21
1. Postfaktizität als Sinnbild gesellschaftlicher Informationskultur . . . . .	21
2. Global aufstrebender Populismus. . . . .	22
3. Einflussnahme auf demokratische Entscheidungen des Souveräns . . . . .	23
V. Die Bedeutung der Internetkommunikation für die Verbreitung von „Fake News“ . . . . .	24
1. Die Rolle von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten . . . . .	25
2. Verlust des Vertrauens in Qualitätsmedien . . . . .	32
3. Bedeutung für kommerzielle, erwerbswirtschaftliche Zwecke. . . . .	33
4. Ergebnis: Die Bedeutung des Internets für die Verbreitung von „Fake News“ . . . . .	33
VI. Ergebnis: „Fake News“ als soziales Problem. . . . .	34
<b>C. Verfassungsrechtliche Einordnung der Verbreitung von „Fake News“    und Verhalten im Zusammenhang mit Online-Kommunikation. . . . .</b>	<b>35</b>
I. Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne, Art. 5 Abs. 1 GG . . . . .	36
II. Kommunikationsfreiheiten als „dienende Freiheiten“? . . . . .	37
1. Vereinfachtes Kommunikationsmodell. . . . .	39
2. Die „ <i>dienende Freiheit</i> “ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	40
3. Ergebnis: Kommunikationsfreiheiten als „dienende Freiheiten“? . . . . .	53
4. Sicherungsinstrumente zugunsten des Schutzguts . . . . .	54
III. Schutzbereiche der Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne . . . . .	54
1. Persönlicher Schutzbereich. . . . .	54
2. Sachlicher Schutzbereich der Meinungsfreiheit . . . . .	63
3. Sachlicher Schutzbereich der Mediengrundrechte . . . . .	123
4. Ergebnis: Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne. . . . .	142
IV. Neuere Arten der Online-Kommunikation und ihre grundrechtliche Verortung . . . . .	142
1. Informationsintermediärtätigkeiten . . . . .	142
2. Aussagenverbreitung via „Social Bots“ . . . . .	152
3. Ergebnis: Neuere Arten der Online-Kommunikation und ihre grundrechtliche Verortung. . . . .	169

V. Ergebnis: Verfassungsrechtliche Einordnung der Verbreitung von „Fake News“ und anderer Online-Kommunikationsformen . . . . .	170
<b>D. Verfassungsrechtliche Beschränkbarkeit von „Fake News“-Aussagen . . .</b>	<b>171</b>
I. Verfassungsrechtliche Kollisionsgüter zu Desinformation . . . . .	172
1. Schutz vor Verletzungen der Persönlichkeit und Hetze. . . . .	172
2. Freie Meinungsbildung . . . . .	175
3. Recht auf freie Wahl, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG . . . . .	177
4. Nationale Sicherheit. . . . .	178
II. Beschränkungsrahmen der Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 2 GG . . . . .	179
1. Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG . . . . .	180
2. Recht der persönlichen Ehre, Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG . . . . .	181
3. Gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend, Art. 5 Abs. 2 Var. 2 GG . . . . .	186
4. Verfassungsimmanente Schranken . . . . .	187
III. Grenzen der Einschränkung (sog. Schranken-Schranken) . . . . .	187
1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Theorem der Wechselwirkung. .	187
2. Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG . . . . .	212
IV. Ergebnis: Verfassungsrechtliche Beschränkbarkeit von „Fake News“-Aussagen . . . . .	213
<b>E. Einfach-gesetzliche Regulierung der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation <i>de lege lata</i> und Evaluation . . . . .</b>	<b>215</b>
I. Zivil- und strafrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter .	218
1. Zivilrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter .	218
2. Strafrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter .	223
3. Evaluation zivil- und strafrechtlicher Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter . . . . .	228
II. Gesetzliche Regulierung des Einsatzes von „Bots“ . . . . .	232
1. Strafrechtliche Vorkehrungen. . . . .	233
2. Kennzeichnungspflichten. . . . .	234
3. Impressumspflichten nach § 5 f. TMG und § 18 Abs. 1 MStV .	279
4. Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ .	280
III. Allgemeine Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten . . . . .	285
1. Zivilrechtliche Ansprüche gegen die Dienste . . . . .	287
2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber. . . . .	289
3. Auskunftsanspruch aus § 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG gegen die Dienste. . . . .	290
4. Auskunftsanspruch aus §§ 242, 259, 260 BGB gegen die Dienste. .	292

5. Transparenzpflichten der Dienste nach § 6 TMG und § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV . . . . .	293
6. Evaluation: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten . . . . .	294
IV. Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing- Dienste durch sog. Community Standards . . . . .	296
1. Grundsätzlich: Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG . . . . .	298
2. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte . . . . .	299
3. Reichweite der mittelbaren Drittwirkung . . . . .	301
4. Konkrete Betrachtung der mittelbaren Drittwirkung im Kontext sozialer Netzwerke und Videosharing-Dienste . . . . .	302
5. Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag . . . . .	312
6. (Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen . . . . .	323
7. Konkrete Anspruchspositionen im Rahmen von Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsverträgen . . . . .	327
8. Ergebnis: Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste durch sog. Community Standards . . . . .	330
V. Die Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten in Bezug auf „Fake News“ durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz . . . . .	331
1. NetzDG mit der Meinungsfreiheit der Nutzer vereinbar . . . . .	332
2. Das NetzDG verfehlt seine Regelungsadressaten . . . . .	335
3. „ <i>Etikettenschwindel</i> “: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“ . . . . .	338
4. Das NetzDG setzt auf die Selbstregulierung der Dienste . . . . .	340
5. Ergebnis: Die Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten in Bezug auf „Fake News“ durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz . . . . .	341
VI. Ergebnis: Einfach-gesetzliche Regulierung der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation <i>de lege lata</i> und Evaluation . . . . .	342
<b>F. Digital Services Act . . . . .</b>	<b>347</b>
I. Anwendungsbereich und Verhältnis zu nationalen Regelungen . . . . .	348
1. Verhältnis des DSA zu anderen nationalen Regelungen . . . . .	348
2. Persönlicher Anwendungsbereich, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 lit. g) DSA. . . . .	349
3. Persönlicher Anwendungsbereich: Marktortprinzip, Art. 2 Abs. 1 DSA . . . . .	350
4. Sachlicher Anwendungsbereich (koordinierter Bereich): Verhalten bei illegalen Inhalten . . . . .	351



---

5. Ergebnis: Anwendungsbereich und Verhältnis zu nationalen Regelungen . . . . .	353
II. Inhalt des (gestuften) Pflichtenprogrammes . . . . .	354
1. Unterscheidung von „kleinen“ und „sehr großen“ Diensten . . . . .	354
2. Haftungsregel für alle Online-Plattformen, Art. 5 DSA . . . . .	355
3. Sorgfaltspflichten für ein transparentes und sicheres Online-Umfeld . . . . .	356
III. Aufsicht . . . . .	375
IV. Grundrechte-Charta . . . . .	377
V. Inkrafttreten und Geltung, Art. 93 DSA. . . . .	378
VI. Evaluation: Digital Services Act . . . . .	378
1. Einheitliche statt einzelstaatliche Regulierung der Anbieter nach dem Marktortprinzip. . . . .	379
2. Der „Etikettenschwindel“ der Regulierung in Bezug auf „Fake News“ . . . . .	379
3. Die zwei Seiten der Medaille der Ko-Regulierung bei unzureichend gesetzten Maßstäben . . . . .	381
4. Das Bedürfnis nach einem umfassenden gestuften Regulierungssystem . . . . .	382
5. Melde- und Abhilfeverfahren – Fluch und Segen? . . . . .	382
6. Begrüßenswerte Begründungspflicht . . . . .	386
7. Bloß ein in zeitlicher Hinsicht verbesserter Rechtsschutz . . . . .	386
8. „Transparenzüberdruck“ durch Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	387
9. Vorstoß durch Filterreset . . . . .	388
10. Vorgeschriebenes Vorgehen bei missbräuchlicher Dienstenutzung. . . . .	390
11. Kaum erwartbar spürbare Änderungen durch gesteigerte Transparenzberichtspflichten . . . . .	391
12. Kein Fortschritt in Sachen effektiver (Straf-)Rechtsdurchsetzung. . . . .	391
13. Eigene Risikobewertungen als Grundlage weiterer Selbstbeschränkung? . . . . .	392
14. Krisenreaktionsmechanismen als effektive und rechtzeitige Mittel zur Krisenbewältigung? . . . . .	393
15. Mangelnde Einbeziehung von Kennzeichnungspflichten . . . . .	394
16. Engmaschige Kontrolle der Wahrung der DSA-Pflichten durch zweigliedrige Aufsicht . . . . .	395
17. Resümee . . . . .	397

<b>G. Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation <i>de lege ferenda</i></b> . . . . .	399
I. Staatliche Schutzpflichten für widerstreitende Verfassungsgüter . . . . .	403
II. Regulierung des Einsatzes von „Social Bots“ . . . . .	405
1. Verbot des „Bot“-Einsatzes . . . . .	407
2. Pflicht zur Kennzeichnung nur von durch „Bots“ verbreiteten „Fake News“ . . . . .	411
3. Überarbeitung der Kennzeichnungspflichten (§ 18 Abs. 3, § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) . . . . .	414
4. Ergebnis: Regulierung des Einsatzes von „Social Bots“ . . . . .	430
III. Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten . . . . .	432
1. Anzeige von Beiträgen nach ihrer Quellentransparenz . . . . .	433
2. Staatsfreie Fakten-Check-Agenturen . . . . .	443
3. Nutzeransprüche und Löschen nach Gemeinschaftstandards . . . . .	462
4. Ansprüche auf Gegendarstellung, Widerruf und Richtigstellung . . . . .	463
5. Klarnamenspflicht (Real Name Statute) . . . . .	464
6. „Uploadfilter“ und Filtersoftware . . . . .	488
7. Ergebnis: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten . . . . .	493
IV. Ergebnis: Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation <i>de lege ferenda</i> . . . . .	494
<b>H. Fazit und Ausblick</b> . . . . .	495
I. „Fake News“ in der Online-Kommunikation . . . . .	495
II. Kommunikationsgrundrechte dienen der Meinungsbildung, sind aber keine „dienenden Freiheiten“ . . . . .	496
III. Der Schutz von „Fake News“ durch die Meinungsfreiheit: Ein Widerspruch in sich? . . . . .	498
1. Der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst die Desinformation . . . . .	498
2. Der persönliche Schutzbereich erfasst nicht jeden Desinformationsverbreiter . . . . .	502
IV. „Fake News“ und Mediengrundrechte im Internet . . . . .	503
1. „Fake News“ können vom sachlichen Schutz der Medienfreiheiten erfasst sein . . . . .	503
2. Nur journalistisch-redaktionelle Desinformationen unterfallen den Mediengrundrechten . . . . .	505
3. Eine Internetfreiheit löst die grundrechtlichen Problemstellungen im Zeitalter der Medienkonvergenz nicht . . . . .	505

V. Intermediärdienste können sich bei ihrer Vermittlung (grundsätzlich) nicht auf Kommunikationsgrundrechte berufen . . . . .	508
VI. Die Aussagenverbreitung durch „Social Bots“ ist von der Meinungsfreiheit geschützt. . . . .	510
VII. Einschränkungbarkeit von Kommunikationsgrundrechten . . . . .	513
VIII. Das deutsche Regulierungsregime <i>de lege lata</i> ist optimierungsbedürftig. . . . .	517
1. Unbefriedigende Zivil- und strafrechtliche Mittel gegen den Desinformationsverbreiter . . . . .	517
2. Regulierung von „Social Bots“: Gute Ansätze, zielverfehlende Umsetzung . . . . .	519
3. Rückschrittige deutsche Basisregulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten. . . . .	523
4. Die Regulierung von „Fake News“ obliegt maßgeblich den Diensten über ihre Community Standards. . . . .	525
5. Ergo: Die deutsche Regulierung <i>de lege lata</i> ist unzureichend. . . . .	527
IX. Vorzeitiger Nachruf zum NetzDG: Ein die Adressaten und „Fake News“ verfehlender „Etikettenschwindel“ . . . . .	529
X. Digital Services Act: Ein großer Schritt für die EU, ein kleiner gegen „Fake News“ . . . . .	530
1. Die DSA-Löschpflicht optimiert den Kampf gegen „Fake News“ nur unerheblich. . . . .	532
2. Die Verantwortung der Desinformationsunterbindung liegt weiter bei den privaten Diensten . . . . .	533
XI. Regulierungsvorschläge für den deutschen Gesetzgeber. . . . .	535
1. „Social Bots“: Nachbesserung bestehender Kennzeichnungspflichten. . . . .	536
2. Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste . . . . .	539
3. Kleinteiliges Regulierungsmosaik. . . . .	545
XII. Ausblick . . . . .	546
XIII. „Reprise“ . . . . .	548
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	549
A. Dokumente . . . . .	549
B. Monographien und Kommentare. . . . .	552
C. Aufsätze . . . . .	563
D. Lehrbücher . . . . .	579
E. Zeitungsartikel und Elektronische Presse. . . . .	580
F. Jahresberichte, Studien und Ähnliches. . . . .	594
<b>Anlagen</b> . . . . .	601



## Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfD	Alternative für Deutschland
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AI	Artificial Intelligence (= Künstliche Intelligenz)
Alt.	Alternative
API	Application Programming Interface
App	Applikation
ArbG	Arbeitsgericht
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter der Bundesrepublik Deutschland
ARD-StV	Staatsvertrag für die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter der Bundesrepublik Deutschland
Art.	Artikel
AVDM-RL	Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste

---

Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
LAG	Landesarbeitsgericht
BVR/in	Bundesverfassungsrichter/in
BaWü	Baden-Württemberg
Bay	Bayern
BB	Berlin-Brandenburg
BBC	British Broadcasting Corporation
Bbg	Brandenburg
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beil.	Beilage
BeschwO	Beschwerdeordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung der amtlichen Sammlung des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidung der amtlichen Sammlung des BGH in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das BKA und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BKartA	Bundeskartellamt
Bln	Berlin
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BND	Bundesnachrichtendienst
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Brem	Bremen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung der amtlichen Sammlung des BVerfG
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidung der amtlichen Sammlung des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung der amtlichen Sammlung des BVerwG
BW	Baden-Württemberg
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CNN	Cable News Network
COM	European Commission
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel (= Hoher Rat für audiovisuelle Medien)
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern

---

Ders.	Derselbe
DFB	Deutscher Fußball-Bund
Dies.	Dieselben
DMA	Digital Markets Act
DSA	Digital Services Act
DS-GVO	Datenschutzgrundverordnung
DPA	Deutsche Presseagentur
Ebd.	Ebenda
ECRL	E-Commerce Richtlinie
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Menschenrechtskonvention
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	Folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
FES	Friedrich-Ebert-Stiftung
ff.	Fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBL	Gesetzblatt
geb.	Geboren
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GK	Große Kammer
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

h. M.	Herrschende Meinung
HbGR	Handbuch der Grundrechte
HbdStR	Handbuch des Staatsrechts
HH	Hamburg
HPRG	Hessisches Privatrundfunkgesetz
Hs.	Halbsatz
HSH	Hamburg-Schleswig Holstein
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IPbürgR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JMStV	Jugendmedienstaatsvertrag
Kap.	Kapitel
K-A-S	Konrad-Adenauer-Stiftung
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
KG	Kammergericht
KI	Künstliche Intelligenz
KI-VO	Künstliche Intelligenz-Verordnung
lat.	Lateinisch
LG	Landgericht
lit.	littera/e
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
LPresseG	Landespressegesetz
m. a. W.	mit anderen Worten
m. Änd.	mit Änderung(en)
LArbG	Landesarbeitsgericht
LMedienG	Landesmediengesetz
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LSG	Landessozialgericht
LTO	Legal Tribune Online
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. W. v.	mit Wirkung vom
MarkenG	Markengesetz
Mio.	Million
MiStra	Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen
Mrd.	Milliarde



---

MRK	Menschenrechtskonvention
MStV	Medienstaatsvertrag
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NBC	National Broadcasting Company
NDR	Norddeutscher Rundfunk
NDR-StV	Staatsvertrag des Norddeutschen Rundfunks
Nds.	Niedersachsen
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NetzDGÄndG	Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes
NJAG	Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen
NK	Nomos-Kommentar
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZZ	Neue Züricher Zeitung
OGK	Online-Großkommentar
OK	Online-Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom-I-VO	Rom-I-Verordnung
Rom-II-VO	Rom-II-Verordnung
RÄndStV	Rundfunkänderungsstaatsvertrag
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RT	Russia Today
S.	Satz/Seite
Sächs	Sächsisches
SH	Schleswig-Holstein
Slg.	Entscheidung der amtlichen Sammlung des EuGH
sog.	Sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Staatsvertrag
SZ	Süddeutsche Zeitung
TAZ	Die Tageszeitung
TerrOIBG	Terroristische-Online-Inhalte-Bekämpfungsgesetz

---

TerrOIB-VO	Terroristische-Online-Inhalte-Bekämpfung-Verordnung
Thür	Thüringisches
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TTDSG	Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien
u. a.	und andere
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
US	United States
USA	United States of America
v.	von
Var.	Variante
VG	Verwaltungsgericht
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
WAZ	Westdeutsche Allgemeine Zeitung
WD	Wissenschaftlicher Dienst
WDR	Westdeutscher Rundfunk
WDG-G	Gesetz über den „Westdeutschen Rundfunk Köln“
WRV	Weimarer Reichsverfassung
www.	World Wide Web
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZDF-StV	Staatsvertrag für das Zweite Deutsche Fernsehen
ZPO	Zivilprozessordnung

Im Übrigen finden sich die verwendeten Abkürzungen bei Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin 2021.

## A. Einführung

*„Ich verachte Ihre Meinung, aber gäbe mein Leben dafür,  
dass Sie sie sagen dürfen.“<sup>2</sup>*

Dieses fundamentale Prinzip, das mit der Philosophie *Voltaires* in Verbindung gebracht wird, deutet bereits darauf hin, welchen Stellenwert er der Meinungsfreiheit schon zu seinen Lebzeiten (1694–1778) beigemessen hatte. In jener Zeit war das Recht auf freie Meinungsäußerung nicht vergleichbar umfassend gewährleistet, wie dies heute in westlichen Demokratien der Fall ist. Dennoch lag auch damals bereits auf der Hand, dass die Meinungsfreiheit die zentrale Rolle für den öffentlichen Diskurs und das Gemeinwohl des Staates spielen würde.<sup>3</sup> Dieser Befund hat sich über die Jahrhunderte nicht verändert. Auch in der Gegenwart sind Kommunikations-

---

<sup>2</sup> Dieses zumeist fälschlicherweise *Voltaire* zugeschriebene Zitat (im Französischen *„Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrais jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire.“*) stellt ein apokryphisches Zitat zur Philosophie *Voltaires* dar, vgl. *Brugger*, JA 2006, S. 687; *Lee*, *The Cost of Free Speech*, S. 3. Es geht zurück auf *Hall*, *The Friends of Voltaire*, S. 199, die die Reaktion *Voltaires* auf eine von der französischen Regierung angeordnete Bücherverbrennung der Werke des Philosophen *Helvétius*, dessen Werke *Voltaire* nicht beeindruckten, unter dem Motto *„I may disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it“* zusammenfasste, aber als Aussage *Voltaires* formulierte.

<sup>3</sup> Vgl. *Schirmacher*, *Voltaire*, S. 65.

grundrechte die Grundlage der öffentlichen Meinung. Nach der Konzeption des diesem Umstand Rechnung tragenden Grundgesetzes sind diese Kommunikationsfreiheiten auch in ständiger Rechtsprechung des BVerfG unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit und zugleich von schlechthin konstituierender Bedeutung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung.<sup>4</sup> Dieser zweigliedrige Leitsatz ist erstmal Ausdruck seiner selbst. Sein erster Bestandteil spiegelt im grundrechtlichen Kontext dabei nur das wider, was die Meinungsfreiheit individuell absichern soll und auch schon *Voltaire* zum Ausdruck brachte: Die dem Staat entzogene Selbstbestimmung des Menschen in und durch Kommunikation. Jeder soll sich unabhängig von Befindlichkeiten Dritter und ohne Angabe von Gründen frei äußern können.<sup>5</sup> Der zweite Teil beschreibt die Wertigkeit freier Kommunikation und des daraus resultierenden Meinungspluralismus für die Demokratie.<sup>6</sup>

## I. Ausgangslage und Motivation

Doch zu Zeiten *Voltaires* kämpfte man mit einer anderen Gemengelage als in der heutigen Zeit. Während damals noch der absolute Monarch einen positiven Wahrheitsanspruch für sich reklamierte, leben wir heute – zumindest in den westlichen Demokratien<sup>7</sup> – in der konträren Lage, unabhängig vom Einfluss des Staates und über alle denkbaren Kommunikationskanäle auch das sagen zu dürfen, was sich gegen die Obrigkeit richtet. Dabei lässt sich jedoch feststellen, dass nicht immer nur der historisch gewollte kritische Diskurs betrieben, sondern Kommunikation zunehmend auch missbräuchlich verwendet wird, wie beispielsweise für Herabwürdigungen. Gesamtgesellschaftlich ist eine Verrohung und Emotionalisierung

<sup>4</sup> BVerfGE 97, 391, 399 – Mißbrauchsvorwurf; 93, 266, 292 f. – „Soldaten sind Mörder“; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 62, 230, 247 – Boykottaufruf; 22, 44, 56 – Parteienverbotsfolgen; 20, 56, 97 f. – Parteienfinanzierung II; 7, 198, 208 – Lüth; 5, 85, 134 f., 205 – KPD-Verbot. Zur Presse siehe BVerfGE 35, 202, 221 f. – Lebach; 20, 162, 174 f. – Spiegel; 10, 118, 121 – FDJ. Zum Rundfunk siehe BVerfGE 77, 65, 74 – Beschlagnahme von Filmmaterial; 59, 231, 266 – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen.

<sup>5</sup> BVerfGE 90, 1, 14 – Jugendgefährdende Schriften; 61, 1, 7 – Wahlkampf.

<sup>6</sup> *Voltaire* versteht den Meinungspluralismus als Notwendigkeit um das Gemeinwohl zu gewährleisten, das die Grundlage des Staates darstelle, vgl. *Schirmacher*, *Voltaire*, S. 64 f.

<sup>7</sup> Vgl. zur Verhängung der Todesstrafe aufgrund blasphemischer Äußerung in Pakistan, *Chefai*, Todesstrafe wegen angeblicher Blasphemie, auf: HPD.de, Artikel vom 12. Juni 2017. Alle Links finden sich im Literaturverzeichnis.

der Sprache erkennbar.<sup>8</sup> Nicht selten richtet sie sich gegen ethnische Minderheiten.<sup>9</sup> Der populäre Begriff „Hate Speech“<sup>10</sup> wurde für diese Erscheinung entwickelt, der Gegenstand vieler juristischer Betrachtungen ist.

Neben diese Verrohungstendenz tritt seit 2016 verstärkt das Phänomen der sog. „Fake News“ oder „Alternativer Fakten“. Dabei handelt es sich – ohne eine konkrete Begriffsbestimmung vorwegzunehmen (siehe hierzu Abschnitt B.I.5) – ihrem Namen nach um fingierte Nachrichten, die dazu verwendet werden, die Meinungsbildung und Entscheidungen der Rezipienten zu beeinflussen.<sup>11</sup> Die Falschinforma-

<sup>8</sup> Siehe insofern auch die Erörterung im Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen CDU/CSU und SPD in BT-Drs. 18/12356, S. 1, S. 11. In diese Richtung auch Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2015, S. 23, S. 55 ff., S. 61 f.; Vgl. *Fischer*, in: ders., StGB, StGB, § 185 Rn. 12b; *Steinbach*, ZRP 2017, S. 101; *Brost et al.*, Hau abl, in: Die Zeit (Nr. 38), Artikel vom 14. September 2017, S. 6. Vgl. beispielhaft das Gedicht von *Böhmermann*, „Schmähkritik“, in: Sendung *Neo Magazin Royale* (jetzt: ZDF Magazin Royale), Beitrag vom 31. März 2016. Es finden sich auch viele Beispiele aus dem politischen Umfeld: So auch der Thüringer Landesvorsitzende der „*Alternative für Deutschland*“ (AfD) *B. Höcke* mit teils nationalistischen und xenophoben Aussagen, vgl. nur Der Tagesspiegel, Höcke-Rede im Wortlaut, „Gemütszustand eines total besiegt Volkes“, (Dresdener Rede, in der zu einer „*erinnerungspolitischen Wende um 180 Grad*“ aufforderte), auf: Tagesspiegel.de, Artikel vom 19. Januar 2017. *A. Gauland* erklärte im Rahmen einer Wahlveranstaltung 2017, die zu diesem Zeitpunkt amtierende Integrationsbeauftragte der Bundesregierung *A. Özüguz* aufgrund türkischstämmiger Eltern in Anatolien entsorgen zu wollen, vgl. dpa, Gauland spricht über „Entsorgung“ von Özüguz, auf: Zeit Online, Artikel vom 28. August 2017.

<sup>9</sup> Vgl. Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542, S. 18.; *T. Chopin*, Question d’Europe n° 414, S. 1 f.; *Maas*, ZRP 2015, 222; *Timofeeva*, JTLP 2003, S. 257; *Tsesis*, San Diego Law Review 2001, S. 818 f.; *Marker*, in: Maibauer, Hassrede, S. 62; *Leggevie*, Anti-Europäer, S. 15–17, ferner auch weiterführende Kriminalität S. 47 mit Hinweis auf *S. Fischer*, Glanz und Glatze, auf: Spiegel Online, Artikel vom 20. April 2016 und *Carstens*, Mit maximaler Schlagkraft gegen Rechtsextreme, auf: FAZ.net, Artikel vom 15. April 2016. Siehe auch *Hartleb*, APuZ 2012, S. 24; *Misselwitz*, APuZ 2012, S. 49.

<sup>10</sup> Zu Begriffsbestimmungen siehe *Zimmer*, Hate Speech im Völkerrecht, S. 17 m. w. N.; *Delgado Stefancic*, Understanding Words that Wound, S. 11; *Cohen-Almagor*, Speech, Media and Ethics, S. 3; *ders.*, Policy and Internet 2011, S. 1 f.; *Timofeeva*, ebd.; *Tsesis*, ebd., S. 818; *Matsuda*, Michigan Law Review 87 (1989), S. 2357; Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats Nr. R (97) 20, S. 2; ähnlich auch in Art. 2 Nr. 1 des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art vom 28. Januar 2003, Europarat, ETS No. 189; Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, ebd.; *Meibauer*, in: ders., Hassrede, S. 2. Zur synonymischen Gleichsetzung mit dem Begriff der „Rassenhetze“ siehe *Nolte*, ZUM 2017, S. 555; *Hong*, ZaöRV 70 (2010), S. 76; *Brugger*, JA 2006, S. 687; *Zimmer*, Hate Speech im Völkerrecht, S. 24; differenzierend *Schmahl*, BMJV-Gutachten über den Umgang mit rassistischen Wahlkampfplakaten der NPD, S. 12. Zum Begriff der „Rasse“ und „Herkunft“, siehe *Kälin*, Grundrechte im Kulturkonflikt, S. 87. Zu den sprachlichen Dimensionen von Hassrede siehe *Meibauer*, in: ders., Hassrede, S. 1 f.

<sup>11</sup> Siehe Abschnitt „Begriffsbestimmung“ unter Punkt B. I.

mationen sind dabei teils schwer zu widerlegen. Diese Praxis nimmt ein nicht mehr zu unterschätzendes Maß im Rahmen der heutigen gesellschaftlichen Auseinandersetzung ein und kann auf alle möglichen Themenbereiche erstreckt werden. Dabei kann sowohl die individuelle als auch die sich beispielsweise in demokratischen Entscheidungen, wie etwa Wahlen und (Volks-)Abstimmungen, niederschlagende überindividuelle gesellschaftliche Meinung beeinträchtigt werden.<sup>12</sup> Bestimmten Ansichten wie politischen Auffassungen oder pauschal gehaltenen Ressentiments kann durch das Erfinden von sie stützenden Tatsachen Nachdruck und besondere „Beweiskraft“ verliehen werden.<sup>13</sup> Diese Entwicklungen werden durch den Paradigmenwechsel der Kommunikationsbedingungen in dem durch soziale Medien geprägten „Mitmach-Web“ angetrieben, in dem ein jeder ohne besondere organisatorische Hürden *prosumieren*<sup>14</sup>, also produzieren und konsumieren, kann.<sup>15</sup> Jeder kann nahezu unentgrenzt und breitenwirksam kommunizieren.

Ein Vergleich mit der Geburtsstunde der Kommunikationsgrundrechte, der Aufklärung, und der Gegenwart mutet eine starke Divergenz an: Während im Rahmen der Aufklärung dafür gekämpft wurde, dass jeder seine Ansichten überhaupt frei äußern kann, um auf diese Weise gesellschaftliche Wohlfahrt zu erreichen, scheint dies heute grenzenlos möglich zu sein. *Prima vista* wirkt es, als würde die ursprünglich im Kampf für die Meinungsfreiheit verfolgte Intention ins Gegenteil verkehrt

<sup>12</sup> Vgl. beispielsweise hinsichtlich der US-Präsidentenwahl, *Woolley/Guilbeault*, Computational Propaganda in the USA, S. 22 f. *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 9 ff.; *Drexel*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 18, S. 23; Spiegel Online, Wie soziale Medien Wahlen beeinflussen, Artikel vom 16. November 2016; n-tv, Facebook-„Fake News“ erreichten Mio., auf: n-tv.de, Artikel vom 3. Oktober 2017. Im Kontext der Bundestagswahl 2017 Für die deutsche Bundestagswahl 2017 siehe, *Neudert*, Computational Propaganda in Germany, S. 23; *Kühn*, Erfundene Geschichten spielen (noch) keine Rolle, auf: FAZ.net, Artikel vom 22. September 2017; Tagesschau, Wahlbeeinflussung aus dem Kreml?, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 4. Mai 2017. Eine Zusammenfassung hinsichtlich der Wirksamkeit von „Fake News“-Kampagnen, siehe *Woolley/Howard*, Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary. Zum *Brexit* siehe *Drexel*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 3 ff.; *Vasu et al.*, ebd., S. 6; *H. Meier*, Falsche Meldungen und deutsche Lösungen, auf: Frankfurter Rundschau.de, Artikel vom 30. Juni 2017.

<sup>13</sup> Siehe beispielhaft vor allem die gesellschaftlich geläufigen, aber entschieden zurückzuweisenden Vorurteile: „Ausländer nehmen den Deutschen die Arbeit weg“, vgl. *Brönstrup*, Forscher: Ausländer nehmen Deutschen keine Jobs weg, auf: Tagesspiegel.de, Artikel vom 19. November 2006. „Der Islam sei seit dem 11. September 2001 eine globale Bedrohung“ und „gehöre nicht zu Deutschland“, vgl. die Darstellungen bei *Hartleb*, APuZ 2012, S. 28; zum letzten Teil siehe insbesondere das Interview von *Tillich* mit der Welt am Sonntag, *Kammholz/Malzahn*, „Der Islam gehört nicht zu Sachsen“, auf: Welt.de, Artikel vom 25. Januar 2015.

<sup>14</sup> Die Wortschöpfung „*Prosumer*“ geht zurück auf *A. Toffler*, *The Third Wave*, S. 282 ff.

<sup>15</sup> Siehe Abschnitt „Die Bedeutung der Internetkommunikation für die Verbreitung von „Fake News“ unter Punkt B. V. Vgl. auch die Beschreibung des Wandels des früheren Medienkonsumenten hin zum heute selbstermächtigten Autor bei *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 44 f., S. 61 f.

werden. Die Verschiebung des Diskursansatzes durch „Fake News“ lässt sich mit dem Credo der Protagonistin eines Kinderbuchs beschreiben, das das Fundament des Phänomens bildet:

„*Ich mach mir die Welt, wie sie mir gefällt!*“ (*Pipi Langstrumpf*)<sup>16</sup>

Ganze Bevölkerungsteile können durch das Streuen von „Fake News“ manipuliert werden, was enorme Gefahren für freiheitliche Demokratien birgt. Hinzu tritt die Informationsvermittlung durch Intermediäre im Internet sowie der Einsatz von künstlichen, aber vom Menschen kaum zu unterscheidenden Meinungsverstärkern, den sog. „Social Bots“, wodurch Desinformation ubiquitär wahrnehmbar verbreitet und die Meinungsvielfalt besonders gefährdet werden kann. In dieselbe Richtung stößt die *Gerasimov-Doktrin*, nach der Kriege nicht (mehr) durch Waffen, sondern durch Steuern der Informationen gewonnen werden.<sup>17</sup>

Das Phänomen der „Fake News“ ist im deutschsprachigen Raum aus juristischer Perspektive noch wenig beleuchtet. Eine speziell unter diesem Terminus geführte Judikatur besteht in Deutschland noch nicht. Die verfügbare Literatur zu diesem Phänomen geht aufgrund der vielen verschiedenen Anknüpfungspunkte in unterschiedlichste Richtungen; die rechtlichen Bewertungen des Problemkreises divergieren stark. Deshalb soll sich diese Arbeit dem Phänomen vor allem aus verfassungsrechtlicher Perspektive widmen und die Frage nach dem grundrechtlichen Kommunikationsschutz des mit ihm zusammenhängenden Verhaltens im Online-Bereich und seiner Regulierbarkeit klären.<sup>18</sup>

Die grob skizzierten Entwicklungen führen insofern zu der Frage, ob das BVerfG in Übereinstimmung mit *Voltaire* wohl auch diese Kommunikationsweisen in seine Grundannahme einbezogen wissen will, nach der eine freie Kommunikation das Fundament der Demokratie bildet.<sup>19</sup> Oder muss diese Prämisse dahingehend gedeutet werden, dass Kommunikation stets der Demokratie dienen müsse, Kommunikationsfreiheiten also „dienende Freiheiten“ darstellten. Der erste Verdacht legt nahe, dass „Fake News“ aufgrund der von ihnen ausgehenden Gefahren keine positiven Effekte für die Meinungsbildung in einer demokratischen Gesellschaft zeitigen können und deshalb nicht von den Kommunikationsgrundrechten geschützt sind. Denn eine Aussage, die einerseits verfassungsrechtlichen Schutz für sich beanspruchen will, andererseits aber verfassungsrechtliche Güter auszuhebeln sucht, wirkt jedenfalls *prima facie* nicht schutzwürdig. Der beschriebene Paradigmenwechsel von analoger hin zur Online-Kommunikation verstärkt diesen Verdacht, da früher nur den besonderen Sorgfaltsanforderungen unterliegenden Medien eine solch breitenwirksame Publikation möglich war. „Social Bots“ spiegeln zudem eine

<sup>16</sup> Nach dem Kinderbuch von Astrid Lindgren, vgl. *Lindgren*, Hej, Pippi Langstrumpf, S. 6 f.

<sup>17</sup> *Bartles*, Military Review 2016, S. 36; *Beuth/Brost/Dausend/Dobbert/Hamann*, Krieg ohne Blut, auf: Zeit Online, Artikel vom 26. Februar 2017. Ferner *Gersdorf*, K&R 2022 (Beilage 1 zu Heft 7/8/2022), S. 41 f.

<sup>18</sup> Eine tiefgreifende völkerrechtliche Betrachtung ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>19</sup> Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth.

falsche Identität und ihre Menschenqualität vor und verzerren durch massenhafte Quantifizierung von Beiträgen die gesellschaftliche Meinung, was neben der Verbreitung von „Fake News“ zusätzlich dafürspricht, dass sie gar nicht von den Kommunikationsgrundrechten geschützt sein können. Informationsintermediäre, wie soziale Netzwerke, vermitteln über ihre Algorithmen Drittbeiträge und lassen teils informationelle Wahrnehmbarkeitsblasen – auch zugunsten von Desinformation – entstehen. Wie sich das kommunikationsfreiheitsrechtlich auswirkt, ist bislang nicht geklärt. Im Übrigen mischen auch journalistische Medien im „Fake News“-Geschäft mit. Dabei ergibt sich die Frage, ob für den sachlichen Schutz durch die Medienfreiheiten besondere Wahrheitspflichten bestehen, sowie die Vorfrage, welcher Kommunikationsfreiheit eine journalistische Online-Tätigkeit überhaupt zugeordnet werden kann. Verlangt die zunehmende Medienkonvergenz sogar eine eigenständige Internetfreiheit?

Jüngere Entwicklungen zeigen, dass auch aus dem Ausland Einfluss auf gesellschaftliche oder demokratische Entscheidungen zu nehmen versucht wird. Dies geschieht vor allem durch Privatunternehmen, die sich in den Händen anderer Staaten befinden oder von ihnen finanziert werden.<sup>20</sup> Ob auch diese in persönlicher Hinsicht von den Kommunikationsgrundrechten geschützt werden, ist klärungsbedürftig.

Dagegen wirkt die gesetzgeberische Gegenwehr zu diesem Phänomen bisweilen unzureichend. Dies gilt vor allem für das Internet, dem sein Ruf als „rechtsfreier Raum“ voraussetzt: Schädiger scheinen durch ihre Nutzeranonymität weitreichend geschützt; sie sind nur schwierig zu ermitteln; Auskunftsansprüche gegen sie gehen häufig ins Leere.<sup>21</sup> Gesellschaftlich und politisch wird daher mitunter plakativ gefordert, dass das Phänomen der „Fake News“ über einfache Gesetze insbesondere in Form von Verboten oder härteren Sanktionen stärker konturiert werden müsse.<sup>22</sup> Das häufig als verfassungs- und unionswidrig erachtete Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)<sup>23</sup> reiche hierzu allein nicht aus.<sup>24</sup> Darüber, was der kürzlich verabschiedete Digital Service Act (DSA)<sup>25</sup> hierzu leisten kann, wird aktuell gestritten, ohne das schon gesicherte praktische Erkenntnisse bestehen. Allerdings bleibt bisweilen weitgehend unklar, was neben der Regulierung *de lege lata* für weitere Optionen in Bezug auf „Fake News“ bestehen. Möglicherweise vermag hierfür ein Blick auf die Regulierungsansätze anderer Staaten eine Hilfestellung zu leisten.

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drs. 19/6562, S. 1 f.

<sup>21</sup> In diese Richtung *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 17 f.; *Pille*, NJW 2018, S. 3546; *Holznapel*, MMR 2018, S. 20 f.; f. *Hofmann*, JuS 2017, S. 713.

<sup>22</sup> Vgl. Spiegel, Vertrauen in die Medien steigt wieder, auf: Spiegel Online, Artikel vom 1. Februar 2018.

<sup>23</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 1. September 2017, BGBl. I S. 3352.

<sup>24</sup> Vgl. nur *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 17 f.; *Holznapel*, MMR 2018, S. 20 f.

<sup>25</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1 vom 27. Oktober 2022).



## II. Gang und Methode der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund hat die vorliegende verfassungsrechtliche Bearbeitung zum Ziel, einerseits den grundrechtlichen Kommunikationsschutz in Bezug auf „Fake News“ zu bestimmen und andererseits die Regulierung des Phänomens *de lege lata* zu untersuchen und zu evaluieren, um gesetzgeberische Handlungsvorschläge *de lege ferenda* zu unterbreiten. Als Grundlage soll in einem ersten Schritt (B.) zunächst der Begriff der „Fake News“ determiniert und seine unterschiedlichen Ausprägungen erörtert sowie Ursachen und Entwicklungen des Phänomens präsentiert werden. Hierfür bilden vor allem die Medienberichterstattung seit der US-amerikanischen Präsidentschaftswahl 2016 sowie überwiegend sozialwissenschaftliche und erste juristische Untersuchungen die Grundlage. Dabei wird die suggestive Wirkung von „Fake News“ erläutert, die sich aus der kognitiven Verarbeitung durch die Rezipienten ergibt. Diese Erkenntnisse, die auch für die Regulierung des Phänomens unerlässlich sind, basieren maßgeblich auf psychologischen, kognitionswissenschaftlichen Studien, die sich einzelnen Feldern im Kontext der Desinformationsverbreitung annehmen.

In einem zweiten Schritt (C.) wird untersucht, ob die Verbreitung von „Fake News“ auch im Bereich der technisch neueren Online-Kommunikationsgegebenheiten in materieller Hinsicht überhaupt an dem von Verfassungen wegen garantierten Kommunikationsschutz teilnimmt und wer sich auf ihn berufen kann. Gerade die in jüngerer Vergangenheit aufgetretene Verbreitung von staatlich beherrschten Unternehmen ruft die letztgenannte Frage auf den Plan. Im Zentrum dieses Abschnitts wird die Frage stehen, ob die Verbreitung von „Fake News“ dem sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfällt. Maßgeblich für diese Betrachtung ist, welches Schutzgut tatsächlich hinter den Kommunikationsfreiheiten steckt. Der Fokus und die methodische Grundlage liegen auf den in der Rechtsprechung des BVerfG, des EGMR und den von einem erkenntnistheoretischen Ansatz der Literatur entwickelten Maßstäben zum Schutz von Tatsachenaussagen, die jeweils auf den Schutz von „Fake News“ übertragen werden. Anhand der zwischen ihnen bestehenden, herausgearbeiteten Unterschiede hinsichtlich der Schutzbereichsebene soll eine Stellungnahme zugunsten eines favorisierten Ansatzes formuliert werden. Daneben soll der Medienfreiheitsschutz im Online-Zeitalter auch unter der Frage des Bedürfnisses nach einer individualrechtlichen Internetfreiheit beleuchtet sowie neuartige Kommunikationswege, wie die Informationsvermittlung durch Intermediären und der Einsatz von „Social Bots“, grundrechtlich erfasst werden. Methodisch wird hierzu auf die jeweils einschlägige Themenliteratur aus Bundestagsdrucksachen, Gutachten, Aufsätzen, Kommentaren und vereinzelt Monographien rekurriert. Hinsichtlich der Funktionsweise der neuartigen Kommunikationsmöglichkeiten im Internet wird zudem auch Literatur aus der Informatik und dem Forschungsfeld der „Künstlichen Intelligenz“ herangezogen.

Die gewonnenen Erkenntnisse über die grundrechtliche Verortung der Verbreitung von „Fake News“ sind weichenstellend für die Einschränkung dieses Verhaltens. Denn wären „Fake News“ vom grundrechtlichen Schutz der Kommunikationsfreiheiten erfasst, würde dies die Bindung an den Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG bedingen. In einem dritten Schritt (D.) sollen daher die verfassungsrechtlichen Schrankenforderungen sowie etablierte Abwägungsgrundsätze zur Beschränkung von „Fake News“ erörtert werden. Die wissenschaftliche Grundlage liegt hierbei auf den etablierten Maßstäben der Rechtsprechung sowie der juristischen Aufsatz- und Kommentarliteratur.

Da aber die Einschränkung, die nur retrospektiv an der Verbreitung von „Fake News“ als solcher anknüpft, nicht ausreichend erscheint, soll in einem vierten Schritt (E.) die Regulierung *de lege lata* (Stand: Oktober 2022) differenziert nach zivil- und strafrechtlichen Regelungen, die den Desinformationsverbreitenden selbst adressieren (I.), und solchen, die die Kommunikation über Social Bots (II.) betreffen, sowie solchen, die sich an soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste (III.–V.) richten. Hinsichtlich der „Social Bot“-Kommunikation wird ein Schwerpunkt sowohl auf der Prüfung der Konformität der Kennzeichnungspflichten aus dem Medienstaatsvertrag (§ 18 Abs. 3, § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV)<sup>26</sup> mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender und der Berufsfreiheit der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste als auch auf der Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht liegen. Der deskriptive Teil basiert maßgeblich auf Gesetzesmaterialien, Urteilen, juristischen Kommentaren und Aufsätzen.

Ferner soll auch die fachgerichtlich höchst umstrittene Frage der Zulässigkeit des Löschens von Inhalten nach den Gemeinschaftstandards der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste unter der Fragestellung beleuchtet werden, inwieweit die Dienste grundrechtsgebunden sind und welche Folgen sich aus dem im Einklang mit der Verfassung ausgelegten privatrechtlichen Dienstnutzungsvertrag für die Beziehung zwischen Dienstanutzer und Dienstbetreiber ergeben.

Daraufhin werden in Anbetracht der Tatsache, dass das NetzDG<sup>27</sup> im Frühjahr des Jahres 2024 durch den DSA abgelöst und damit seine praktische Relevanz verlieren wird, nur einige wenige evaluierende Ausführungen zum NetzDG erfolgen, die auf die Frage seines Stellenwerts im Kampf gegen „Fake News“ gerichtet sind.

<sup>26</sup> Vgl. stellvertretend nur das Nds. Zustimmungsgesetz, Art. 1 Gesetz zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (MedienOModStVtrG ND) vom 14. September 2020 zum Medienstaatsvertrag (MStV) vom 14./28. April 2020, Nds. GVBl. S. 289. Mittlerweile gilt der Medienstaatsvertrag (MStV) in der Fassung des dritten Staatsvertrags zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge vom 21. Oktober und 2. November 2022, in Kraft seit 1. Juli 2023.

<sup>27</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 1. September 2017, BGBl. I S. 3352.

Anschließend soll der künftig für die Internetdiensteregulierung maßgebliche DSA unter Einbeziehung der aktuellen Aufsatzliteratur vorgestellt werden, indem sein Anwendungsbereich und sein gestuftes Pflichtenprogramm beschrieben, mit dem NetzDG verglichen und evaluiert sowie im Zuge dessen auf (unions-)grundrechtliche Problemstellungen hingewiesen wird (F.).

Die Evaluationen der untersuchten Regulierungsmechanismen *de lege lata* bilden wiederum die Grundlage für den vorletzten Abschnitt (G.), der sich gesetzgeberischen Handlungsoptionen *de lege ferenda* annimmt. Hierzu unterbreitet die Betrachtung Vorschläge in Bezug auf die Regulierung der Kommunikation mit „Social Bots“ und im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten, die über die geltenden Vorschriften hinausgehen, und überprüft, ob diese unions- und grundrechtskonform wären. Hiermit soll beispielhaft gezeigt werden, welche gesetzliche Maßnahmen zur Regulierung des Problemkreises „Fake News“ möglich sind. Dieser Teil stützt sich methodisch vor allem auf die Rechtsprechung des BVerfG, rechtswissenschaftliche Kommentare, Gutachten und die Aufsatzliteratur.

Schließlich sollen die Ergebnisse zu den einzelnen Betrachtungsgegenständen zusammengetragen und in einem Fazit (H.) gewürdigt und mit einem Ausblick versehen werden.



## **B. „Fake News“ als soziales Problem**

Mit dem über die letzten Jahre populär gewordenen Oberbegriff „Fake News“, auch „Alternative Fakten“, werden häufig Kampagnen verbunden, in denen systematisch Unwahrheiten verbreitet werden. Häufig soll politisches Kapital daraus geschlagen werden. In Zeiten von demokratischen Entscheidungen werden solche Aussagen gezielt zur Einflussnahme auch von anderen Staaten getätigt. Ein einheitliches Begriffsverständnis hat sich noch nicht etablieren können, das für eine juristische Betrachtung aber konstitutiv ist. Daher muss zunächst eine Begriffsdeterminierung unternommen werden. Ferner soll die Wirkung dieser Äußerungen anhand ihrer kognitiven Verarbeitung, ihre Ursachen, ihnen Vorschub leistende jüngere Entwicklungen sowie die Rolle des Internets für ihre Verbreitung betrachtet werden.

## I. Begriffsbestimmung

„*You are Fake News!*“<sup>28</sup>

Mit diesem Ausspruch gab der amerikanische Präsident *D. Trump* den Anstoß für die jüngere Debatte über den Begriff. Er verwendete den Begriff, um Qualitätsmedien wie die *New York Times* und *CNN* zu diskreditieren, die sich nach seiner Auffassung verschwörerisch gegen seine Meinung stemmten. Aufgrund seines inflationären Gebrauchs in und seit der amerikanischen Präsidentschaftswahl 2016<sup>29</sup> hat sich der Terminus auch im deutschen Sprachraum zu einem unterschiedlich verstandenen Modebegriff entwickelt. In der *Trumpschen* Diktion entspringt er jedenfalls einer subjektiv-politischen Dimension. Mit diesem Ausdruck soll der Gesellschaft suggeriert werden, dass die angesprochenen Medien eine unwahre Berichterstattung betreiben würden, folglich als eine Art Abwertung gegen unliebsame Widersacher.<sup>30</sup> Er erhebt damit einen Wahrheitsanspruch für sich und seine Ansichten. Ob sich seine Verwendung tatsächlich auf „Fake News“ bezieht, wird die folgende Begriffsbestimmung zeigen, die sowohl die grammatikalische Auslegung, den allgemeinen Sprachgebrauch als auch (historische) Begriffsentwicklungen berücksichtigen wird.

### 1. Grammatikalisches Verständnis und allgemeiner Sprachgebrauch

Der englische Begriff „*news*“ heißt übersetzt „Nachrichten“. Der aus dem Adjektiv „*fake*“ und dem Substantiv „*news*“ zusammengesetzte Terminus bedeutet wörtlich übersetzt „gefälschte“ oder „fingierte Nachrichten“. Dieser spezielle Fall der bewussten Falschdarstellung von Lebenssachverhalten ist die sog. Desinformation.<sup>31</sup>

Im allgemeinen deutschen Sprachgebrauch wird er etwas unpräziser als „Falschnachrichten“, „Falschmeldungen“ oder als „Alternative Fakten“ verwendet. Der Unterschied der beiden Sprachvarianten liegt dabei in ihrer Reichweite: Die ungenaue

<sup>28</sup> So brandmarkte *Trump* mehrere Medien mit dem Satz „*You are Fake News!*“; Vgl. NYTimes, *Trump calls CNN „Fake News“*, auf: NYTimes.com, Pressekonferenz vom 11. Januar 2018. In diese Richtung geht auch die Twitter-Nachricht von *Trump* vom 15. Februar 2017, „*The Fake News media is going crazy with their conspiracy theories and blind hatred. @MSNBC & @CNN are unwatchable. @foxandfriends is great!*“, abrufbar unter: <https://twitter.com/realdonaldtrump/status/831830548565852160> (zuletzt 10. Juli 2019). Siehe auch den Abdruck des „Interviews“ mit *Trump* von *Estepa*, *President Trump to CNN reporter: ‚I like real news. Not Fake News. You’re Fake News.‘*, in: USA Today, Artikel vom 14. August 2017. Ausführlich hierzu *McNair*, *Fake News in Journalism*, S. 5 ff.; Zum sog. „Fake News“-Award, vgl. *M. Buttler*, *Trumps Liste der ‚unfairen Lügen‘*, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 18. Januar 2018.

<sup>29</sup> *McNair*, *Fake News in Journalism*, S. 5 ff. beschreibt dies ausführlich als „*birth of a meme*“; Siehe auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 4; siehe auch *Hartmann*, MMR-Aktuell 2016, 382486; *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 18; *Jacobs*, DS 2017, S. 41.

<sup>30</sup> *Strohschneider*, *Über Wissenschaft in Zeiten des Populismus*, S. 3 f. spricht von einem „Machtbezug“ des Begriffs.

<sup>31</sup> Vgl. *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 18; *Allcott/Gentzkow*, JoEP 2017, S. 213; *Sängerlaub*, *Überall Fake News?!*, S. 5.

deutsche Übersetzung erfasst auch fahrlässig entstandene Falschinformation, was eine juristische Betrachtung erschweren würde, während der englische Terminus mit dem vorangestellten Adjektiv ein voluntatives Element manifestiert und verlangt, dass sich der Äußernde über die Unwahrheit seiner Aussage im Klaren ist, also vorsätzlich handelt. Die rein grammatikalische englische Auslegung ist damit erheblich enger als die deutsche.<sup>32</sup>

## 2. Historische Ähnlichkeit zur „Zeitungsekte“

Historisch betrachtet weist der Begriff im deutschen Sprachraum einen Zusammenhang zu der im 19. Jahrhundert bekannt gewordenen sog. „Zeitungsekte“ auf. Hierunter fallen alle fehlerhaften Meldungen, unabhängig ob die Wahrheit der Nachricht irrtümlich fahrlässig (sog. Missinformation) oder vorsätzlich (Desinformation) entstellte wurde.<sup>33</sup> Demnach würde jede Falschnachricht unter den Begriff der „Fake News“ fallen.

Mit diesem Verständnis geht auch der Definitionsversuch von *Paall/Hennemann* einher, wonach „Fake News“ eine Information darstelle, die trotz ihrer Unwahrheit und/oder verzerrenden Wirkung noch den Anschein von Sorgfalt und Glaubwürdigkeit erwecke.<sup>34</sup> Auch diese Auslegung verlangt keine vorsätzliche Entstellung der Realität. Zudem fielen unter diese Interpretation jenes Verbreiten falscher Informationen, das zwar vorsätzlich, aber nicht böswillig manipulativ angelegt ist, sondern vielmehr einen Scherz oder Satire darstellt.

## 3. Jüngere Entwicklungen vor dem Hintergrund des NetzDG

Etwas strenger sehen das hingegen *B. Holznagel*, der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags und das LG Hamburg, die mit „Fake News“ die vorsätzliche Verlautbarung von Unwahrheiten in sozialen Medien zum Zwecke größtmöglicher Verbreitung assoziieren.<sup>35</sup> Dieses Verständnis erfordert, dass sich der Äußernde der Unwahrheit bei ihrer Verbreitung bewusst ist.

<sup>32</sup> Zur Dehnbarkeit des Begriffs siehe, *Drexler*, ZUM 2017, S. 540 f.

<sup>33</sup> Vgl. *McNair*, Fake News in Journalism, S. 19 ff.; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 6; *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 18. *Allcott/Gentzkow*, JoEP 2017, S. 214 erkennen die fahrlässige Form nur als entfernt verwandt mit „echten“ „Fake News“ an und nennt überdies weitere Beispiele.

<sup>34</sup> *Paall/Hennemann*, JZ 2017, S. 642, S. 644; offener hingegen noch *dies.*, ZRP 2017, S. 77.

<sup>35</sup> Vgl. LG Hamburg ZUM-RD 2018, 240, 244; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 6; *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 18.

Auch die Begründung des Entwurfs zum NetzDG setzt konstitutiv den Vorsatz zur Entstellung der Wahrheit voraus, indem sie „Fake News“ schlicht mit „*strafbaren Falschnachrichten*“<sup>36</sup> gleichsetzt. Dieses Verständnis erfasst auch das Extrem der gezielten Indoktrinierung und Propaganda.<sup>37</sup> Hingegen entsprechen fahrlässige Fehlinformation sowie scherzhaftes oder satirisches Verhalten nicht diesem Verständnis.

#### 4. Sinnbetrachtung

Um den Begriff unter den aufgezeigten unterschiedlichen Verständnissen angemessen zu bestimmen, muss vor allem nach dem *Telos* des Einsatzes von „Fake News“ gefragt werden. Dies läuft auf eine Gefahrenbetrachtung hinaus. Die Ausführungen zum jüngst erlassenen NetzDG zeigen bereits, in welche Richtung das Phänomen tendiert. Aus empirischer Sicht wurde mit diesem Mittel – insbesondere, aber nicht ausschließlich im Zusammenhang mit demokratischen Entscheidungsprozessen – immer wieder versucht, meinunglenkend in den Diskurs einzugreifen oder gar Systeme zu destabilisieren.<sup>38</sup> In der Folge verwendet der Äußernde sie gezielt zur Manipulation, also konstitutiv mit Täuschungsabsicht.<sup>39</sup> Der Zweck der Verbreitung von „Fake News“ liegt in der Manipulation und Störung der offenen, diskursiven Kommunikationsprozesse.<sup>40</sup> Fahrlässige Missinformation, die auch die in Unkenntnis der Unwahrheit getätigte Weiterverbreitung miteinbezieht, fällt daher nicht unter den Begriff.<sup>41</sup> Denn von Missinformationen gehen geringere Gefahren für die Meinungsbildung anderer Personen aus, da sich ihr Verbreiter – anders als der Lügende – und daher auch die Fehlinformation selbst regelmäßig auf einfache Weise korri-

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 1, S. 11, S. 18 f. Eine weitere Begriffsnäherung unterbleibt im Rahmen des gesamten Gesetzgebungsprozesses, vgl. BT-Drs. 18/12356; BT-Drs. 18/12727; BT-Drs. 18/13013.

<sup>37</sup> So auch *B. Holznel*, MMR 2018, S. 18; *McNair*, Fake News in Journalism, S. 14 ff.

<sup>38</sup> Siehe Abschnitt „Einflussnahme auf demokratische Entscheidungen des Souveräns“ unter Punkt B. IV. 3. Vgl. auch *Milker*, InTer 2017, S. 200; *ders.*, ZUM 2017, S. 216; *B. Holznel*, MMR 2018, S. 19.

<sup>39</sup> In diesem Sinne COM(2018) 236 final, S. 4. So zunächst auch *Verstraetel/Bambauer/Bambauer*, ALS Discussion Paper No. 17-15, S. 5 ff.

<sup>40</sup> Vgl. European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 10 f.; *Rubin*, News Verification Suite, S. 4 m. w. N.; *Allcott/Gentzkow*, JoEP 2017, S. 214; *McNair*, Fake News in Journalism, S. 31, S. 32 f.; *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 11; *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S. 5 ff.; *W.-D. Rühl*, Measuring Fake News, S. 3; *W. Schweiger*, Desinformierte Bürger, S. 28; *Waldrop*, PNAS 2017, S. 12632. Mit dem Pippi Langstrumpf'schen Prinzip „Ich mach mir die Welt, wie sie mir gefällt“ gleichsetzend, *Sängerlaub*, Verzerrte Realitäten, S. 4, S. 8. Vgl. *Milker*, ZUM 2017, S. 216 für die Internetkommunikation durch Social-Bots. Andere Ansicht wohl *B. Holznel*, MMR 2018, S. 18; *Tandoc/Lim/Ling*, Digital Journalism, S. 147; *Albrecht*, Bekämpfung von Fake News: Lügen und lügen lassen, Artikel vom 30. Dezember 2016, auf: Legal Tribune Online, der auf ein Recht des Bürgers, „sich belügen zu lassen“, abstellt.

<sup>41</sup> So auch LG Hamburg ZUM-RD 2018, 240, 244; COM(2018) 236 final, S. 4; European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), ebd.



gieren lässt. Mit den fingierten Nachrichten wird das Wahrheitsbild eines Menschen beeinträchtigt und eine Art Hyperrealität inszeniert, aus der eine Verunsicherung der Bürger bei der Differenzierung zwischen Wahr- und Unwahrheit sowie zwischen Öffentlichkeit und Privatheit hervorgeht.<sup>42</sup> „Alternative Fakten“ beziehen sich dabei regelmäßig auf Personen, Organisationen oder Institutionen, um ihrem Ansehen zu schädigen. Bei „Fake News“ handelt es sich dem Grunde nach um ein mit negativer Absicht besetztes Lügen – um Desinformation. Da rein wertfreie Desinformation aus empirischer Sicht aber selten vorkommt, würden realitätsferne Rahmenbedingungen geschaffen, wenn wertungsdurchzogene Desinformation *per se* exkludiert wäre.<sup>43</sup>

Bei Satire lässt sich die Frage nach der Manipulationsabsicht hingegen nicht ganz so eindeutig beantworten, denn auch sie verzerrt die Realität absichtlich. Personen sollen beeinflusst und erst einmal getäuscht werden. Jedoch soll Satire regelmäßig auf Probleme aufmerksam machen und nicht verschleiern. Sie soll damit gerade nicht ernstlich manipulieren und fällt deshalb – trotz ihres zugegebenermaßen bestehenden Potentials sich zu Falschnachrichten zu entwickeln – nicht unter die hiesige Begriffsfassung.<sup>44</sup>

Auch das sog. *Clickbaiting* (dt. „Klickködern“) stellt keine klassische Form „Alternativer Fakten“ dar, sofern die dem jeweiligen Beitrag zu entnehmenden Informationen korrekt sind.<sup>45</sup> Gleichwohl kann diese Praxis die „Grenze zu einer bewussten Falschmeldung“<sup>46</sup> markieren. Beim *Clickbaiting* soll durch das Formulieren eines reißerischen Beitragstitels die Neugier der Rezipienten erweckt werden, damit die Klickzahlen einer werbefinanzierten Seite zum Zwecke der Profitsteigerung erhöht werden.<sup>47</sup> Der Beitragsinhalt genügt dabei dem Neugieverlangen aber aufgrund der bloß publizierten „Informationsschnipsel“<sup>48</sup> nicht.

<sup>42</sup> Vgl. *Diehl*, APuZ 2012, S. 21.

<sup>43</sup> So auch COM(2018) 236 final, S. 4; Rühl, *Tatsachen*, S. 285 f.; *Huster*, NJW 1996, S. 487; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699. *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 19, stuft aber auch diese Äußerungen als „Fake News“ ein.

<sup>44</sup> COM(2018) 236 final, ebd.; European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S. 11. Andere Ansicht *Verstraete/Bambauer/Bambauer*, ALS Discussion Paper No. 17-15, S. 5, zu den Bedenken siehe S. 10; *Wardle*, *Fake News*, auf: FirstDraft, Artikel vom 16. Februar 2017.

<sup>45</sup> Zur Definition siehe oben. Vgl. auch *Sängerlaub*, *Überall Fake News?*, S. 6 f.; *W.-D. Rühl*, *Measuring Fake News*, S. 3, S. 10 f., die die beiden Formen als „*Poor Journalism*“ klassifizieren. Das zeigt sich auch an OLG Köln, Urteil vom 28. Mai 2019, – 15 U 160/18 –, juris, Rn. 6, und der Vorinstanz LG Köln ZUM 2018, 889, 890 f., die den Beklagten nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 22, 23 KUG wegen unzulässiger kommerzieller Nutzung im Wege der Lizenzanalogie (analog § 97 Abs. 1 S. 1, S. 3 UrhG für das Recht am eigenen Bild) zum Schadenersatz verurteilten. Diese Form („false connection“) einbeziehend *Waldrop*, PNAS 2017, S. 12632. Unklar bei COM(2018) 236 final, ebd.

<sup>46</sup> OLG Köln, ebd., Rn. 36.

<sup>47</sup> Ebd.; so auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 6.

<sup>48</sup> OLG Köln, Urteil vom 28. Mai 2019, – 15 U 160/18 –, juris, Rn. 36.

Die Verwendung von „Fake News“ in der *Trumpschen* Diktion ist daher nur korrekt, wenn die angesprochenen Medien tatsächlich Desinformation verbreiteten. Andernfalls wäre – die Kenntnis der Unwahrheit der eigenen Aussage unterstellt – nur seine Äußerung selbst desinformativ.<sup>49</sup>

### 5. Ergebnis: Begriffsbestimmung

Aus den Erläuterungen ergibt sich folgende Definition: „Fake News“ stellt die Verbreitung von Gedankeninhalten in der Absicht dar, mit ihnen unmittelbar, systematisch-manipulativ die Realität zu verzerren.<sup>50</sup> Hierunter fällt die rein objektive Desinformation, die aber teilweise auch mit subjektiver Färbung vermischt wird. Die jüngeren Entwicklungen stützen dieses im Vergleich zur originären englischen Bedeutung engere Verständnis.

## II. Unterschiedliche Ausprägungen von „Fake News“ mit Beispielen

Es lassen sich zumindest drei Ausprägungen von „Fake News“ unterscheiden.

### 1. Frei erfundene Sachverhalte („Fabricated Content“)

Als extremste Form der Desinformation ist die „radikale Irreführung“ zu nennen, die sich durch das Entwerfen fiktiver Sachverhalte auszeichnet.<sup>51</sup> Die Informationen sind zwar dem Grunde nach vollständig unwahr. Dennoch entfalten auch derartige Aussagen eine besondere Suggestivkraft, da die Rezipienten davon ausgehen, dass schließlich nicht die ganze Erzählung unrichtig sein könne. In dieser Konsequenz verliert die Realität zugunsten der Unwahrheit an Glaubhaftigkeit.<sup>52</sup> Prominente Beispiele für frei erfundene Informationen sind unter anderem der Fall *Hilary Clintons*, in dem sie als Kopf eines Kinderpornorings dargestellt und auf diese Weise

<sup>49</sup> Siehe zum regelmäßig in der politischen Diskreditierung liegenden Zweck European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 10; *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S. 6 klassifiziert dieses Verhalten als „*Poor Politics*“. So auch *McNair*, Fake News in Journalism, S. 35.

<sup>50</sup> Vgl. auch UK House of Commons, Interim report on Disinformation and Fake News, Report of 29 July 2018, Rn. 14; *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 4. In diesem Kontext von „*undermining the democratic process*“ sprechend *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 18, dieses Verhalten als „*misforming the public*“ bezeichnend S. 23; *McNair*, ebd., S. 10; S. 23 f., vor allem S. 25. Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 5 f.

<sup>51</sup> Auch als „*Fabricated Content*“ bezeichnet, vgl. UK House of Commons, ebd.; *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S. 6; *W.-D. Rühl*, Measuring Fake News, S. 3; *Waldrop*, PNAS 2017, S. 12632.

<sup>52</sup> *Dobbert*, Fake-News made in Russia, in: Zeit Online, Artikel vom 23. Februar 2017.

verunglimpft wurde (*Pizzagate-Affäre*).<sup>53</sup> Im Wahlkampf zur französischen Präsidentschaftswahl im Jahr 2017 wurde *E. Macron*, Spitzenkandidat der Bewegung *En Marche*, von dem von der russischen Regierung finanzierten<sup>54</sup> Informationsportalen *Sputnik* und *Russia Today* als heimlich homosexuell dargestellt.<sup>55</sup> Diese Desinformation hat vor dem Hintergrund der im Jahre 2013 in Frankreich gesetzlich eingeführten, aber von breiten Teilen der Gesellschaft nicht anerkannten „*marriage homosexuel*“<sup>56</sup> einen besonderen Stellenwert.<sup>57</sup>

## 2. Manipulierte Informationen („Manipulated Content“)

Die zweite Form zeichnet sich durch die absichtliche Manipulation von Fakten aus.<sup>58</sup> Diese Variante fällt sehr unterschiedlich aus. Informationen können verschwiegen, durch eine einseitige Darstellung in ein entsprechendes Licht gerückt oder verändert werden.<sup>59</sup> Bei letzterem Fall verwischen die Grenzen zu frei erfundenen Inhalten. Bei der Manipulation geht es aber primär darum, bereits verbreitete Inhalte zu verändern. Unter diese Variante fällt auch das Vorspiegeln von Sachverstand oder Objektivität, indem ohne Belege vorgegeben wird, dass die veröffentlichten Informationen von Experten, Politikern oder aus den Qualitätsmedien stammen würden, obwohl tatsächlich nur eine einseitige Betrachtung des Themenkomplexes erfolgt.<sup>60</sup> Besonders gefährlich sind dabei vor allem Falschmeldungen, bei denen nur minimale Tatsachenveränderungen vorgenommen wurden, da sie einen wahren Tatsachenkern aufweisen und viele Rezipienten aufgrund der Verifizierbarkeit eines

<sup>53</sup> Siehe statt vieler *Kühn*, Mann stürmt Pizzeria wegen Pädophilievorwürfen, auf: FAZ.net, Artikel vom 5. Dezember 2016. Siehe zu einem Fall um die Grünen-Politikerin *R. Künast*, der eine nie artikuliert Äußerung zugeschrieben wurde, mit der sie in einem Freiburger Mordfall den Täter gewissermaßen als Opfer hinstellte, statt vieler *Rosenbach*, Erfundenes Zitat auf Facebook – Künast stellt Strafanzeige, auf: Spiegel Online, Artikel vom 10. Dezember 2016.

<sup>54</sup> Zu *Sputnik* siehe *Smilga*, Wie Russland über seine Medien Einfluss in Deutschland ausübt, auf: BR24.de, Artikel vom 18. Dezember 2018. Zu *RT Deutsch* siehe *Meisner*, RT Deutsch: Wir sind gefährlich, auf: Der Tagesspiegel, Artikel vom 20. März 2015; *Niemeier*, Warum RT Deutsch wohl keine Rundfunklizenz erhalten wird, auf: DWDL.de, Artikel vom 10. Januar 2019.

<sup>55</sup> Vgl. *Sputnik*, Ex-French Economy Minister Macron Could Be ‚US Agent‘ Lobbying Banks’ Interests, auf: Sputnikglobe.com, Artikel vom 4. Februar 2017.

<sup>56</sup> Vgl. Article 1 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

<sup>57</sup> Vgl. *France24*, Mariage pour tous: les actes homophobes en forte hausse, auf: France24.com, Artikel vom 21. April 2013; *Le Monde.fr*, Manif pour tous à Paris, Artikel vom 16. Oktober 2016. Zur Aktualität des Themas bei den Präsidentschaftswahlen, siehe *L’indépendant.fr*, Macron évoque une supposée humiliation subie par les adversaires du mariage pour tous, Taubira réagit vivement, Artikel vom 23. Februar 2017.

<sup>58</sup> Auch als „*Manipulated Content*“ bezeichnet, vgl. UK House of Commons, Interim report on Disinformation and Fake News, Report of 29 July 2018, Rn. 11; *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S. 6; *W.-D. Rühl*, Measuring Fake News, S. 3; *Waldrop*, PNAS 2017, S. 12632 differenziert sogar zwischen „*manipulated, misleading*“ und „*imposter content*“.

<sup>59</sup> Vgl. *Schnabel*, Wie stoppt man Fake-News?, in: *Die Zeit*, Artikel vom 28. September 2017, S. 40; *Meier/Stelzer/Stephan*, Städtle in Angst, in: *Die Zeit*, Artikel vom 5. Oktober 2017, S. 14.

<sup>60</sup> Vgl. *Dobbert*, Fake-News made in Russia, auf: *Zeit Online*, Artikel vom 23. Februar 2017.

Teils der Aussage auf die Wahrheit der Gesamtaussage schließen.<sup>61</sup> Eine geringfügige Übertreibung oder ein unscheinbares Zuspitzen einer wahren Gegebenheit reicht hierfür aus.<sup>62</sup>

Anschaulich zeigt dies die Berichterstattung der Schweizer Boulevardzeitung über den islamistischen Anschlag auf den *Hatshepsut*-Tempel in *Luxor* im Jahr 1997, bei der eine auf dem Bild befindliche Pfütze rot eingefärbt wurde, um das Bild des Schreckens zu verstärken.<sup>63</sup> Als neues Mittel der Inhaltsmanipulation mit empfindlicher Wirkung gelten „Deep Fakes“, bei denen Videoinhalte durch künstlich intelligente Programme verändert werden.<sup>64</sup>

### 3. Dekontextualisierter Inhalt („Misinterpreted Content“)

Als dritte Ausprägung kann der falsch kontextualisierte Inhalt genannt werden, bei dem wahre Information vom Rezipienten wissentlich falsch ausgelegt wird, sog. *Eisegese*.<sup>65</sup> Bei dieser Form werden Deutungen in eine Aussage hineininterpretiert, die die Aussage weder objektiv enthalten noch subjektiv vom ursprünglich Äußernenden gemeint sind. Tatsachen und Informationen werden aus dem Zusammenhang gerissen, bewusst falsch interpretiert und mit Kontexten verknüpft, mit denen sie tatsächlich nicht zusammenhängen.<sup>66</sup> Der Unterschied zur manipulierten Information ist ein innerer und von außen nicht zu erkennen.

Beispielhaft sei hier die Fotoaufnahme der Alt-Kanzlerin *Angela Merkel* und des syrischen Flüchtlings *Anas Modamani* angeführt, der unmittelbar nach dem Attentat auf den Brüsseler Flughafen ohne Zusammenhang als einer der Attentäter verleumdet wurde.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> *W. Schweiger*, Desinformierte Bürger, S. 80; *Beuth/Brost/Dausend/Dobbert/Hamann*, Krieg ohne Blut, auf: Zeit Online, Artikel vom 26. Februar 2017.

<sup>62</sup> Vgl. *Dobbert*, Fake-News made in Russia, auf: Zeit Online, Artikel vom 23. Februar 2017.

<sup>63</sup> *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S. 7. Siehe hierzu ein Abbild des veröffentlichten Artikels mit bearbeitetem Bild sowie des tatsächlichen Bilds in der Fotostrecke von *Jensch/Thünker*, Bildmanipulationen, auf: Spiegel Online, Bilderstrecke vom 11. Juli 2008 sowie weitere Fälle von inhaltlicher Manipulation.

<sup>64</sup> Zum Begriff siehe *Blitz*, Oklahoma Law Rev. 71 (2018–2019), S. 61 m. w. N. Zur technischen Funktionsweise siehe *Yang/Lil/Lyu*, ICASSP 2019, S. 8261.

<sup>65</sup> Auch als „*Misinterpreted Content*“ bezeichnet, vgl. UK House of Commons, Interim report on Disinformation and Fake News, Report of 29 July 2018, Rn. 11; *W.-D. Rühl*, Measuring Fake News, S. 3.

<sup>66</sup> Vgl. *W.-D. Rühl*, ebd.; *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S. 7.

<sup>67</sup> Vgl. *M. Eddy*, How a Refugee's Selfie With Merkel Led to a Facebook Lawsuit, auf: NYTimes.com, Artikel vom 6. Februar 2017; *Sängerlaub*, ebd. Zum ähnlich gelagerten Fall der zwölfjährigen syrischen Immigrantin *Maram Mustafa*, die auf Grundlage dekontextualisierter Informationen im Rahmen einer späteren Unfallberichterstattung in der Tageszeitung als IS-Sympathisantin dargestellt wurde, *D. Neufeld*, Das Gerücht, in: Spiegel 6/2018, S. 52 ff. Zu einem dekontextualisierten Video, das nach dem Schulmassaker an der *Marjory Stoneman Douglas Highschool* in Parkland (Florida) im Februar 2018 den getöteten Schützen *N. Cruz* und den

### III. Kognitive Verarbeitung von Information

Die Wirkung von „Fake News“ hängt von der kognitiven Verarbeitung und den Prädispositionen ihrer Rezipienten ab. Erst ein Grundverständnis von diesen Zusammenhängen ermöglicht Bewertungen der bestehenden Regulierung von „Fake News“ und weiteren Handlungsoptionen. Hierfür soll die kognitive Informationsverarbeitung knapp erörtert werden.

#### 1. Menschliches Gedächtnis und die Aufnahme von (Fehl-)Information

Das Gedächtnis eines Menschen beruht auf Suggestionen, Überzeugungen sowie Prädispositionen und ist daher anfällig für Fehler.<sup>68</sup> Denn das Gehirn speichert Informationen auch unabhängig von ihrer Wahr- oder Falschheit.<sup>69</sup> Wenn Personen einmal mit einer Fehlinformation konfrontiert sind und es zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal werden, erachten die Rezipienten die Fehlinformation teils als wahrheitsgemäß (sog. „Illusory Truth Effect“), da sie sich an die ursprüngliche Informationsquelle nicht erinnern können.<sup>70</sup> Das macht sie besonders widerstandsfähig gegenüber der veröffentlichten Wahrheit – sie sind häufig irreversibel.<sup>71</sup> Nur wenn Rezipienten noch von der Falschheit der ursprünglichen Quelle wissen, können sie die erneut verbreitete Falschinformation selbst enttarnen.<sup>72</sup> Insbesondere die enorme Informationsfülle im dezentralen Internet verdeutlicht die Erschwernis für die Erinnerungsfähigkeit. Personen, die Informationen aus dem Internet konsumieren, sind anfälliger dafür, falschen Informationen Glauben zu schenken. Jüngere Studien haben dies bestätigt und ein Schwinden der Fähigkeit des kritischen Denkens durch die Informationszufuhr über Online-Quellen festgestellt.<sup>73</sup>

---

Überlebenden *D. Hogg* als von *CNN* und *George Soros* bezahlte Schauspieler darstellte, *J. Hendrix*, Can Fake News be stopped?, auf: Just Security.org, Artikel vom 22. Februar 2018.

<sup>68</sup> Vgl. die Darstellungen bei *D. Gilbert*, *American Psychologist* 46 (1991), S. 114, S. 116. Siehe ferner S. 107 ff. zum System der Überzeugungen. *Cook/Lewandowsky*, *The Debunking Handbook*, S. 5 f. In diese Richtung auch die Studie von *Balmas*, *Communication Research* 41 (2012), S. 430–454.

<sup>69</sup> *Vasu et al.*, *Fake News: National Security in Post-Truth Era*, S. 14.

<sup>70</sup> *Rozenblit/Keil*, *Cognitive Science* 26 (2002), S. 522 ff. S. 557 f. Zum „Illusory Truth Effect“ siehe, *Pennycook/Cannon/Rand*, *Implausibility and illusory truth*, S. 4 f.

<sup>71</sup> Vgl. *Cook/Lewandowsky*, *The Debunking Handbook*, S. 5 f.; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 4; *Schnabel*, *Wie stoppt man Fake-News?*, in: *Die Zeit*, Artikel vom 28. September 2017, S. 40. Ähnlich auch *Allcott/Gentzkow*, *JoEP* 2017, S. 219; *Lakoff*, *Don't Think of an Elephant*, S. 17, S. 44 f. Auf das Prinzip „*Semper aliquid haeret*“ bezugnend, *Bertolaso*, *Was sind eigentlich Fake News*, Artikel vom 3. März 2017, auf: *Deutschlandfunk.de*. Zur grundsätzlichen Wirkung negativer Nachrichten siehe *Schlachte/Lobodda*, *Führung und Wertschöpfung*, S. 7.

<sup>72</sup> *Vasu et al.*, *Fake News: National Security in Post-Truth Era*, S. 14.

<sup>73</sup> *Ebd.*, S. 15.

## 2. Wirkungszusammenhang von Erstinformation und Meinungsbildung

Individuen bilden sich ihre Meinung grundsätzlich primär auf Grundlage der zuerst erworbenen und ihnen plausibel erscheinenden Information.<sup>74</sup> Plausibel ist vor allem, was eigenen Überzeugungen entspricht; wissenschaftlich belegten Fakten wird hingegen weniger Wert beigemessen.<sup>75</sup> Dies beschreibt den Wandel hin zu einer postfaktischen Informationsgesellschaft. Die herausgebildete Ansicht befähigt Individuen dazu, weitere Tatsachen in diese Wertungsrichtung einzuordnen, wenngleich eindeutige Beweise entgegenstehen mögen (sog. „Primacy Effect“).<sup>76</sup> Es entsteht eine Art Reaktanz gegenüber den der eigenen Meinung zuwiderlaufenden Tatsachen, die wechselseitig eine gewisse Persistenz hinsichtlich der eigenen Tatsachengrundlage bedingt.<sup>77</sup> Diese verstärkt sich weiter dadurch, dass Individuen sodann unterbewusst selektiv nach Beweisen oder deren Interpretationsmöglichkeiten suchen, die den eigenen Werten entsprechen.<sup>78</sup> Sowohl der „Primacy Effect“ als auch der „Illusory Truth Effect“ verdeutlichen, dass „Fake News“ sehr widerstandsfähig und nur schwer korrigierbar sind.

## 3. Zugang zu und Verwendung von Information als Eckpfeiler kognitiver Selektion

Auch die Nutzung von und der Zugang zu Informationen stellen wesentliche Eckpfeiler für die kognitive Informationsverarbeitung dar. Personen, die eher tendenziöse Medien verwenden, sind anfälliger für unwahre Tatsachenbehauptungen als Personen, die sich primär einer objektiven Berichterstattung bedienen.<sup>79</sup> Demnach erleichtert die überwiegende Informationsaufnahme über das für jedermann zur Kommunikation offenstehende und daher überwiegend tendenziöse „Web 2.0“ die Verbreitung von Falschinformation. Die digitale Gesellschaft ist empfänglicher für fingierte Information. Fragmentierte Online-Öffentlichkeiten verstärken diesen Umstand mangels Austauschmöglichkeiten mit Andersdenken noch.<sup>80</sup>

Die Fähigkeit der Informationsbeschaffung und ihrer kritischen Würdigung variiert zudem grundsätzlich zwischen den sog. „Digital Natives“ und den Personen, die nicht vollständig mit dem Internet aufgewachsen sind. Vor allem jüngere Teile

<sup>74</sup> Vgl. hierzu die Analyse von *D. Gilbert*, *American Psychologist* 46 (1991), S. 108 ff.

<sup>75</sup> Ebd.; *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 4 m. w. N.; *Pennycook/Rand*, *Who falls for Fake News?*, S. 43; *W. Schweiger*, *Desinformierte Bürger*, S. 5 f.; *Sängerlaub*, *Verzerrte Realitäten*, S. 4, S. 8; *Leggewie*, *Anti-Europäer*, S. 37.

<sup>76</sup> *Pennycook/Cannon/Rand*, *Implausibility and illusory truth*, S. 6; *Vasu et al.*, *Fake News: National Security in Post-Truth Era*, S. 16.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Ebd.

<sup>79</sup> *Balmas*, *Communication Research* 41 (2012), S. 430–454.

<sup>80</sup> *Allcott/Gentzkow*, *JoEP* 2017, S. 230. Ähnlich *Vasu et al.*, *Fake News: National Security in Post-Truth Era*, S. 17.



der Gesellschaft verfügen über das Wissen über und den Zugang zu Technologie und besitzen daher noch am ehesten die Fähigkeit, Informationen im Internet abzurufen, einzuordnen und kritisch zu hinterfragen.<sup>81</sup>

## IV. Entwicklungen der jüngeren Zeitgeschichte

Trotz des neomodischen Begriffs „Fake News“ zeigt die Historie, dass der hinter dem Begriff stehende Wirkungszusammenhang schon seit Menschengedenken bekannt ist.<sup>82</sup> Durch Falschinformation konnte die gesellschaftliche Meinung immer schon stark beeinflusst werden, wofür nicht zuletzt die deutsche Geschichte ein anschauliches Beispiel darstellt. Das jüngere Phänomen soll knapp anhand aktueller Entwicklungen konturiert werden.

### 1. Postfaktizität als Sinnbild gesellschaftlicher Informationskultur

Den Grundstein für das jüngere Phänomen der „Fake News“ bilden die kognitions-wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Informationsverarbeitung. Danach sind Rezipienten primär an subjektiven Präferenzen sowie Emotionen und nicht an Fakten interessiert, was den Wandel der gesellschaftlichen Informationskultur hin zu einer postfaktischen Informationsgesellschaft verdeutlicht. Schon die Begriffe „Postfaktizität“ und „Alternative Fakten“ sind nach ihrer Wortbedeutung miteinander verwandt. Diese Erkenntnisse kann sich der Verbreiter „Alternativer Fakten“ zur Beeinflussung der Meinungsbildung in allen Bereichen zunutze machen.<sup>83</sup> Dabei bleiben Unwahrheiten häufig sogar unentdeckt. Klar ist aber, dass eine fruchtbringende Diskussion nur auf der Basis von Fakten geführt werden kann.

<sup>81</sup> *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 64 m. w. N.; *Vasu et al.*, ebd.

<sup>82</sup> Siehe *Drexler*, ZUM 2017, S. 543; *McNair*, Fake News in Journalism, S. 14 ff.; *K. Malik*, Fake News has a long history. Beware the state being keeper of ‘the truth’, auf: The Guardian.com, Artikel vom 11. Februar 2018; *Carson*, Fake News: What exactly is it – and how can you spot it?, auf: The Telegraph.co.uk, Artikel vom 16. Januar 2018. Vgl. mit historischen Beispielen *Fuhrer*, Fake News mit fatalen Folgen, auf: Focus Online, Artikel vom 19. September 2017. Ferner *Dobbert*, Fake-News made in Russia, auf: Zeit Online, Artikel vom 23. Februar 2017. Zum Vergleich mit Märchen und Sagen siehe *Gehlen*, „Hörensagen“: Fake News sind keine Erfindung der Neuzeit, auf: heise.de, Artikel vom 12. Februar 2018. Siehe auch zur Rechtfertigung des Irak-Krieges, The 9/11 Commission Report (Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States), July 2004.

<sup>83</sup> Ausführlich mit Beispielen der jüngeren Vergangenheit, *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 4 ff. m. w. N. Vgl. auch *Steinbach*, ZRP 2017, S. 101. Eine knappe Kritik in *Strohschneider*, Über Wissenschaft in Zeiten des Populismus, S. 3. *Widmann*, Die Politik der Gefühle, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 10. Oktober 2016. *L. Koch*, Fake News: Was ist das Problem und was kann man dagegen tun?, auf: Wahl.de, Artikel vom 13. Januar 2017. Zum Wort des Jahres 2016, Gesellschaft für deutsche Sprache e. V., GfdS wählt „postfaktisch“ zum Wort des Jahres 2016, Pressemitteilung vom 9. Dezember 2016.

## 2. Global aufstrebender Populismus

Dieser kognitionswissenschaftlichen Erkenntnisse bedienen sich die in jüngerer Zeit weltweit<sup>84</sup> aufstrebenden populistischen Bewegungen, nach deren Ideologie sich das „homogene Volk“ gegen „schädliche“ Einflüsse zur Wehr setzen müsse.<sup>85</sup> Mittels demagogischer Rhetorik, vor allem einer simplifizierenden, pauschalieren und dramatisierenden Darstellungsweise sowie kalkulierten Tabubrüchen, etwa persönlichkeitsrechtsverletzenden Herabwürdigungen, wird an die Emotionen und Ängste der Rezipienten appelliert.<sup>86</sup> Die Brücke zu „Fake News“ wird damit geschlagen, dass Letztere ein Mittel darstellen, mit denen populistische Inhalte auf einfache und verständliche Weise in die Gesellschaft transportiert werden können.<sup>87</sup> Durch ihre Übertretungen polarisieren sie häufig medial, wodurch die Gesellschaft breitenwirksam konfrontiert wird. Ihnen ist eine gewisse Negativität immanent, die eine alarmistische Wirkung entfachen kann. Infolgedessen verbreiten sich solche

<sup>84</sup> Vgl. die Aufzählung aus dem Jahr 2012 von *Hartleb*, APuZ 2012, S. 22; *Lochocki*, APuZ 2012, S. 30; *Leggewie*, Anti-Europäer, S. 33 ff. beschreibt ferner die einzelnen (identitären) Strömungen in Europa; *Drexel*, ebd., S. 14. Zur vorzeitigen Absehbarkeit des Aufkommens rechts-populistischer Strömungen in Deutschland durch die Einwanderungspermeabilität Europas und der islamistischen Anschläge, siehe *Lochocki*, ebd., S. 30, S. 32, S. m. w. N. Siehe ferner Bundesministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2015, S. 69; *dass.*, Verfassungsschutzbericht 2014, S. 35 f. mit dem Hinweis einer Verdreifachung der Propagandadelikte im Vergleich zum Vorjahr; zur Radikalisierung im Internet siehe S. 42 f.

<sup>85</sup> *Leggewie*, ebd., S. 44 f.; *T. Chopin*, Question d'Europe n° 414, S. 1 f. *Konietzny*, Die AfD tritt das Erbe der NPD an, auf: n-tv.de, Artikel vom 20. Februar 2018; Ötsch, Demagogen: „Alle sprechen vom ‚Volk‘, das von ‚der Elite‘ unterdrückt wird“, auf: heise.de, Artikel vom 1. August 2017.

<sup>86</sup> Zur maximalen Komplexitätsreduktion siehe *Byford*, Conspiracy Theories, S. 5 f.; *Drexel*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 6; Öztürk, APuZ 2012, S. 2. Zu den Wesensmerkmalen siehe *Leggewie*, ebd., S. 31; *Priester*, APuZ 2012, S. 3 ff.; *Diehl*, APuZ 2012, S. 20. Auch von „Anti-Intellektualismus“ und „unverantwortlicher Simplifizierung“ sprechend *Strohschneider*, Über Wissenschaft in Zeiten des Populismus, S. 2. Zu den Tabubrüchen, wie Herabwürdigungen siehe *Leggewie*, ebd., S. 38 f.; *Diehl*, ebd., S. 20; *Hartleb*, APuZ 2012, S. 27 m. w. N.; *Lochocki*, APuZ 2012, S. 31. Häufig sind die verwendeten, pauschalen Vorurteile mit gewissen Ängsten verbunden, wie beispielsweise die Angst vor dem Unbekannten, vor wirtschaftlicher Not oder unfairer Behandlung, vgl. *Han*, Soziologie der Migration, S. 38 ff. nach Modellen von *Charles Price*, The Study of Assimilation (1969), S. 201 ff. Ötsch, ebd. spricht im Interview mit *Klößner* von einer sog. „Wut von unten“. Zur Vermutung, dass ärmere Bevölkerungsschichten für derartige Ressentiments besonders empfänglich sind, siehe *Micheselsen/Pryzbilla-Voß/Lühmann*, Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit in Ostdeutschland, S. 7. Zum Paradoxon, dass vor allem Bevölkerungsgruppen diese Sorgen tragen, die einen gesicherten Lebensstandard erreicht haben, *T. Chopin*, Question d'Europe n° 414, S. 1.

<sup>87</sup> Vgl. die metaphorische Beschreibung zu „Manipulated Content“ bei *McNair*, Fake News in Journalism, S. 36 f. Vgl. *Drexel*, ebd., S. 4 f. m. w. N. Mit Beispielen anschaulich *Sängerlaub*, Überall Fake News!., S. 8 ff.



Äußerungen rasend schnell<sup>88</sup>, wobei ein langfristiger Effekt eintritt: Es fällt regelmäßig schwer, negative Nachrichten vollständig zu korrigieren, da sich gewisse Teile der Ängste grundsätzlich nicht ausräumen lassen.<sup>89</sup>

### 3. Einflussnahme auf demokratische Entscheidungen des Souveräns

Zuletzt sollten auch demokratische Entscheidungen beeinflusst werden. Insbesondere der Versuch russischer Einflussnahme auf die US-amerikanische Präsidentschaftswahl 2016 mittels digitaler Werbekampagnen und ihres nicht eindeutig widerlegbaren Erfolgs verdeutlichen die Gefahren für den demokratischen Willensbildungsprozess anschaulich.<sup>90</sup> Im französischen Präsidentschaftswahlkampf 2017 wurde der spätere Präsident *E. Macron* ebenfalls mittels Falschnachrichten zu diskreditieren versucht.<sup>91</sup> An den beiden Fällen zeigt sich, dass die geäußerten Unwahrheiten häufig darauf abzielen, einer bestimmten Person politisch zu schaden. Sie sind folglich personenbezogen. Auch beim *Brexit*-Referendum 2016 spielten Desinformationen eine zentrale Rolle. Sie bezogen sich auf die vermeintliche Beziehung Großbritanniens zur EU und waren daher primär sachbezogen.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> *A. Diener*, Falsche Nachrichten sind einfach sexy, auf: FAZ.net, Artikel vom 8. März 2018; *Appadurai*, Kulturaustausch 2017, S. 16 f.; Fonds Online, Sarasin: Schlechte Nachrichten verbreiten sich schneller als gute, Artikel vom 15. März 2010; Dagegen, vgl. nur *Langin*, Fake News spreads faster than true news on Twitter, auf: Science.org, Artikel vom 8. März 2018; Handelsblatt.com, HWelche Nachrichten wir am liebsten verbreiten, Artikel vom 19. März 2013; Welt.de, Gute Nachrichten verbreiten sich eher als schlechte, Artikel vom 19. März 2013.

<sup>89</sup> *Schlachtel/Lobodda*, Führung und Wertschöpfung, S. 7. Zur Wirkung des sog. „Illusory Truth Effect“ bei wiederholter Falschinformation siehe Abschnitt „Menschliches Gedächtnis und die Aufnahme von (Fehl-)Information“ unter Punkt B. III. 1.

<sup>90</sup> U. S. Department of Justice, Report On The Investigation Into Russian Interference In The 2016 Presidential Election, Vol. 1, p. 4 ff.; *Woolley/Guilbeault*, Computational Propaganda in the USA, S. 22 f. Für die deutsche Bundestagswahl 2017 siehe, *Neudert*, Computational Propaganda in Germany, S. 23. Eine Zusammenfassung hinsichtlich der Wirksamkeit von „Fake News“-Kampagnen, siehe *Woolley/Howard*, Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary. *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 10 f.; *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 18, S. 23. Siehe auch Spiegel Online, Wie soziale Medien Wahlen beeinflussen, Artikel vom 16. November 2016, n-tv, Facebook – Fake News erreichten Mio., auf: n-tv.de, Artikel vom 3. Oktober 2017. Im Kontext der Bundestagswahl 2017 vgl., *Kühn*, Erfundene Geschichten spielen (noch) keine Rolle, FAZ.net, Artikel von 22. September 2017; Tagesschau, Wahlbeeinflussung aus dem Kreml?, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 4. Mai 2017.

<sup>91</sup> Siehe hierzu den Abschnitt „Manipulierte Informationen („Manipulated Content“)“ unter Punkt B. II. 2.

<sup>92</sup> *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 6. Mit Aussagebeispielen *J. Stone*, Brexit lies: The demonstrably false claims of the EU referendum campaign, auf: Independent.co.uk, Artikel vom 17. Dezember 2017. *Booth et al.*, Russia used hundreds of fake accounts to tweet about Brexit, data shows, auf: The Guardian.com, Artikel vom 14. November 2017. Vgl. auch *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 3 ff.

Auf diese Weise haben nicht nur die im Wahlkampf involvierten Kräfte, sondern vor allem auch ausländische Staaten die Möglichkeit, in subtiler und diskreter Weise auf die gesellschaftliche Meinung anderer Staaten einzuwirken und Einfluss auf demokratische Entscheidungen zu nehmen.<sup>93</sup> Zur Prägung der gesellschaftlichen Meinung wird vor allem in Wahlzeiten enormes Kapital in politische Werbung investiert; das Volumen hierfür steigt stetig.<sup>94</sup> Hierzu wurden in der jüngsten Vergangenheit gezielt Einzelpersonen oder Medienunternehmen für die systematische Verbreitung von Falschmeldungen bezahlt.<sup>95</sup>

## V. Die Bedeutung der Internetkommunikation für die Verbreitung von „Fake News“

Die technischen Rahmenbedingungen der Verbreitung von Informationen haben sich grundlegend verändert. Die Kommunikationsgegebenheiten des digitalen Zeitalters, insbesondere das „Web 2.0“, erleichtern die Verbreitung von „Fake News“. Sie werden zusätzlich in den Dienst der mit den verbreiteten „Fake News“ verbundenen Ziele gestellt. Während früher nur staatliche Akteure oder Medien über die Möglichkeit einer breitenwirksamen Veröffentlichung verfügten, ermöglichen soziale Medien dies im ubiquitären Internet nun einem Jeden nahezu voraussetzungslos. Jeder kann mit jedem kommunizieren. Aufgrund der enormen Informationsfülle gilt das Internet als der „*außenpluralste Raum*“<sup>96</sup> der Gegenwart. Ein Großteil der Bevölkerung bezieht seine Informationen überwiegend oder gar ausschließlich hierüber.<sup>97</sup> Dies mutet vor dem Hintergrund demokratischer, pluralistischer Gesellschaften zunächst positiv an. Jedoch erschwert es die bestehende, häufig tendenziöse Informationsflut dem Nutzer, den Überblick über die Informationen als solche sowie die Wahr- und Falschheit von Inhalten zu behalten. Dies liegt vor allem auch an der begrenzten menschlichen Informationsverarbeitungsfähigkeit.<sup>98</sup> Desinformation kann von Einzelpersonen massenhaft innerhalb eines Wimpernschlags über die ganze Welt verbreitet werden, um damit in einer für den Rezipienten unerwarteten

<sup>93</sup> Vgl. European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 12; *Allcott/Gentzkow*, JoEP 2017, S. 217; *Drexl*, ebd., S. 23.

<sup>94</sup> Vgl. *Dachwitz/Mrohs*, Zahlen, bitte: So viel geben deutsche Parteien für Werbung auf Facebook aus, auf: Netzpolitik.org, Artikel vom 23. Mai 2019 m. w. N.

<sup>95</sup> Vgl. European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 15; *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 9.

<sup>96</sup> *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 179.

<sup>97</sup> Vgl. *Drexl*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 5 f., S. 13–15; *Machill/Beiler/Krüger*, Das neue Gesicht der Öffentlichkeit. Zur Nutzung sozialer Medien als Informationsquelle, vgl. *Allcott/Gentzkow*, JoEP 2017, S. 221 f., S. 224.

<sup>98</sup> Siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III. Ferner *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 276 m. w. M.

Weise das Vertrauen in Personen, Parteien oder (inter-)nationale Zusammenschlüsse zu erschüttern oder destabilisieren.<sup>99</sup> Die dem Internet immanente Anonymität verstärkt diese Entwicklung noch.

### 1. Die Rolle von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten

Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste gelten als die wichtigsten Verbreitungswege von (Des-)Information im Internet.<sup>100</sup> Sie ermöglichen es ihren Nutzern, Kommunikationsinhalte in dem entsprechenden digitalen Medium, etwa einem „Blog“ oder sozialen Netzwerk wie *Facebook* oder *Twitter* oder einem Videosharing-Dienst wie *YouTube*, zu artikulieren und sich auszutauschen.<sup>101</sup> Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste sind telemediale Angebote, die ihren Nutzern meinungsbildungsrelevante Inhalte Dritter aufgrund von Auswahlentscheidungen vermitteln, ohne grundsätzlich selbst Inhalteanbieter zu sein.<sup>102</sup> Sie dienen als informationsmittelnde Hilfsmittel für eine schnelle, aufwandslose Informationsaufnahme.<sup>103</sup> Ihnen kommt in der die menschliche Verarbeitungskapazität überbordenden Informationsfülle des Internets eine nutzerrelevante „Schlüsselstellung“ zu: Ohne sie ist das Internet nicht mehr sinnvoll nutzbar.<sup>104</sup> Soziale Netzwerke bilden dabei eine in sich geschlossene Infrastruktur für das digitale Leben (sog. Onlife)<sup>105</sup> des Nutzers, indem sie viele wesentliche Dienste der Kommunikation, vor allem Informations-, Messenger- und Vergnügungsdienste, in sich vereinen.

<sup>99</sup> B. Raue, JZ 2018, S. 961; Vasu et al., Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 4. Vgl. auch Leggewie, Anti-Europäer, S. 96.

<sup>100</sup> Vgl. Kühling, ZUM 2021, S. 471; Drexl, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 13–15 mit Verweis auf Machill/Beiler/Krüger, Das neue Gesicht der Öffentlichkeit.

<sup>101</sup> Vgl. auch B. Raue, JZ 2018, S. 961; Büscher, GRUR 2017, S. 433. Ähnlich Redeker, IT-Recht, Rn. 1171 f.

<sup>102</sup> Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 23 ff. m. w. N.; Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Der rechtliche Rahmen für Videosharing-Plattformen, S. 11.

<sup>103</sup> Andere sprechen in diesem Zusammenhang von einer „Komplexitätsreduktion“, siehe B. Raue, JZ 2018, S. 961; Schmidt et al., Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, S. 26 ff.

<sup>104</sup> BGH GRUR 2018, 642, 645 Rn. 45 – Umfang der Prüfungspflicht des Betreibers einer Internetsuchmaschine bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen; Volkemann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, BGB, § 1004 Rn. 49. Dörr/Natt, ZUM 2014, S. 835; Ott, MMR 2006, S. 195. Vgl. die Abbildung bei Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 40. Siehe zur Praxis des Nachrichtenauffindens, Hölig/Hasebrink, Reuters Institute Digital News Report 2019, S. 40; Hölig/Hasebrink/Behre, Reuters Institute Digital News Report 2021, S. 49.

<sup>105</sup> Siehe zum Begriff Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), S. 5 f. m. w. N.

a) *Algorithmisierte Informationsselektion seitens des Informationsintermediärs*

Die Informationsvermittlung der Netzwerke und Videosharing-Dienste erfolgt auf Grundlage von algorithmisierter Auswahlentscheidungen, die an bestimmten Kriterien ausgerichtet sind.<sup>106</sup> Während Suchmaschinen Angebote durch ihre Such- oder Filteralgorithmen vor allem nach ihrer Relevanz<sup>107</sup> aggregieren, richten soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste die präsentierten Inhalte primär an den persönlichen Nutzerpräferenzen aus.<sup>108</sup> Das Kriterium der Relevanz stützt sich mitunter auch auf die jeweilige Nutzerpräferenz, so dass sich ein gewisser Gleichlauf der Vermittlungsleistungen von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten ergibt.<sup>109</sup> Die Relevanz bei Suchmaschinen, etwa *Google*, bestimmt sich komplementär auch über eine Rangliste der am häufigsten besuchten Internetangebote, sog. *PageRank*<sup>110</sup>. Daher ist die Bemessung der Relevanz – unabhängig ihrer konkreten Bemessungskriterien – auch an den Mehrheitspräferenzen aller Nutzer orientiert. Dies lässt eine tendenzverstärkende Wirkung gesellschaftlicher Mehrheitsansichten vermuten, die das Prinzip der freien Meinungsbildung aufzuweichen scheint.<sup>111</sup> Zudem lässt sich dieser Relevanzimplikator von außen in einfacher und kostengünstiger Weise beeinflussen, was weiter nachteilig auf die Meinungsbildung wirken kann.

Der Betreiber schwingt sich mit seinen Filteralgorithmen zum „Gatekeeper“ der wahrnehmbaren Information auf.<sup>112</sup> Nicht mehr der Nutzer entscheidet unmittelbar selbst über die Auswahl wahrnehmbarer Information; dies tut vielmehr der

<sup>106</sup> Zum Begriff siehe *Krupar*, DSRITB 2017, S. 276. *Paal/Hennemann*, JZ 2017, S. 643 f. m. w. N.

<sup>107</sup> *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 7 f., S. 10; *ders./Hennemann*, ebd., S. 643; *Krupar*, ebd., S. 282.

<sup>108</sup> Vgl. für Facebook nur US Patent Application for Ranking Search Results Based on the Frequency of Access on the Search Results by Users of a Social-Networking System Patent Application, Application No. 20110087658; Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Der rechtliche Rahmen für Videosharing-Plattformen, S. 11; *Paal/Hennemann*, ZRP 2017, S. 76. Zur Funktionsweise konkreter Netzwerkalgorithmen, siehe *Giere* Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 43 ff. Zu den erschreckenden Folgen, vgl. *A. Steiner*, Zum Nazi und Sexisten in 24 Stunden, auf: FAZ.net, Artikel vom 24. März 2016.

<sup>109</sup> Siehe nur die Darstellungen zum sog. *Social Search* von Google bei *Emmer/Strippel*, in: Maireder/Ausserhofer/Schumann/Taddicken, Digitale Methoden in der Kommunikationswissenschaft, S. 280; *Giere*, ebd.

<sup>110</sup> Siehe US Patent 6,285,999. *PageRank* geht zurück auf die Google-Gründer S. Brin und L. Page, siehe nur *Brin/Page*, The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine. Vgl. ferner ausführlich zur Funktionsweise des *PageRank*-Algorithmus *Langville/Meyer*, *Google's PageRank and Beyond*, S. 31–114. Siehe ferner die Beschreibung weiterer Faktoren bei *Lischka/Stöcker*, Digitale Öffentlichkeit, S. 20 ff.

<sup>111</sup> *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 11; *ders./Hennemann*, JZ 2017, S. 643 nehmen dabei jeglichen von Meinungen geprägten Wettbewerb in den Blick.

<sup>112</sup> *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 323 f.; *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 34 f., S. 47; *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S. 36; *Paal/Hennemann*, ebd.; *B. Raue*, JZ 2018, S. 961; *Beaujean*, MMR 2018, S. 6.

Algorithmus des Dienstes. „Relevante“ Angebote werden dem Empfänger nahezu omnipräsent aufgebunden; als „irrelevant“ eingestufte Angebote zeitigen mangels Wahrnehmbarkeit regelmäßig keinen nennenswerten Einfluss auf gesellschaftliche Debatten, da sie allenfalls unter einem besonderen Rechercheaufwand gefunden werden können. Anzeigen, für die der Intermediär ein Entgelt erhält, werden von den Algorithmen als relevanter erachtet und höher gelistet als die unentgeltlichen Angebote.<sup>113</sup> Die Vermittlung seitens des Intermediärs ist also nicht wertneutral.<sup>114</sup> In der Folge findet eine Meinungsbildung auf Grundlage einer alle bestehenden Tendenzen berücksichtigenden Diskussion immer seltener statt. Bestimmte Ansichten können von vornherein und abhängig von der Meinungsmacht besonders stark in den Vor- oder Hintergrund gerückt werden. Die präsentierte Auswahl von Meinungsinhalten kann folglich die kommunikative Chancengleichheit einerseits und die Meinungsbildung der Rezipienten andererseits erheblich beeinträchtigen.<sup>115</sup> Es zeigt sich ein gegensätzliches Bild: Nutzer sind zur Meinungsbildung aufgrund der Angebotsfülle im Netz auf die intermediäre Hilfestellung für die Nutzer angewiesen, aber ihr zeitgleich auch ausgeliefert. Die effektive Kontrollmacht der Dienste über die Wahrnehmbarkeit von Medienangeboten birgt erhebliche Missbrauchsgefahren.<sup>116</sup> In der rundfunkrechtlichen Diktion des BVerfG lassen sich die Vermittler zumindest als wesentlicher „*Faktor der individuellen [...] Meinungsbildung*“<sup>117</sup> klassifizieren. Das algorithmisierte Filtern sowie sein bewusstes Ausnutzen verstärkt die Verbreitung von „Fake News“.<sup>118</sup>

*b) Filterblasen, Echokammern und Meinungspluralismus in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten*

Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste sind zentrale Ballungsräume für alle Kommunikations- und Medienformen. Sie werden von großen Teilen der Gesellschaft zur Informationsgewinnung genutzt. Dies führt vor dem Hintergrund der dort für jedermann offenen Kommunikation zwangsläufig zu einem informativischen Dilemma. Es besteht ein für den Nutzer undurchdringbares Informationsüberangebot wie im dezentralen Internet, wodurch die Fehleranfälligkeit bei der In-

<sup>113</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. 95 f. Rn. 248 ff.

<sup>114</sup> Zur problematischen Doppelrolle von Informationsintermediären siehe *B. Raue*, JZ 2018, S. 964.

<sup>115</sup> Vgl. *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 27.

<sup>116</sup> In diese Richtung schon BVerfGE 119, 181, 216 ff. Rn. 118 ff. – Rundfunkgebühren; *Schulz/Dankert*, ebd., S. 12; *Paal*, MMR 2018, S. 567; *ders./Hennemann* JZ 2017, S. 645; *J. Kreile*, ZUM 2017, S. 269. Anders hingegen *G. Nolte*, ZUM 2017, S. 562 f.

<sup>117</sup> Zitat galt ursprünglich dem Medium des Rundfunks, siehe BVerfGE 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen. Intermediäre sogar weitergehend als „*Medium und Faktor Meinungsbildung*“ be-greifend *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 7, siehe auch die Begründung auf S. 10 f.

<sup>118</sup> Vgl. *Guggenberger*, ZRP 2017, S. 101.

formationsverarbeitung gesteigert ist. Dem undurchsichtigen Informationsdickicht hilft der auf Nutzerpräferenzen basierende Filteralgorithmus ab. Die Präferenzen ergeben sich aus dem „prosumierenden“ Nutzerverhalten („Like“, „Share“, „Post“, „Tweet“, „Retweet“ etc.). Das eigene Verhalten bestimmt folglich implizit das präsentierte Konsumangebot im persönlichen „News Feed“. <sup>119</sup> Durch die Selektion gelangt der Nutzer grundsätzlich nur mit Ansichten und Informationen in Berührung, die mit seinen Werten korrespondieren. <sup>120</sup> Dadurch ist zwar die Übersichtlichkeit der Informationen erhöht. Die Kehrseite liegt jedoch in dem Entstehen sog. Filterkammern, in denen sich nur Nutzer gleicher Präferenzen befinden. Deshalb qualifizieren sich Filterblasen durch ihren primär einseitigen, unpluralen Meinungsbildungsprozess. <sup>121</sup> Die Präferenzfilter lassen nur Überschneidungen zu, wenn der Nutzer selbstständig Angebote anderer Tendenzen auswählt und konsumiert, was aufgrund der Wahrnehmungsverjüngung durch die Filter eine Minderheitserscheinung darstellt. Gebildete Blasen sind grundsätzlich non-permeabel. Eine Auseinandersetzung mit anderen Tendenzen erfolgt in der Regel nicht mehr; der Austausch mit Andersdenkenden ist gehemmt oder gar ausgeschlossen. Die gesellschaftliche Debatte versiegt.

Aufgrund der Eintönigkeit der Blasen wirken sie als eine Art Echoverstärker, weshalb sie auch als Echokammern bezeichnet werden. <sup>122</sup> Ideologisch Gleichgesinnte halten sich systeminduziert, segregiert in den geschlossenen Öffentlichkeiten auf, was zu geistiger Isolation und einer mangelnden Würdigungskompetenz der Nutzer hinsichtlich kundgegebener Inhalte führt. <sup>123</sup> Der produzierte Widerhall hat in den nach außen abgeschlossenen Entitäten einen besonderen Einfluss auf die gesellschaftliche Meinungsbildung: Erkennbar ist sowohl die Verfestigung von Werten bis hin zur Radikalisierung ins Extreme. <sup>124</sup>

<sup>119</sup> *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 10, zur Beeinflussung des Nutzerverhaltens über die von Unternehmen vorgenommenen Verhaltensanalysen, vgl. S. 11; *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 5; *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 12; *ders./Hennemann*, ZRP 2017, S. 76; *dies*, JZ 2017, S. 641 f., S. 644. Siehe zum Beitrag und dem Effekt der Medien auf die gesellschaftliche Wahrnehmung, *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, S. 176 ff., S. 183 f.

<sup>120</sup> *Vasu et al.*, ebd.; *Drexler*, ebd.; *Paal/Hennemann*, ebd., S. 643.

<sup>121</sup> In diese Richtung *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 43, S. 47, S. 62 ff.; *Guggenberger*, ZRP 2017, S. 98; *Paal/Hennemann*, ZRP 2017, ebd. Zur Überforderung der Nutzer durch ein mediales Überangebot *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 182 f., woraus sich als logische Konsequenz das Flüchten in eingrenzbar Räume wie den Filterblasen ergibt.

<sup>122</sup> Zum Begriff der Echokammer siehe *Drexler*, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 5 f.

<sup>123</sup> *Guggenberger*, ZRP 2017, S. 101.

<sup>124</sup> Vgl. *Kuhlmann/Trute*, GZS 2022, S. 115; *Paal/Hennemann*, JZ 2017, S. 645; *Dörr/Holznapel/Picot*, ZUM 2016, S. 927.



Diese Erscheinung legt auch den Grundstein dafür, dass sich Desinformation in den fragmentierten Öffentlichkeiten rasend schnell verbreiten kann, da sie im dortigen Nutzerumfeld glaubhaft erscheint.<sup>125</sup> Im Ergebnis scheinen die Blasen die mangelnde Nutzerfähigkeit zur Unterscheidung von inhaltlicher Wahr- und Falschheit im Internet noch zu potenzieren.<sup>126</sup> Der Algorithmus öffnet sinnbildlich Schubladen anhand der persönlichen Präferenzen des Nutzers, steckt Letzteren hinein und verschließt diese luftdicht. Deshalb wird vor allem den sozialen Netzwerken eine heimtückische Wirkung für demokratische Gesellschaften attestiert.<sup>127</sup> Diese Erkenntnis machen sich bestimmte gesellschaftliche, aber auch staatliche Kräfte – insbesondere aus dem Ausland – zunutze, und verwenden die Dienste gezielt als „*Vehikel zur Verbreitung von Verschwörungstheorien, Hass und Desinformationen*“<sup>128</sup>, um die Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozesse entsprechend der eigenen zumeist ideologischen Zielsetzung zu manipulieren. Das Enttarnen falscher Information (sog. Debunking)<sup>129</sup> ist in den Echokammern mangels pluralem Diskurs kaum möglich.

### c) Anonymität im Internet

Die Anonymität im Internet verstärkt die Verbreitung von falscher Information, da verbreitete Inhalte keinem erkennbaren Rechtsträger zugeordnet werden können. Die in sozialen Netzwerken bestehende Nutzerpflicht, sich unter der wahren Identität zu registrieren,<sup>130</sup> wird nicht immer eingehalten.<sup>131</sup> Dies schwächt die Position eines Geschädigten im Rahmen der rechtlichen Durchsetzung seiner Ansprüche.

<sup>125</sup> Paal/Hennemann, ZRP 2017, S. 77; Allcott/Gentzkow, JoEP 2017, S. 230. Ähnlich Vasu et al., Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 17.

<sup>126</sup> Zu diesem Umstand siehe Abschnitt „Zugang zu und Verwendung von Information als Eckpfeiler kognitiver Selektion“ unter Punkt B. III. 3.

<sup>127</sup> Vgl. Kuhlmann/Trute, GZS 2022, S. 115 m. w. N. Zum Problem der Wahrnehmungsverzerrungen in der Gesellschaft und der in sozialen Netzwerken auftretenden Echokammer-Effekte, Drexler, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 5 f.; ders., ZUM 2017, S. 529 ff.; Paal/Hennemann, JZ 2017, S. 641; Stark, MMR 2017, S. 722; Schultze, MMR-Aktuell 2017, 385445; Allcott/Gentzkow, ebd.; Vasu et al., Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 17.

<sup>128</sup> Kuhlmann/Trute, ebd. m. w. N. mit Beispielen der jüngeren Zeitgeschichte wie dem Nutzungsverhalten während des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine, der Corona-Pandemie und im Zusammenhang mit dem Sturm auf das Kapitol. Siehe auch Kühling, ZUM 2021, S. 461, S. 471 f.

<sup>129</sup> Vgl. Cook/Lewandowsky, The Debunking Handbook, S. 1; W.-D. Rühl, Measuring Fake News, S. 5, S. 10; anschaulich nachgewiesen auch durch Sänglerlaub, Überall Fake News?!, S. 11.

<sup>130</sup> Siehe Facebook, Ziffer 3.1. der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf Facebook.com. Implizit Twitter, Ziffer 1 und 2 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf Twitter.com, jetzt X.com.

<sup>131</sup> Vgl. Peifer, CR 2017, S. 811; B. Krause, NStZ 2016, S. 139; Caspar, ZRP 2015, S. 236.

Auch Ermittlungsbehörden haben Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer Person, die unter einem falschen Namen agiert. Die Nutzeranonymität führt zu einem „eklatanten [Rechts-] Vollzugsdefizit im Internet“<sup>132</sup>.

d) „Social Bots“

Trotz der Filterblasen können Nachrichten durch massenhafte Verbreitung, unter anderem durch Hinzuziehung künstlicher Meinungsmacher, sog. „Social Bots“ oder Trolle<sup>133</sup>, eine Art „Lawinen-Effekt“ auslösen und gleichsam das gesamte „Web“ überrollen.<sup>134</sup> Eine Vielzahl von Beiträgen in sozialen Netzwerken wird nicht mehr individuell verfasst, sondern automatisiert und massenhaft in verschiedensten Kanälen über Trolle kundgegeben.<sup>135</sup> „Bots“ sind von der menschlichen Kommunikation kaum zu unterscheiden, treten unter eigens für sie angelegten „Fake Profilen“ mit menschlichen Eigenschaften, einem glaubwürdigen Nutznamen und einem typischen Avatar oder Profilbild auf.<sup>136</sup> Sie nutzen über die vorprogrammierten Abläufe alle Funktionen, die auch dem realen Nutzer zur Verfügung stehen („Like“, „Share“, „Post“), und erwecken damit den Anschein des Menschseins, wodurch die automatisierte Verlautbarung die gleiche Wirkung und Suggestivkraft auf die Empfänger erlangt wie die Äußerung einer natürlichen Person.<sup>137</sup> Durch die lawinenartige Verbreitung einer Aussage kann es dazu kommen, dass oppositionelle Beiträge „echter“

<sup>132</sup> Drexler, MPIIC Research Paper No. 16 – 16, S. 17 f.; Vasu et al., Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 28; Pille, NJW 2018, S. 3546; f. Hofmann, JuS 2017, S. 713; Holznagel, MMR 2016, S. 20 f. Vgl. ferner B. Krause, ebd.; Caspar, ebd.; Dix, Begleitheft zum Deutschen Juristentag 2012, S. 73. Als zweischneidiges Schwert beschreibend Paal/Hennemann, ZRP 2017, S. 77 f.; dies., JZ 2017, S. 644, S. 647.

<sup>133</sup> Zur Entwicklung der Social Bots von 1966 bis 2018 (Eliza über Siri bis XiaoIce) und ihrer Einsetzbarkeit siehe Shum/He/Li, Frontiers of Information Technology & Electronic Engineering 19 (2018), S. 11–14.

<sup>134</sup> Vgl. Schulze, MMR-Aktuell 2017, 385445; Pennycook/Cannon/Rand, Implausibility and illusory truth, S. 6; Oft ist auch von einer (negativ konnotierten) „viralen Verbreitung“ die Rede, vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 6 m. w. N.; Holznagel, ZUM 2018, S. 19; Milker, ZUM 2017, S. 216 f.; Paal/Hennemann, ZRP 2017, S. 77; Waldrop, PNAS 2017, S. 12631.

<sup>135</sup> Milker, ebd., S. 216; Dankert/Dreyer, K&R 2017, S. 73 f.; Paal/Hennemann, JZ 2017, S. 644. Bei Twitter soll es im Jahr 2017 ca. 48 Mio. Bots-Profilen (ca. 15 % aller Nutzer) gegeben haben, vgl. M. Siegmann, Twitter: Bis zu 48 Mio. „Bot“-Profile, auf: heise.de, Artikel vom 13. März 2017. Zum Zusammenhang der Anzahl von Bots und der Nutzerfreundlichkeit des „Application Programming“ Interface (API) von Twitter sowie zum Begriff der API siehe Milker, InTer 2017, S. 204. Bei Facebook sind es laut Expertenschätzungen etwa 30–35 Mio. „Bot“-Profile (ca. 1,6 % aller Nutzer [2,2 Mrd.]) siehe Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 7.

<sup>136</sup> Milker, ebd.; Dankert/Dreyer, ebd., S. 75; Lewke, InTer 2017, S. 210. Ähnlich zur Wirkung auf den realen Nutzer auch Steinbach, ZRP 2017, S. 102; Egli/Rechsteiner, AJP/PJA 2017, S. 250.

<sup>137</sup> Egli/Rechsteiner, ebd. Zur erhöhten Glaubhaftigkeit nichtanonymer Äußerungen, vgl. BVerfGE 97, 391, 398 f. – Mißbrauchsvorwurf.



Nutzer verdrängt werden.<sup>138</sup> Dadurch wird der unzutreffende Eindruck einer gefestigten gesellschaftlichen (Mehrheits-)Meinung suggeriert.<sup>139</sup> Nutzer werden sich innerhalb ihres einseitigen sozial-gefilterten Umfelds seltener für abweichende Meinungen stark machen, so dass die künstliche Äußerung unwidersprochen verstärkt wird (sog. Schweigespirale oder *silencing effect*).<sup>140</sup> Dabei tauchen diese automatisierten Verbreitungstechniken aus empirischer Sicht besonders oft im Zusammenhang mit „Fake News“ auf.<sup>141</sup> Ihre massenhafte Präsenz in sozialen Medien erweckt den Anschein der Wahrheit desinformativer Inhalte, was sich auch auf den beschriebenen „Illusory Truth Effect“ zurückführen lässt. Technologien zum Enttarnen der „Bot“-Posts befinden sich noch in der Entwicklung.<sup>142</sup> Mittlerweile bestehen erste „Bots“, die – in geringer Weise – lernfähig sind.<sup>143</sup> „Bots“ können sich zu Armeen zusammenschließen und -wirken.<sup>144</sup> Das von den „Bots“ für die Meinungsbildung ausgehende Gefährdungspotential ist offenkundig.

*e) Ergebnis: Die Rolle von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten*

Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste bilden für den Großteil der Bevölkerung zwar zentrale, aber gleichsam auch trügerische, mitunter unausgewogene und damit gefährliche Informationsvehikel. Sie sind einerseits Segen, aber als Katalysator genannter Probleme andererseits auch Fluch für die freie Meinungsbildung.

<sup>138</sup> Paall/Hennemann, JZ 2017, S. 644; Milker, ZUM 2017, S. 217; Steinbach, ZRP 2017, S. 102; Dankert/Dreyer, K&R 2017, S. 78.

<sup>139</sup> Paall/Hennemann, ebd.; Milker, ebd., S. 216; ders., InTer 2017, S. 200; Dankert/Dreyer, ebd., S. 73; Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 9. Zu den sog. „Stille Post“-Effekten siehe D. Neufeld, Das Gerücht, in: Spiegel 6/2018, S. 52 ff. Ähnlich Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, ebd.

<sup>140</sup> Milker, InTer 2017, S. 200; Dankert/Dreyer, ebd. mit dem Hinweis auf das mögliche Entstehen einer Schweigespirale nach Noelle-Neumann, Öffentliche Meinung – Die Entdeckung der Schweigespirale, S. 59 ff. Paall/Hennemann, ebd.; Egli/Rechsteiner, AJP/PJA 2017, S. 250 f.

<sup>141</sup> KOM (2018) 236 endg., S. 6; Kühling, ZUM 2021, S. 471 f.; Milker, ebd.; ders., ZUM 2017, S. 220; Dankert/Dreyer, ebd.; Steinbach, ZRP 2017, S. 102; Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 4, S. 9.

<sup>142</sup> Siehe ausführlich Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, ebd., S. 13.

<sup>143</sup> Statt vieler Lewke, InTer 2017, S. 209 m. w. N.

<sup>144</sup> Milker, ZUM 2017, S. 216, dort auch zur künstlich-intelligenten Anschlussfähigkeit von Bots bis hin zum Zusammenschluss zu „Bot“-Armeen; Röttgen/Juelicher, DSRITB 2017, S. 228. Ein Tutorial zur Programmierung und Konfiguration dieser „Bot“-Programme gibt S. Frank, Ein Social Bot im Eigenbau (mit C#), auf: Frank-IT-Beratung.de, Video-Beitrag vom 15. Dezember 2016.

## 2. Verlust des Vertrauens in Qualitätsmedien

Die Omnipräsenz von Internetquellen führt dazu, dass die Gesellschaft sekundenaktuell informiert bleibt, was insbesondere die professionellen Medien vor besondere Herausforderungen stellt. Sie müssen hohe Klickzahlen mit ihren Telemedien erreichen, um profitabel zu agieren. Das können sie aber nur, wenn sie als eine der ersten Medienunternehmen über ein bestimmtes Ereignis berichten. Dabei sind die Medien im „Web“ miteinander verschränkt und dienen sich gegenseitig als Quellen. Trotz der medienrechtlichen Sorgfaltspflichten<sup>145</sup> kann es aus wirtschaftlichen Zwängen auch dazu kommen, dass Unwahrheiten publiziert werden, da sie ohne genauere Prüfung der Faktenlage schlicht repetiert werden; es entsteht eine Art kommerzgetriebener Sensationsjournalismus.<sup>146</sup> Journalisten beklagen selbst, dass häufig der Grundsatz der „*Schnelligkeit vor Gründlichkeit*“ gelte.<sup>147</sup> Dies senkt das gesellschaftliche Vertrauen in den Qualitätsjournalismus.<sup>148</sup>

Es entsteht dadurch zudem der Anschein, dass viele Medien gleiche, tendenziöse Inhalte publizieren, so dass der Verdacht von „*Meinungskartellen*“ im Raum steht.<sup>149</sup> Hohe Klickzahlen werden auch über gezielte Kommunikationsstrategien erreicht, um die Meldungen für die Rezipienten eingängig zu gestalten, wie beispielhaft durch das Verwenden reißerischer Titel, Komplexitätsreduktion, Emotionalisierung, Dramatisierung und Zuspitzung.<sup>150</sup> Auch in den sozialen Netzwerken, in denen Medien zur Maximierung der Breitenwirkung journalistischer Erzeugnisse publizieren, liegt ein weiterer Grund des sinkenden Vertrauens: In ihnen ist neben dem professionellen auch der Bürgerjournalismus weit verbreitet, ohne dass sich die Formen teils noch voneinander unterscheiden ließen. Dabei konvergieren auch die *Modi* von Konversation und Publikation. Berichterstattung und tendenziöse Veröffentlichungen lassen sich nur noch schwer unterscheiden. Das von Laien verfasste, regelmäßige tendenziöse Angebot beinhaltet im Vergleich zu klassischen Me-

<sup>145</sup> Vgl. bspw. § 19 Abs. 1 MStV (vorher § 54 Abs. 2 S. 1 und 2 RStV); § 1 Abs. 3 TMG, § 2 Abs. 6 TKG, sowie die Anordnungen der redaktionellen Sorgfaltspflicht in den Pressegesetzen der Länder, wie bspw. Art. 11 BayPrG, § 6 BbgPG, § 3 Abs. 2 BlnPrG, § 6 BremPrG, § 9 HPresseG *e contrario*, § 7 LMG, § 5 LPresseG M-V, § 6 NPresseG, § 6 PresseG BW, § 6 PresseG HH, § 5 PresseG LSA, § 6 PresseG NRW, § 5 PresseG SH, § 5 SächsPresseG, § 6 Abs. 2 SMG, § 5 TPG.

<sup>146</sup> So auch T. *Debenedetti* im Interview mit C. *Kitzler*, „Fake News als Kampfansage“, Artikel vom 23. April 2018. U. *Krüger*, APuZ 30-32/2016, S. 25. Ähnlich European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 28.

<sup>147</sup> Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Pressefreiheit in Deutschland, S. 9 f. (Studie aus dem Jahr 2014).

<sup>148</sup> Vgl. *Reuters Institute for the Study of Journalism*, Digital News Report 2017, S. 9, S. 20.

<sup>149</sup> U. *Krüger*, APuZ 30-32/2016, S. 23 f. m. w. N.

<sup>150</sup> Vgl. *McNair*, Fake News in Journalism, S. 44; *Diehl*, APuZ 2012, S. 20 zum Zusammenhang von populistischer Rhetorik zur maximierenden, medialen Breitenwirksamkeit, S. 21; *Leggewie*, Anti-Europäer, S. 95. Treffend als Symbiose von Massenmedien und Populismus beschreibend *Hartleb*, APuZ 2012, S. 24 ff.

dien nicht selten auch unverifizierte Fakten.<sup>151</sup> Die erschwerte Differenzierbarkeit professioneller und laienhafter Angebote gepaart mit kognitionswissenschaftlichen „Primacy Effects“ erhöhen die Skepsis in Qualitätsmedien, wodurch das Bedürfnis der Bevölkerung und einer faktenbasierten, differenzierten Berichterstattung zu sinken scheint.<sup>152</sup> Dieser Umstand erschwert die Differenzierung zwischen Wahr- und Unwahrheit zunehmend und verringert überdies den ökonomischen Anreiz von Investitionen in den Qualitätsjournalismus.<sup>153</sup> Die Abwärtsspirale des Qualitätsjournalismus ist unverkennbar.

### 3. Bedeutung für kommerzielle, erwerbswirtschaftliche Zwecke

Eine weitere Ausprägung des Phänomens bildet die Kommerzialisierbarkeit von „Alternativen Fakten“ im Internet.<sup>154</sup> Investitionen von Desinformationskampagnen zu Wahlzeiten dienen den Verbreitenden teils als grundständige Erwerbsquelle.<sup>155</sup> Dienstleistungsverträge werden gezielt zum Zwecke der systematischen Verbreitung bestimmter Falschnachrichten vereinbart. Dieses Modell eignet sich für die Einflussnahme von ausländischen Staaten.

### 4. Ergebnis: Die Bedeutung des Internets für die Verbreitung von „Fake News“

Das Internet spielt eine weichenstellende Rolle für die Verbreitung von „Fake News“. Es bildet ein grenzenloses Kommunikationsnetz, über das auf voraussetzungslose und anonyme Weise kommuniziert und auf die Meinungsbildung einer Vielzahl von Personen Einfluss genommen werden kann. Dabei spielen die besonderen Mo-

<sup>151</sup> Paal/Hennemann, JZ 2017, S. 641 f., S. 644.

<sup>152</sup> Vgl. Hülsen, Die Wut der klugen Köpfe, in: Spiegel 9/2018, S. 71 f.; U. Krüger, APuZ 30-32/2016, S. 22.

<sup>153</sup> Allcott/Gentzkow, JoEP 2017, S. 219; Siehe ferner auch zu den Vorteilen von Internetpublikationen Cagé, APuZ 30–32/2016, S. 30.

<sup>154</sup> Der werbeplatzeinräumende Telemedienbetreiber erzielt Entgelte entweder klickbasiert oder anhand der Besucherzahlen. Derjenige, der Desinformation in Werbeanzeigen verbreitet, erhält wiederum Erlöse durch den Besuch seiner Internetpräsenz oder das Klicken dort integrierter Werbeanzeigen. Siehe zu diesem System Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. 85 f. Rn. 208 f. Die Werbeplatzierung basiert auch auf von Agenturen betriebenen Werbenetzwerken, vgl. Google, AdSense, auf: Google.de; KOM (2018) 236 endg., S. 5; European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 15; McNair, Fake News in Journalism, S. 33, S. 44; Verstraetel/Bambauer/Bambauer, ALS Discussion Paper No. 17-15, S. 5 f. Ferner Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-003/17, S. 6. Nach Allcott/Gentzkow, JoEP 2017, S. 217 sind wirtschaftliche Interessen der primäre Grund für das Verbreiten von Fake News. Etwas anderes zeigt die Übersicht bei Wardle, Fake News, auf: FirstDraft, Artikel vom 16. Februar 2017; Sänglerlaub, Überall Fake News?!, S. 13. Zu den verschiedenen Werbesystemen, etwa zur sog. „Programmatic Advertising“, Hans/Ukrow/Knapp/Cole, Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, S. 45 ff.

<sup>155</sup> Vgl. European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), ebd.; Vasu et al., Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 9.

dalitäten der sozialen Medien, vor allem der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste, sowie die Möglichkeit, massenhaft synthetische Äußerungen produzieren zu lassen, eine prägende Rolle. Das bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizit im Internet lässt Abschreckungseffekte vor schädigenden Äußerungen kaum aufkommen. Auch das sinkende Vertrauen in die klassischen Medien bedingt eine höhere Durchschlagskraft der Desinformation. Die algorithmengesteuerte Wahrnehmbarkeit von Information tut dabei ihr Übriges: Durch sie wird der Nutzer einerseits befähigt, Informationen geordnet wahrzunehmen, aber andererseits durch geistige Isolation in den Filterkammern wiederum entfähigt, sie angemessen zu würdigen.

## **VI. Ergebnis: „Fake News“ als soziales Problem**

Die gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen offenbaren, dass die Grundlagen der kognitiven Informationsverarbeitung für die Verbreitung von „Fake News“ gezielt ausgenutzt werden. Dabei zeigt sich, dass die Gesellschaft nicht mehr primär an objektiven Fakten interessiert ist – es entsteht eine postfaktische Informationskultur. Diese Prädisposition macht „Fake News“ zu einem mittlerweile gefestigten, gesamtgesellschaftlichen Problem, das geeignet ist, alle diskursiven Prozesse nachhaltig zu untergraben. Dazu tragen die neuartigen Online-Kommunikationsbedingungen sowie der Vertrauensverlust in klassische Medien in besonderem Maße bei. Aus diesem Grund ist eine neue Betrachtung des rechtlichen Rahmens für die Verbreitung und Regulierung von Kommunikation angezeigt.

## **C. Verfassungsrechtliche Einordnung der Verbreitung von „Fake News“ und Verhalten im Zusammenhang mit Online-Kommunikation**

Zunächst soll die Verbreitung „Alternativer Fakten“ einer grundrechtlichen Einordnung unterzogen werden. Diese Frage stellt sich nicht zuletzt für ihren individualrechtlichen Schutz, sondern auch für die Frage ihrer Beschränkung. Die Verlautbarung von „Fake News“ stellt einen kommunikativen Akt dar, so dass die verfassungsrechtlichen Kommunikationsfreiheiten näher in den Blick zu nehmen sind. Dabei soll das Schutzgut der Kommunikationsgrundrechte anhand von (verfassungs-)historischen Entwicklungen sowie der freiheitsrechtlichen Dogmatik näher bestimmt werden. Im Anschluss werden die abstrakt durch die Rechtsprechung und Lehre herausgebildeten Maßstäbe für die materiellen Schutzbereiche von Meinungs- und Medienfreiheiten beleuchtet, bevor konkret der Frage nachgegangen wird, ob die Verbreitung von „Alternativen Fakten“ den genannten Schutzbereichen untersteht.

## I. Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne,

### Art. 5 Abs. 1 GG

Die im Grundgesetz festgelegten Kommunikationsfreiheitsrechte decken bereits dem Verfassungstext zufolge eine ganze Reihe von Kommunikationsformen ab. Kategorisch lassen sich die Grundrechte einteilen in Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne (Art. 5 Abs. 1 GG), im weiteren Sinne (Art. 8 f. GG) sowie solche Freiheiten, die Kommunikation mittelbar hervorrufen (Art. 5 Abs. 3 GG). Hier sollen allein erstere knapp beleuchtet werden.

Art. 5 Abs. 1 GG bildet die zentrale verfassungsrechtliche Abstützung der Kommunikationsgewährleistung. Er beinhaltet die fünf Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne. Hierzu gehören namentlich die nach klassischem Verständnis auf Individualkommunikation gerichtete Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, sowie die die Massenkommunikation sicherstellende Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit nach Satz 2. Aus den genannten, eng miteinander verzahnten Freiheiten kann abgeleitet werden, dass alle zur Kommunikation notwendigen Vorgänge geschützt werden sollen: Kommunikation soll erfolgen und zwar unabhängig von ihrem Verbreitungsmedium. Die Grundlage der Kommunikation ergibt sich generell aus den individualkommunikativen Grundrechten, die die Meinungsäußerung, aber auch die Informationsaufnahme<sup>156</sup> absichern. Mit ihnen wird der Prozess der Meinungsbildung angestoßen. Die Meinungsfreiheit stellt dabei das Hauptgut der in Art. 5 Abs. 1 GG niedergelegten Grundrechte dar; alle Kommunikationsgrundrechte verstärken sie im Ergebnis.<sup>157</sup> Die Massenkommunikationsfreiheiten sind vor allem auf den Schutz des medialen Verbreitungsprozesses von Meinungen und Informationen sowie des dafür erforderlichen institutionellen journalistischen Arbeitsbereiches gerichtet. Mit diesen Grundrechten soll eine freie Berichterstattung über positive wie negative Ereignisse, Gegebenheiten und Missstände sowie die Möglichkeit ihrer Kommentierung sichergestellt werden. Diese Grundrechte geben Anstoß zur Diskussion in allen die Gesellschaft wesentlich berührenden Fragen. Sie legen auch den Grundstein für den „transparenten“ Staat. Durch die Digitalisierung und Etablierung des durch soziale Medien geprägten „Mitmach-Webs“ samt seiner immer stärker konvergierenden Medienformen diffundieren die Grenzen der herkömmlich auf Massenkommunikation gerichteten Medienfreiheiten des Rundfunks und der Presse sowohl untereinander als auch im Verhältnis zu der ursprünglich auf Individualkommunikation gerichteten Meinungsfreiheit.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> Zur primär passiven Wirkweise der Informationsfreiheit, vgl. BVerfGE 27, 71, 81 – Leipziger Volkszeitung; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 5.

<sup>157</sup> In diesem Sinne ist auch der Begriff der „dienenden Freiheit“ für die Rundfunkfreiheit gemeint, vgl. BVerfGE 95, 220, 236 – Aufzeichnungspflicht; 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 197 – Fernsehwerbung; 83, 238, 295 f. – WDR; 74, 297, 323 f. – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 57, 295, 320 – FRAG; 12, 205, 227 – Deutschland-Fernsehen. Ebenso *Paulus*, ebd.

<sup>158</sup> Vgl. anschaulich Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542,

## II. Kommunikationsfreiheiten als „dienende Freiheiten“?

Mit der (Kurz-)Darstellung der Kommunikationsrechte im engeren Sinne ist jedoch noch nichts über das ihnen inhärente Schutzgut gesagt.<sup>159</sup> Freiheitsrechte sollen dem Einzelnen grundsätzlich die Möglichkeit einer weitgehenden Selbstverwirklichung bieten, ergo Schutz vor staatlichen Eingriffen in wesentlich hierzu dienenden Lebensbereichen.<sup>160</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG stellen die (Kommunikations-)Grundrechte zwar grundsätzlich subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat dar.<sup>161</sup> In seiner *Lüth*-Entscheidung erklärt es speziell für die Meinungsfreiheit zunächst, sie sei „*unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft*“.<sup>162</sup>

Jedoch hebt das Gericht im darauffolgenden Satz auch die Funktion der Meinungsfreiheit für die demokratische Ordnung hervor. Seit dieser Entscheidung nimmt es in ständiger Rechtsprechung für alle Kommunikationsgrundrechte an, sie seien „*für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung (...) schlechtbin konstituierend, denn [sie ermöglichen] erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist.*“<sup>163</sup> Mit anderen Worten: Eine Demokratie kann es ohne Kommunikationsfreiheiten nicht geben.

Das BVerfG postuliert mit seiner wechselseitigen Argumentationslinie eine Dualität von seiner Grundannahme der originär-abwehrrechtlichen Wirkrichtung, welche zuvorderst die kommunikative Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen ermöglichen soll, wodurch sich ein überindividueller Zweck, die Abstützung der De-

S. 11 ff. Siehe ausführliche *Kahl*, Elektronische Presse und Bürgerjournalismus; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 177 ff., S. 182 ff.; *Papier/Schröder*, epd medien 2010, S. 16 ff., S. 26 ff.

<sup>159</sup> Die Kommunikationsgrundrechte beinhalten um der Geschlossenheit des Kommunikationsschutzes willen ein einheitliches Schutzgut, siehe auch *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162, Rn. 14.

<sup>160</sup> *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 82, S. 90.

<sup>161</sup> Vgl. die ständige Rechtsprechung BVerfGE 7, 198, 204 f. – *Lüth*. Für die Versammlungsfreiheit BVerfGE 69, 315, 343 – *Brokdorf*.

<sup>162</sup> BVerfGE 7, 198, 208 – *Lüth* mit Verweis auf Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 sowie auf *Cardozo, Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 327 (1937), „*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*“. Zustimmend *Degenhart*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 33. Zur weiteren Leitgründen der Popularität der Entscheidung siehe *Wahl*, in: *Merten/Papier*, HbdGR I, § 19 Rn. 3 ff.

<sup>163</sup> Hervorhebungen durch den Verfasser. BVerfGE 93, 266, 292 f. – „Soldaten sind Mörder“; 76, 196, 208 f. – Werbeverbot für Rechtsanwalt; 62, 230, 247 – Boykottaufruf; 7, 198, 208 – *Lüth*. Für die Versammlungsfreiheit BVerfGE 69, 315, 344 f. – *Brokdorf*. Zustimmend *Paulus*, in: *Voßkuhle/Huber*, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 1, Rn. 286, Rn. 310, Rn. 399; *Schmidt-Jortzig*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdStR VII, § 162, Rn. 8 f.; *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5 Rn. 22. Rezipierend *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 90 ff.



mokratie durch eine sie tragende gesellschaftliche Meinungsbildung, realisiert.<sup>164</sup> Die faktische Verbundenheit individueller Meinungsäußerung und -bildung zu der gesellschaftlichen ist unverkennbar.

Abstellend auf diese demokratisierende Funktion wird den Kommunikationsgrundrechten von Stimmen der Literatur teilweise eine primär demokratisch-funktionale Bedeutung attestiert, indem sie teils als politische Grundrechte<sup>165</sup> oder als sog. „dienende Freiheiten“<sup>166</sup> bezeichnet werden. Bei diesen solle die objektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts überwiegen. Der einst vom BVerfG für den Rundfunk verwendete Terminus der „dienenden Freiheit“ wird dabei eigenständig interpretiert und teils auf alle Kommunikationsfreiheiten übertragen.<sup>167</sup> Danach sei die freie Kommunikation zuvorderst zum Zwecke der öffentlichen Meinungsbildung und im Dienste der überindividuellen Demokratie und nicht primär des Individuums wegen angeordnet.<sup>168</sup> Die objektive begrenze die subjektive Dimension des Grundrechts, so dass der Gesetzgeber auf Grund seiner Pflicht<sup>169</sup> zur gesetzlichen Absicherung der Möglichkeit der Verwirklichung grundrechtlich geschützter Verhaltensweisen die Schutzbereiche einschränkend primär auf die Absicherung der Demokratie ausgestalten dürfe.<sup>170</sup> Kommunikation wäre in der Verfassung damit primär um der Staatsform willen gewährleistet. Dies könnte auch für die Verbreitung von „Fake News“ relevant sein, da sie demokratische Entscheidungen beeinflussen können.

<sup>164</sup> Grimm, NJW 1995, S. 1698 spricht von „Doppelbegründung“. Kritisch Schmitt Glaeser, ebd., S. 99 ff.

<sup>165</sup> Vgl. schon die Überschrift „Politische und gemeinschaftsbezogene Grundrechte“ Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23; Rißner, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 196 Rn. 37; Gundel, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 198 Rn. 95 ff.; Dürig-Friedl, in: ders./Enders, Versammlungsrecht, Einleitung Rn. 2. So auch zu deuten Strejcek, in: Merten/Papier, HbdGR VII/1, § 198 Rn. 1, Rn. 7.

<sup>166</sup> Zum Begriff der „dienenden Freiheit“ siehe BVerfGE 83, 238, 295 f. – WDR. Anlass für dieses kommunikationsübergreifende Verständnis gaben die Ausführungen in BVerfGE 12, 205, 260 f. – Deutschland-Fernsehen.

<sup>167</sup> Siehe B. Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten, S. 141 m. w. N. Kritisch Schmitt Glaeser, AÖR 97 (1972), S. 99 ff. Darstellend Rupp, JZ 2001, S. 271 f., der diese Annahme aber im Ergebnis ablehnt, vgl. S. 276 f. Ebenso Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 2, Rn. 65. Paulus/Nölscher, ZUM 2017, S. 177; Fechner, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 79. Siehe auch Wahl, in: Merten/Papier, HbdGR I, § 19 Rn. 27. Speziell für die Rundfunkfreiheit hingegen Bloch, Meinungsvielfalt contra Medienmacht, S. 125, S. 135; Gröpl, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 56; Dörr/Holzmagell/Picot, ZUM 2016, S. 928; Badura, Bitburger Gespräche 2007, S. 9, S. 14.

<sup>168</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 87, 181, 198 – Fernsehwerbung, Hufen, in: Hill/Hufen/Müller/Ullmann, Meinungsfreiheit, S. 1, S. 3, S. 5; Bloch, ebd., S. 125; Badura, ebd., S. 9 m. w. N.; Jestaedt, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 21; Müller-Franken, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 21. Vgl. zu den allgemeinen Grundrechtslehren Bethge, VVDStRL 57 (1998), S. 7.

<sup>169</sup> Vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II, Rn. 213. Zu den terminologischen Schwierigkeiten siehe Schmitt Glaeser, AÖR 97 (1972), S. 97 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Hain, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Verfassungsrecht, Rn. 67 f., Rn. 125 ff.



Unabhängig davon, ob diese These zutrifft, bedarf es keiner näheren Erörterung, dass Medien besonders meinungsbildend sind. Der (unkörperliche) Rundfunk war in dem klassisch binären Mediensystem von Rundfunk und Presse durch seine hervorgehobene Wirkmacht gekennzeichnet, die sich über die Komponenten der Suggestivkraft, Breitenwirksamkeit und Authentizität definieren lässt. Nicht fern läge im Kontext der ubiquitären, konvergierenden Internetkommunikation der Schluss, dass diese Annahme – sofern sie richtig sein sollte – auch auf die Entäußerung aller Gedankeninhalte übertragen werden müsse, so dass auch der ursprünglich auf Individualkommunikation ausgerichteten Meinungsfreiheit nur diese Funktion im Verfassungsgefüge zukomme.<sup>171</sup> Unterstützend könnte herangezogen werden, dass auch das BVerfG einen meinungsbildenden Beitrag als Voraussetzung für den Schutz einer Aussage durch die Meinungsfreiheit verlangt.<sup>172</sup> Daraus ließe sich folgern, dass die klassischen Abwehrrechte zu Funktionsgrundrechten überformt wären.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Kommunikationsfreiheiten entsprechend der Darstellungen des BVerfG tatsächlich noch als primär subjektive Rechte des Einzelnen gegen den Staat anzusehen sind oder nur objektiv-demokratiefunktionale Güter im Staatsgefüge darstellen. Dies gilt es nun zu beantworten, da diese Charakterisierung Auswirkungen auf das grundrechtlich geschützte Verhalten zeitigt. Die Antwort soll anhand eines Kommunikationsmodells (1.) und der Rechtsprechung des BVerfG zu den Kommunikationsfreiheiten (2.) deduziert werden und hierauf bezogene Sicherungsinstrumente (4.) angesprochen werden.

### 1. Vereinfachtes Kommunikationsmodell

In der aus zwei Kommunikationsteilnehmern bestehenden Grundkonstellation nimmt ein Kommunikator eine aktive Kommunikationsleistung gegenüber dem Rezipienten vor, woraufhin Letzterer reagiert. Hierdurch entstehen Dialoge. Damit Diskurse entstehen, bedarf es wertender Aussageinhalte, da nur in diesem Fall ein Austausch über ihre Beweggründe möglich ist.<sup>173</sup> Voraussetzung einer jeden Aussage ist, dass sich der Äußernde seine Haltung zum jeweiligen Thema bereits gebildet hat. Dabei führt die zuerst erfolgende Meinungsäußerung auf der Kehrseite *de facto* zur Meinungsbildung des Rezipienten; Erstere fungiert regelmäßig als Grundlage der Letzteren. Mir ihr wird der Anstoß für Meinungsäußerungen des Empfängers und damit zu einer offenen Debatte gegeben.<sup>174</sup>

<sup>171</sup> So bereits *Hufen*, in: Hill/Hufen/Müller/Ullmann, Meinungsfreiheit, S. 1, S. 3, S. 5, S. 24. Etwas zurückhaltender *Burmeister*, in: ders., FS Stern, S. 835.

<sup>172</sup> BVerfGE 90, 241, 248 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 f. – Wahlkampf. Vgl. auch BVerfGE 85, 23, 31 – rhetorische Frage; 65, 1, 41 – Volkszählung. Siehe auch *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 81.

<sup>173</sup> Vgl. schon BVerfGE 7, 198, 210 – Lüth; *Häntzschel*, in: Thoma/Anschütz, HbdtStR II, S. 655.

<sup>174</sup> *Paulus*, ebd., Rn. 5; *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, HbdtStR III, § 38 Rn. 3, Rn. 28 f.

Global betrachtet dürfen aber nicht bloß rein duale Gesprächskulturen einbezogen werden. Vielmehr muss auch die besonders meinungsprägende, mediale Verbreitung von Gedankeninhalten in den Blick genommen werden (sog. *One-to-Many-Kommunikation*)<sup>175</sup>. Auf ihrer Grundlage bilden sich ihre Rezipienten eine Meinung und melden sich damit wiederum zu Wort, wodurch Debatten angestoßen werden können. Im kommunikationsermöglichenden „Mitmach-Web“ entsteht häufig sogar eine gesellschaftsdynamische Kommunikation unter vielen Akteuren (sog. *Many-to-Many-Kommunikation*)<sup>176</sup>.

„Zielwert“ der Kommunikation ist mithin grundsätzlich die Meinungsbildung von Rezipienten. Unabhängig davon, in welchem Bezugsrahmen der den Anstoß bildende individuelle Kommunikationsakt gesetzt wurde, kann er einen gesamtgesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess in Gang setzen, an deren Ende die öffentliche Meinung steht.

## 2. Die „dienende Freiheit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Vor diesem praktischen Hintergrund fragt sich, was das BVerfG mit dem Terminus des „dienenden Grundrechts“ tatsächlich gemeint hat.

### a) Ausgangspunkt: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“

Die Wortschöpfung geht auf Entscheidungen des BVerfG im Zusammenhang mit der Rundfunkfreiheit zurück.<sup>177</sup> Das Gericht erklärte, dass das Grundrecht der freien Meinungsbildung diene, zu deren Absicherung es einer durch den Rundfunkgesetzgeber ausgestalteten positiven Rechtsordnung bedürfe.<sup>178</sup>

Daraus leitet sich das teilweise vertretene Verständnis ab, der Rundfunk komme nur die Funktion zu, dem Prozess der gesellschaftlichen, demokratischen Meinungsbildung zu dienen, so dass er nur zum Zwecke der demokratischen Gesellschaft überindividuell und nicht um des Einzelnen willen geschützt sei.<sup>179</sup> Die vom Rundfunkgesetzgeber auszugestaltende positive Rechtsordnung veranschauliche die Indienstnahme dieser Freiheit für nicht notwendigerweise subjektive Zwecke be-

<sup>175</sup> Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542, S. 12.

<sup>176</sup> Ebd.

<sup>177</sup> BVerfGE 87, 181, 197 – Fernsehwerbung; 83, 238, 295 f. – WDR. Diese Terminologie hat das Gericht augenscheinlich in Senats- als auch Kammerentscheidungen seit der Entscheidung BVerfGE 95, 220, 236 – Aufzeichnungspflicht aus dem Jahr 1997 aufgegeben.

<sup>178</sup> BVerfGE 95, 220, 236 – Aufzeichnungspflicht; 83, 238, 295 f. – WDR. Implizit vorher schon BVerfGE 57, 295, 319 f. – FRAG; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>179</sup> Vgl. *Dörr/Holzsnagel/Picot*, ZUM 2016, S. 928 m. w. N.; *Badura*, Bitburger Gespräche 2007, S. 9 m. w. N., S. 14; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 21; *Burmeister*, in: ders., FS-Stern, S. 835, S. 850 ff. *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 21; vgl. zu den allgemeinen Grundrechtslehren auch *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 7. Ablehnend *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 177; *Hain*, Bitburger Gespräche 48 (2007), S. 21 ff.

reits auf Schutzbereichsebene.<sup>180</sup> Diese Deutungen müssen indes kritisch hinterfragt werden. Denn das BVerfG erklärte in seinen Entscheidungen grundsätzlich, dass die Rundfunkfreiheit individuelle Rechte begründet und folglich die Selbstverwirklichung des Einzelnen absichert.<sup>181</sup>

#### aa) Freiheitsrechtliche Implikationen des Grundgesetzes

Den Grundstein der freiheitlichen Selbstentfaltung des Einzelnen legt das Grundgesetz mit der nach Art. 1 Abs. 1 GG in ihrem Kernbereich unantastbaren Menschenwürde.<sup>182</sup> Würde die persönliche Selbstentfaltung nicht in den Kernbereich fallen, könnte der Staat diese „Freiheit“ grundsätzlich positiv definieren und an Voraussetzungen knüpfen. Grundrechtlich geschützte Verhalten wären dann nicht mehr zu verstehen als „Freiheit vom“, sondern als „Freiheit durch den Staat“. „Frei“ wäre nur, wer sich konform zu den staatlichen Vorgaben verhielte, was äußere Zwänge begründen würde und folglich keinem tatsächlichen „Freisein“ entspräche.<sup>183</sup> Das Schutzziel der Freiheitsrechte, staatliche Eingriffe in wesentliche, der weitgehenden Selbstverwirklichung des Individuums dienende Lebensbereiche zu verhindern, das sich auch in den grundrechtlichen Schrankenvorbehalten offenbart, wäre dadurch *ad absurdum* geführt und missbrauchsanfällig gemacht.<sup>184</sup> Freiheitsrechte markieren folglich die Freiheit vom Staat: Der verfassungsrechtliche Freiheitsbegriff ist daher ein „negativer“.<sup>185</sup> Denn nur er ermöglicht die Entscheidung jedes Grundrechtsträgers darüber, ob er sich seiner Grundrechte positiv betätigt oder sich spiegelbildlich in negativer Weise schlicht enthält.<sup>186</sup> Seine individuelle Freiheit ist in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes sowohl der legitimierende Grund staatlicher Gewalt als auch ihre machtbegrenzende Grenze.<sup>187</sup> Schließlich ist „[...] der Staat [...] von Menschen gemacht. Darum ist der Mensch nicht um des Staates willen da, sondern der Staat um des Menschen willen.“, wie es bereits Art. 1 der Herrenchiemseer Entwürfe zum Grundgesetz zunächst vorsah.

Gerade auch deshalb liegt die primäre Grundrechtsfunktion in der Abwehr des Staates. Diese Funktion wird durch die zwei wesentlichen, sich wechselseitig bedingenden Grundrechtskomponenten, der subjektiv- und objektiv-rechtlichen

<sup>180</sup> *Burmeister*, ebd., S. 852. Vgl. hierzu auch *Hain*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Verfassungsrecht, Rn. 67 ff., Rn. 125 ff.

<sup>181</sup> BVerfGE 57, 295, 319 – FRAG.

<sup>182</sup> Als „Wurzel aller Grundrechte“ beschreibend, BVerfGE 93, 266, 293 – „Soldaten sind Mörder“. Zur Unantastbarkeit des Kernbereichs siehe BVerfGE 6, 32, 41 – Elfes. Kritisch zur Ableitung aller Grundrechte aus der Menschenwürde und der bloß rein deklaratorischen Anordnung der Grundrechte *Nettesheim*, JZ 2019, S. 3 f.; *ders.*, JZ 2016, S. 427 f.

<sup>183</sup> Vgl. *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 33 Rn. 6.

<sup>184</sup> *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 82, S. 90. Vgl. ferner BVerfGE 128, 300, 324 – Wunsiedel; 80, 137, 152 f. – Reiten im Walde; 6, 32, 36, 41 – Elfes.

<sup>185</sup> *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 33 Rn. 7.

<sup>186</sup> In diese Richtung *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 38 Rn. 11.

<sup>187</sup> Vgl. *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 33 Rn. 8 m. w. N.

Dimension, abgesichert.<sup>188</sup> Die subjektiv-rechtliche Dimension<sup>189</sup> sichert den positiven Anspruch gegen den Staat,<sup>190</sup> die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension verpflichtet Letzteren zudem, die grundrechtliche Selbstverwirklichung bestmöglich sicherzustellen.<sup>191</sup> Letzteres begründet vor dem Hintergrund der originär-grundrechtlichen Abwehrfunktion auch die Pflicht des Staates zum Unterlassen von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen.<sup>192</sup> Diese Grundsätze zeigen bereits, dass der Grundrechtsschutz zweckfrei, vom Staat unabhängig ist.

#### bb) Kommunikationsfreiheitsrechtliche Implikationen

Speziell für die Kommunikation bedeutet das negative Freiheitsverständnis die Freiheit des Einzelnen, sagen zu können, was er denkt oder sich dessen zu enthalten. Denn auch die Kommunikations- und Diskurskultur geht allein auf die individuelle Selbstbestimmungsfreiheit des Grundrechtsträgers zurück; er soll sich in und durch Kommunikation frei verwirklichen können. Das Individuum muss folglich frei über Inhalte entscheiden können und nicht zwingend demokratische Zusammenhänge erörtern. Diese Maßgaben werden durch die originär-abwehrrechtliche Wirkrichtung der Grundrechte, die der Grundrechtsträger subjektiv-rechtlich dem Staat entgegenhalten kann, sichergestellt. Abgesichert wird diese Wirkung ferner durch die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension, nach der der Staat sicherstellen muss, dass jeder Grundrechtsträger seine Meinung auch wirklich äußern kann und nicht an inhaltliche Vorgaben gebunden ist oder aufgrund möglicher einschneidender Restriktionen davor zurückschreckt. Dies ermöglicht neben den frei wählbaren Inhalten, dass ein Jeder das grundrechtlich geschützte Kommunikationsverhalten auch tatsächlich positiv wahrnimmt. Dies sichert auch die staatliche Enthaltensamkeit im Bereich des Kommunikationsprozesses: Er muss staatlich unangetastet, also staatsfrei<sup>193</sup>, bleiben und darf weder beeinflusst noch gehemmt werden. Staatliche

<sup>188</sup> Vgl. ständige Rechtsprechung des BVerfG, grundlegend BVerfGE 57, 295, 319 f. – FRAG; 7, 198, 208 – Lüth. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 2.

<sup>189</sup> Zur Statuslehre *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 81. Grundsätzlich bestehen drei Stati. Zum *status negativus*, siehe Seite 81, zum *status positivus*, siehe S. 82, 109 ff., zum *status activus* siehe S. 82, 129 ff. *Jellinek* teilt die Grundrechte genaugenommen in vier Stati und begreift den *status subiectionis* als passiven Status des Einzelnen, an dem sich die Reichweite der drei anderen Statusrechte bemessen, vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 81. Dieser Status stellt einen Verstoß gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 AEMR) dar und ist deshalb verfassungs- und menschenrechtswidrig. Zu Versuchen der Erweiterung der klassischen Status-Lehre siehe, *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 86; *Brugger*, in: K-A-S, Vom Recht, das mit uns geboren ist, S. 238 f.

<sup>190</sup> *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung, S. 42.

<sup>191</sup> Vgl. ständige Rechtsprechung des BVerfG, BVerfGE 121, 317, 356 – Rauchverbot in Gaststätten; 56, 54, 78 – Fluglärm; 39, 1, 42 – Schwangerschaftsabbruch; BVerfG NJW 2010, 1943, 1945.

<sup>192</sup> *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung, S. 42.

<sup>193</sup> So auch *Paulus* für den Rundfunk in seiner abweichenden Meinung, BVerfGE 136, 9, 60 ff. – ZDF-Staatsvertrag; in diese Richtung auch noch BVerfGE 73, 118, 182 ff. – Landesrundfunk-

Akteure dürfen keinen Wahrheitsanspruch erheben, indem sie vorgeben, im Besitz der Erkenntnis über die Selbstbestimmung des Menschen, der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls zu sein.<sup>194</sup> Erst wenn der Staat seinen Bürgern die Freiheit lässt, von ihnen hinterfragt zu werden, können sich demokratische Effekte einstellen.

Insofern verhilft die objektiv-rechtliche Dimension der subjektiven Komponenten einer freien Kommunikation zu ihrer Entfaltung und nicht anders herum.<sup>195</sup> Hierdurch wird ein ungehinderter Kommunikationsprozess ermöglicht, der nach dem oben beschriebenen Kommunikationsmodell auch zur gesellschaftlichen Meinungsbildung führt.

Kommunikationsgrundrechte geben mithin jedem Einzelnen die Macht, seinem Ärger, aber ebenso seiner Zufriedenheit Ausdruck zu verleihen. Nach *Smend* ist Kommunikation daher ein „*Stück sittlich notwendiger Lebensluft für den Einzelnen, die Wahrheit sagen zu dürfen*“.<sup>196</sup> Dem Wortlaut des Art. 11 der (französischen) Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 zufolge ist die Meinungsfreiheit „*eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt*“.<sup>197</sup> Mit ihrer inhaltlichen Freiheit stellen Kommunikationsgrundrechte „*das Grundgerüst, die unabdingbare Bedingung nahezu jeder Freiheit*“<sup>198</sup> dar und sind damit konstitutiver Bestandteil der grundrechtlich negativen Freiheitskonzeption.<sup>199</sup> Sie dienen zunächst der subjektiven Selbstverwirklichung.

Auch die historische Perspektive auf die Kommunikationsgrundrechte bestätigt diese Annahme. Dies ergibt sich vor allem aus ihrer Geburtsstunde der durch die Abkehr von einem absolutistischen hin zu einem demokratischen Herrschaftssystem geprägten Aufklärung<sup>200</sup> samt der in ihr überwiegend entwickelten demokratischen Staatstheorien, die die kommunikative Selbstentfaltung des Einzelnen sichern

---

gesetz Niedersachsen; 57, 295, 320 – FRAG; 31, 314, 329 – Tätigkeit der Rundfunkanstalten; 12, 205, 263 – Deutschland-Fernsehen. Jetzt hingegen nur noch „Staatsferne“ verlangend BVerfGE 139, 9, 33 – ZDF-Staatsvertrag.

<sup>194</sup> *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 16, S. 18.

<sup>195</sup> *Anders Wahl*, in: Merten/Papier, HbdGR I, § 19 Rn. 27.

<sup>196</sup> *Smend*, VVDStRL 4 (1928), S. 50.

<sup>197</sup> Art. 11 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789: „La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme [...]“.

<sup>198</sup> *Cardozo*, *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 327 (1937), „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“.

<sup>199</sup> *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 33 Rn. 38.

<sup>200</sup> *Brugger*, *Der Staat* 46 (2007), S. 515; *Pieroth*, in: Merten/Papier, HbdGR II, § 25 Rn. 2, Rn. 36; *Hufen*, ebd., § 2 Rn. 2, § 25 Rn. 1; *Würtenberger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdGR I, § 2 Rn. 1. Zur Vorgeschichte vgl. *Fikentscher*, in: ders./Heitmann/Isensee/Kriele/Lubkowitz/Scholz, Wertewandel – Rechtswandel, S. 125, der die Niederlande und ihrer verfassungsgebenden Dodrechter Ständeversammlung vom 17. Juli 1572 als Urheber der Kommunikationsgrundrechte ansieht.

sollten<sup>201</sup> und den ersten Grundrechtskatalogen<sup>202</sup>, sowie aus den überlieferten, nachfolgenden Verfassungsdokumenten bis heute und den in ihnen eingeflossenen Negativverfahren.<sup>203</sup>

### cc) Übertragung der Grundsätze auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Ausführungen zeigen, dass der Begriff der „dienenden Freiheit“ für sich genommen ein mit den Freiheitsrechten unvereinbares *Paradoxon* darstellt: Entweder kann der Grundrechtsträger zweckfrei agieren, was dem im Grundgesetz angelegten negativen Freiheitsverständnis entspricht, oder er muss einem bestimmten Zweck dienen, was ein positiv-illiberales Freiheitsverständnis widerspiegelt. Die Verwendung des Begriffs „Freiheit“ vonseiten des Gerichts wäre inkonsequent, wenn er in diesem Kontext etwas anderes bedeuten sollte und ihm in der Folge eine bloß abgeschwächt abwehrende Funktion zukommen würde.<sup>204</sup> Das Gericht verwendet den Begriff vielmehr bewusst, um einerseits zu verdeutlichen, dass die Ausübung der Rundfunkfähigkeit allein in den Händen des Grundrechtsträgers liegt und diese Tätigkeit die Meinungsäußerung des Veranstalters verstärkt. Andererseits zeigt das Gericht damit auch die kausale und funktional-zweckmäßige Ausstrahlungswirkung der Tätigkeit – deren Zwecksetzung aber grundsätzlich beim Veranstalter liegt – auf die Meinungsbildung der Rezipienten, dem Zielwert der Kommunikation, auf. Daraus ergibt sich indes keine Entwertung einer subjektiven Grundrechtsposition

<sup>201</sup> *Baruch de Spinoza*, Theologisch-Politischer Traktat, S. 7, S. 439, S. 441 ff., S. 453 f.; *J. Locke*, Second Treatise on Government, Chapter VIII Nr. 97 ff., Chapter IX, Nr. 129 ff., Chapter X Nr. 132 f., Chapter XII, Nr. 143 ff.; Chapter XIX, Nr. 230, *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, S. 481, S. 484 ff., S. 492; *ders. Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, S. 264 ff. Mit Ausnahme von *T. Hobbes*, Leviathan, Kap. 10 S. 41 ff., Kap. 15, S. 71 ff., Kap. 19 S. 94 ff.

<sup>202</sup> Bill of Rights (1776/1791) und Französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1789), vgl. *Würtenberger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdGR I, § 2 Rn. 1; *Hufen*, Staatsrecht II, § 2 Rn. 7 ff., § 25 Rn. 1.

<sup>203</sup> § 143 der Frankfurter Paulskirchenverfassung von 1848/49. Zu den negativen Entwicklungen im Konstitutionalismus (zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) siehe nur *Hufen*, Staatsrecht II, § 2 Rn. 1, Rn. 16; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte<sup>26</sup>, § 2 Rn 31 ff.; Art. 118 WRV sah erstmals einen einheitlichen Kommunikationsrechtsschutz für die Meinungs- und Pressefreiheit vor; siehe hingegen Art. 48 Abs. 2 WRV und *Hufen*, ebd., Rn. 16, § 25 Rn. 1. Zur mangelnden Polizeifestigkeit der Kommunikationsgrundrechte siehe *Thoma*, in: Triepel, Festgabe für das Preußische OVG, S. 196; *Schmitt*, in: Anschütz/Thoma, HbdStR II, S. 576 f.; *Gusy*, ZnRG 1993, S. 174. Siehe zum Verhältnis von Bürger und Staat nach dem Grundgesetz nur Art. 1 HChE. Zur Entstehung des Grundgesetzes als Gegenentwurf zur Willkür- und Gewaltherrschaft, BVerfGE 128, 300, 127 f. – Wunsiedel; *Doemming/Fußlein/Matz*, in: Häberle, JöR 1951, S. 42 f., S. 47; *Pieroth*, in: Merten/Papier, HbdGR II, § 25 Rn. 1 f., Rn. 15, Rn. 21; *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung, S. 25 f. m. w. N.

<sup>204</sup> Vgl. *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 33 Rn. 6 f.



zu einer bloß objektiven.<sup>205</sup> Die Rundfunkfreiheit dient der Meinungsbildung in umfassender Weise.<sup>206</sup> Dabei stellt die (freie) Meinungsbildung eines Dritten ein in der Meinungsfreiheit inkludiertes Gegenrecht<sup>207</sup> zu den Äußerungsrechten in Art. 5 Abs. 1 GG dar, für das der Gesetzgeber aufgrund der objektiven Gewährleistungsdimension eine Schutzverpflichtung trägt.<sup>208</sup> Diese zu erfüllen, ist Frage der Beschränkung eines Äußerungsrechts, nicht seines Schutzbereiches.

Die „Dienlichkeit“ muss zudem vor dem Hintergrund der früher bestehenden Sondersituation des Rundfunks verstanden werden.<sup>209</sup> Denn früher bestand eine Frequenzknappheit: Diese bedingte die Knappheit der Grundrechtsvoraussetzungen und damit eine mangelnde Konkurrenz am Markt, wodurch sich wiederum eine Gefahr für die freie Meinungsbildung in Form von Meinungsmonopolen ergab.<sup>210</sup> Deshalb bedurfte es zunächst einer institutionellen Abstützung der Grundrechtsausübungsmöglichkeiten, die in Form von Rundfunkanstalten als „grundrechtsdienende Körperschaften“ geschaffen wurde.<sup>211</sup> Diese besondere Lage dürfte bereits seit Eröffnung des dualen Rundfunksystems im Jahre 1984 als überkommen gelten; nunmehr jedenfalls aber durch den alle Lebensbereiche umspannenden Digitalisierungsprozess. Gleichwohl besteht heute wie damals dieselbe Wirkmacht des Rundfunks: Mit ihm können Inhalte breitenwirksam an große Teile der Gesellschaft, authentisch, sekundaktuell und aufgrund seiner Audiovisualität in besonders suggestivkräftiger Weise verbreitet werden.<sup>212</sup> Er ist schlechthin besonders meinungsprägend und daher richtigerweise sowohl „*Medium*“ als auch „*Faktor*“ der Meinungsbildung.<sup>213</sup> Wie sehr eine

<sup>205</sup> Vgl. BVerfGE 57, 295, 320 – FRAG. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 171.

<sup>206</sup> BVerfGE ebd., S. 319 – FRAG; 35, 202, 222 f. – Lebach; 31, 314, 326 – Tätigkeit der Rundfunkanstalten; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>207</sup> Siehe Abschnitt „Meinungsbildung“ unter Punkt C. III. 2. a) cc).

<sup>208</sup> Ständige Rechtsprechung des BVerfG, BVerfGE 121, 317, 356 – Rauchverbot in Gaststätten; 115, 118, 152 – Flugsicherheitsgesetz; 92, 26, 46 – Zweitregister; 56, 54, 78 – Fluglärm; 39, 1, 42 – Schwangerschaftsabbruch; BVerfG NJW 2010, 1943, 1945.

<sup>209</sup> In diese Richtung auch *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), GG, Art. 5 Rn. 81 ff.; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 177.

<sup>210</sup> Siehe zur Sondersituation insbesondere BVerfGE 57, 295, 322 ff. – FRAG; 31, 314, 325 ff. – Tätigkeit der Rundfunkanstalten; 12, 205, 261 f. – Deutschland-Fernsehen; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG, I Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 171; *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 2, Rn. 97, Rn. 99. Siehe ferner EGMR, Entscheidungen vom 24. November 1993, Nr. 13914/88, Nr. 15041/89, Nr. 15717/89, Nr. 15779/89, Nr. 17207/90, Rn. 39 ff. – Informationsverein Lentia u. a. ./ Österreich.

<sup>211</sup> Siehe näher *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 178 f.

<sup>212</sup> Siehe nur BVerfGE 119, 181, 214 f. – Rundfunkgebühren; 114, 371, 387 – Kabelgroschen; *Hoffmann-Riem*, AöR 137 (2012), S. 524; *Möllers/Zwifflboffer*, MMR 2015, S. 162. Zur empirisch-medienwissenschaftlichen Suggestivkraft audiovisueller Angebote, siehe *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S. 19 f., S. 28 f.

<sup>213</sup> Ständige Rechtsprechung BVerfGE 74, 297, 323 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 59, 231, 257 f. – WDR; 57, 295, 319 f. – FRAG; 35, 202, 222 – Lebach; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

unregulierte, staatliche Rundfunkfähigkeit die gesellschaftliche Meinung verzerren und sogar instrumentalisieren kann, wurde im Dritten Reich demonstriert.<sup>214</sup> Um die Gefahren, beispielsweise eine bloß einseitige Meinungsbildung, abzuwenden, muss der Gesetzgeber zugunsten der freien Meinungsbildung eine positive Rundfunkordnung erschaffen, welche die Meinungsvielfalt institutionell abstützt.<sup>215</sup> Anders als auf dem Pressemarkt stellt sich Letztere nicht von selbst her; es besteht auch weiterhin eine erhöhte Gefahr eines meinungsverzerrenden Marktversagens.<sup>216</sup> Dieser Umstand ermöglicht jedoch keine Indienstrafnahme des Rundfunks für vom Staat vorgegebene Zwecke, sondern soll im Gegenteil gerade vor einer solchen schützen.<sup>217</sup> Die Rundfunkfreiheit ist zwar ausgestaltungsbedürftig,<sup>218</sup> jedoch bezieht sich diese Bedürftigkeit bloß auf ihre institutionelle Ausgestaltung, nicht auf die Verkürzung ihrer subjektiven Freiheit. Es steht damit weiterhin die individuelle Selbstentfaltung des Grundrechtsträgers im Rahmen der Rundfunkfähigkeit im Vordergrund, deren Zielwert grundsätzlich die Meinungsbildung ist: Sie ist einerseits die verfassungsrechtliche Aufgabe der Medien, andererseits potentiell kollidierendes Gegenrecht von Dritten, was bei der Ausgestaltung der positiven Rechtsordnung in den Blick zu nehmen ist. Subjektive Beschränkungen müssen sich am Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG und den Schranken-Schranken, vor allem der Verhältnismäßigkeit, messen lassen.<sup>219</sup> Andernfalls würden auch Inkongruenzen zur Dogmatik zu Art. 10 EMRK entstehen.<sup>220</sup>

<sup>214</sup> Vgl. *Pohle*, Der Rundfunk als Instrument der Politik, S. 42 ff., S. 118 ff., S. 124.

<sup>215</sup> In diese Richtung schon BVerfGE 121, 30, 53 – Hessisches Privatrundfunkgesetz; 90, 60, 88 – Rundfunkgebühren; 57, 295, 322 – FRAG; 31, 314, 327 ff. – Tätigkeit der Rundfunkanstalten.

<sup>216</sup> Vgl. BVerfGE 136, 9, 28 Rn. 31 – ZDF-Staatsvertrag; 90, 60, 90 – Rundfunkgebühren; 74, 297, 325 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 73, 118, 158 f. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 193 f.

<sup>217</sup> Ausdrücklich BVerfGE 97, 228, 266 f. – Kurzberichterstattung: „*Dabei muß der Gesetzgeber einestils Vorsorge dafür treffen, daß der Rundfunk seine Funktion unbeeinflusst von jeglicher Indienstrafnahme für außerpublizistische Zwecke, seien sie politischer oder ökonomischer Natur, erfüllen kann*“.

<sup>218</sup> Siehe auch den identischen Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG zur Eigentumsgarantie in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Eine Ausgestaltungscompetenz folgt hingegen nicht aus Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK, vgl. EGMR, Urteil vom 5. November 2002, Nr. 38743/97, Rn. 33 – *Demuth* ./ Schweiz. Anders hingegen noch EKMR, Entscheidung vom 1. März 1982, Nr. 9297/81, DR 28, 204, 206 – *Association X.* ./ Schweden.

<sup>219</sup> *H. H. Klein*, Der Staat 10 (1971), S. 164 f.; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 64 m. w. N., Rn. 66, Rn. 191; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), GG, Art. 5 Rn. 20, Rn. 81 ff.; *Hain*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Verfassungsrecht, Rn. 67 ff., Rn. 125 ff. Vgl. zur Ausgestaltung BVerfGE 57, 295, 322 f. – FRAG; 73, 118, 157; *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 121 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig I, Art. 5 Rn. 50; Siehe zur Differenzierung von Eingriff und Ausgestaltung *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 96 ff.; *Mager*, Einrichtungsgarantien, 262 f. In diese Richtung wohl auch *Kühling*, ebd.

<sup>220</sup> So auch ebd.



Die Verfechter der „dienenden Freiheiten“ im Sinne einer überwiegenden objektiv-rechtlichen Dimension betrachten die Grundrechte nur hinsichtlich ihres möglichen Effekts, einer hinzugedachten Verfassungserwartung.<sup>221</sup> Sie reißen die Aussagen des BVerfG teils aus dem Zusammenhang und extrahieren sie versatzstückartig in die eigene Argumentation, so dass im Ergebnis ein Funktionsgrundrecht entsteht.

Die Betrachtung darf jedoch nicht die grundsätzliche Wertentscheidung der Grundrechte außer Acht lassen. Das Hineinlesen einer Erwartung oder eines „überindividuellen“ Zwecks<sup>222</sup> führt dazu, dass die Rundfunkfreiheit einem subjektlosen Schutzgut<sup>223</sup> dienen würde, obwohl die Grundrechte gerade des individuellen Kommunikationsgrundrechtsträgers wegen angeordnet sind. Dies ließe den Schluss von gesetzlich ausgestaltenden Einschränkungen bereits auf Schutzbereichsebene zu, wodurch – mehr oder weniger durch die Hintertür – ein positives Freiheitsverständnis geprägt würde, was der freiheitlichen Grundrechtsdogmatik widerspräche. Die Folge wäre ein verringerter Schutz der Freiheiten im Rahmen der Äußerung anderer Inhalte, sei es durch einen reduzierten Verhaltensschutz im Rahmen des Schutzbereichs oder aber spätestens durch ein verringertes Schutzniveau auf Ebene der Güterabwägung.<sup>224</sup> Davor warnt auch das BVerfG.<sup>225</sup> Diese Schlussfolgerungen würden der ureigenen Bedeutung der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte zuwiderlaufen, welche die Geltungskraft der Grundrechte gerade verstärken und nicht schwächen soll.<sup>226</sup> Nicht zuletzt aus Gründen dieser Fehlinterpretation verwendet das BVerfG diesen Terminus seit seiner Entscheidung zur *Aufzeichnungspflicht*<sup>227</sup> im Jahre 1997 auch weder in Senats- noch in Kammerentscheidungen. Die Rundfunkfreiheit ist kein Funktionsgrundrecht.

#### dd) Verfassungsrechtliche Implikationen für die Medienregulierung:

##### Subjektive Freiheitsrechte und institutionelle Komponente

Aus der erhöhten Meinungsbildungsrelevanz der Medien ergeben sich verfassungsrechtliche Implikationen für ihre dem Staat obliegende institutionelle Absicherung, die bereits knapp angesprochen wurden. Die institutionelle Eigenständigkeit der

<sup>221</sup> Vgl. *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 27.

<sup>222</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdStR VII, § 162, Rn. 3 m. w. N., 5; *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, HbdStR IX, § 190 Rn. 34. Anders noch die Weimarer Reichsverfassung, die eine liberale Konzeption der Grundrechte noch negierte, vgl. *Häntzschel*, in: *Thoma/Anschütz*, HbdStR II, S. 651 f.

<sup>223</sup> Vgl. *Jestaedt*, in: *Merten/Papier*, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 21; *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 21. Zu den allgemeinen Grundrechtslehren siehe *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 7.

<sup>224</sup> Vgl. *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, HbdStR IX, § 190 Rn. 234. Vgl. auch *Müller-Franken*, ebd., S. 22.

<sup>225</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 337 f. – Mitbestimmung.

<sup>226</sup> Vgl. ebd.; BVerfGE 7, 198, 204 f. – Lüth. Als sog. „*basic conditions*“ für das subjektive Recht beschreibend, EGMR, Urteil vom 27. November 2007, Nr. 20477/05, Rn. 53 – Tillack *.l.* Belgien; Urteil vom 27. März 1996, Nr. 17488/90, Rn. 39 – Goodwin *.l.* Vereinigtes Königreich.

<sup>227</sup> Vgl. BVerfGE 95, 220, 236 – Aufzeichnungspflicht.

Medien umfasst sowohl die medienspezifische Tätigkeit des Unternehmens als auch das subjektive öffentliche Recht der im Medienwesen tätigen Personen, ihre Meinung in der ihnen geeignet erscheinenden Form ebenso frei und ungehindert zu äußern wie jeder andere Bürger.<sup>228</sup> Gleichwohl darf der Gesetzgeber – trotz der positiven Effekte für die Meinungsbildung – nicht die von dem jeweiligen Medium für sie ausgehenden Gefahren, wie beispielsweise eine objektiv unwahre oder eine einseitige Berichterstattung, verkennen. Er muss die kollidierenden Grundrechtspeditionen der Medienäußerungsfreiheiten und der freien Meinungsbildung anderer Grundrechtsträger in Ausgleich bringen. Hierzu muss er die institutionellen Rahmenbedingungen für eine größtmögliche Meinungspluralität setzen.

#### (i) Außenplurale Presse

Bei der grundgesetzlichen Pressefreiheit spricht man im Kontext der objektiv-rechtlichen Dimension auch von der sog. (Einrichtungs-)Garantie des Instituts der „Freien Presse“.<sup>229</sup> Sie verlangt es, der Presse den Rücken zur Verwirklichung ihrer subjektiven Freiheit und des darin angelegten verfassungsrechtlichen Auftrages frei zu halten. Um eine totale Außenpluralität abzusichern, hat sich der deutsche Gesetzgeber entschieden, dem deutschen Pressemarkt eine „negative“ Rechtsordnung zugrunde zu legen.<sup>230</sup> Die weitgehende Regulierungsenthaltsamkeit sichert der Presse die größtmögliche Freiheit zu. Es gilt das „freie Spiel der Kräfte“ nach dem Vorbild der liberalen Marktwirtschaft. Der Bestand der Vielzahl von pluralen Presseangeboten soll sich selbst regulieren, wodurch die freie Meinungsbildung Dritter schon aus sich heraus grundsätzlich hinreichend abgesichert ist.<sup>231</sup> Hintergrund dafür ist auch, dass Presseerzeugnisse Lese- und Standbildmedien sind, der Rezipient die Informationen also noch selbst aufnehmen muss. Sie sind grundsätzlich von geringerer Suggestivkraft als etwa der Rundfunk.

<sup>228</sup> BVerfGE 117, 244, 258 f. – Cicero; 77, 65, 74 f. – Beschlagnahme von Filmmaterial; 66, 116, 133 – Springer/Wallraff. Gewisse Einschränkungen für den privat handelnden Journalisten ergeben sich aus EGMR, Entscheidung der Großen Kammer vom 21. Januar 1999, Nr. 25716/94, Rn. 32 – Janowski ./. Polen.

<sup>229</sup> Die Vorüberlegungen gehen zurück auf *Smend*, VVDStRL 4 (1928), S. 44 ff. Siehe aber auch BVerfGE 117, 244, 258 – Cicero; 20, 162, 175 f. – Spiegel. Ähnlich BVerfGE 80, 124, 132 f. – Postzeitungsdienst. So auch *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 44. Differenzierend zwischen periodischen und nichtperiodischen Druckwerken *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 32.

<sup>230</sup> Dahingehend *Franzius*, JZ 2016, S. 656; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 179.

<sup>231</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162, 174 – Spiegel.

## (ii) Binnenpluraler Rundfunk

In einem negativ reglementierten Rundfunkwesen scheint ein außenplurales Angebot, das zu einer freien Meinungsbildung führt, hingegen nicht ohne weiteres gesichert.<sup>232</sup> Die zunächst bestehende Sondersituation verlangte daher eine durch den Rundfunkgesetzgeber ausgestaltete positive Rechtsordnung, mit der überhaupt die Grundvoraussetzungen der Grundrechtsausübung geschaffen werden sollten. Gleichzeitig gehen von seiner Wirkmacht (Suggestivkraft, Breitenwirksamkeit und Authentizität) besondere Gefahren für die freie Meinungsbildung aus, so dass sein Missbrauch oder ein nicht auszuschließendes Marktversagen empfindliche Schäden herbeiführen könnte. Auch diese Gefahren soll die Rundfunkordnung ausschließen.<sup>233</sup> Deshalb wird bereits die Rundfunkausübung an bestimmte vom Gesetzgeber festzulegende freiheitssichernde Organisationsregelungen geknüpft, die in materiel-ler, organisatorischer und prozeduraler Hinsicht die Ausgewogenheit, Sachlichkeit und Neutralität der Angebote sichern.<sup>234</sup> Alle gesellschaftlichen Strömungen sollen abgebildet werden, damit eine Beeinflussung durch einen einseitigen Angebotsrahmen, der sich nur an bestimmten politischen, kulturellen oder unterhaltenden Präferenzen orientiert, verhindert wird.<sup>235</sup> Hierfür und zur Gewährleistung einer größtmöglichen programmlichen Vielfalt ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk – unter gewissen Einschränkungen auch der private<sup>236</sup> – durch binnenplural organisierte, staatsferne<sup>237</sup> Gremien auszuüben.<sup>238</sup> Ohne dieses Erfordernis könnte das

<sup>232</sup> In diese Richtung schon BVerfGE 12, 205, 261 – Deutschland-Fernsehen. Ähnlich BVerfGE 124, 300, 320 – Wunsiedel, wo „auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe“ der Meinungsbildung abgestellt wird. Siehe auch *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 127; *Schwartmann*, GRUR-Prax 2017, S. 317. Zur besonderen Meinungsbildungsrelevanz siehe BVerfGE 119, 181, 214 f. – Rundfunkgebühren; 114, 371, 387 – Kabelgroschen; *Hoffmann-Riem*, AöR 137 (2012), S. 524. Zur empirisch-medienwissenschaftlichen Suggestivkraft audiovisueller Angebote, siehe *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S. 19 f., S. 28 f.

<sup>233</sup> BVerfGE 114, 371, 387 – Kabelgroschen; 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 73, 118, 152 f. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 57, 295, 319 – FRAG.

<sup>234</sup> BVerfGE 73, 118, 152 ff. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 57, 295, 320 f. – FRAG; 31, 314, 326 f. – Tätigkeit der Rundfunkanstalten; 12, 205, 261 ff. – Deutschland-Fernsehen.

<sup>235</sup> BVerfGE 136, 9, 29 Rn. 31 – ZDF-Staatsvertrag; 119, 181, 220 f. – Rundfunkgebühren; 12, 205, 261 f. – Deutschland-Fernsehen.

<sup>236</sup> Vgl. BVerfGE 114, 371, 387 f. – Kabelgroschen; 83, 238 316 – WDR; 73, 118, 153, 158 f., 171, 174, 196 f. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 57, 295, 325 f., 330 – FRAG.

<sup>237</sup> BVerfGE 136, 9, 36 ff. Rn. 47 ff. – ZDF-Staatsvertrag. Zur funktionalen Bestimmung der Staatsnähe oder -ferne siehe vor allem S. 35 f. Eine der früheren Rechtsprechung des BVerfG entsprechende Staatsfreiheit fordert hingegen das Sondervotum *Paulus*, BVerfGE 136, 9, 67 Rn. 17; siehe auch BVerfGE 73, 118, 182 ff. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 57, 295, 320 – FRAG; 31, 314, 329 – Tätigkeit der Rundfunkanstalten. Auch BVerfGE 83, 238 310 – WDR spricht davon, dass sich eine staatliche Einflussnahme auf das Programm verbiete. Siehe ausführlich *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 179–182.

<sup>238</sup> Früher noch aus Gründen der Frequenzknappheit, vgl. BVerfGE 12, 205, 261 f. – Deutschland-Fernsehen, bestätigt auch durch BVerfGE 57, 295, 322 ff. – FRAG. Heute zur Gewährleistung

Grundversorgungsangebot, bestehend aus bildenden, informativen, beratenden und unterhaltenden Sendungen, nicht erfüllt werden. Zu dieser Grundversorgung muss im dualen Rundfunksystem grundsätzlich auch der private Anbieter beitragen und eine unabhängige Berichterstattung ermöglichen.<sup>239</sup> Der Rundfunk unter dem Grundgesetz lässt sich daher grundsätzlich mit dem Prinzip der Außenpluralität auf Grundlage und mit Grenze der Binnenpluralität beschreiben.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk zieht seine Existenzberechtigung nach Beendigung seiner von der Frequenzknappheit geprägten Sondersituation vor allem aus der Gefahr eines System- oder Marktversagens im Hinblick auf diese Grundversorgung, die eine freie, ausgewogene Meinungsbildung umfasst, durch private (Presse- und Rundfunk-)Betreiber.<sup>240</sup>

Dem EGMR ist ein solch grundsätzliches Ausgestaltungsbedürfnis zwar fremd. An der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zeigt sich aber, dass der Staat als „oberster Garant“ der pluralistischen Medienlandschaft die Wahl hat, wie er seiner Vielfaltsgewährleistungspflicht insbesondere im audiovisuellen Medienbereich nachkommt.<sup>241</sup> Deshalb steht auch das deutsche Ausgestaltungsmodell nicht *per se* im Widerspruch zu den vom EGMR angestellten Voraussetzungen. Vielmehr zeigt sich entgegen einiger Literaturstimmen, dass die Rundfunkfreiheit nach deutschem Verfassungsverständnis trotz ihrer Ausgestaltungsbedürftigkeit einem primär subjektiv geprägten Grundrechtsverständnis entspringt.<sup>242</sup> Die Modelle stehen damit in keinem diametralen und unvereinbaren Verhältnis.

### b) Die „dienende Meinungsfreiheit“

Die bisherigen Erörterungen belegen, dass die zentrale Meinungsfreiheit nicht bloß zum Zwecke der öffentlich-politischen Meinungsbildung angeordnet sein kann. Dieses in Bezug auf die Meinungsfreiheit – wenngleich nur sehr partiell –

---

eines vielgestaltigen, ausgewogenen Programmes, vgl. BVerfGE 136, 9, 29, 32, 43 – ZDF-Staatsvertrag; 119, 181, 220 f. – Rundfunkgebühren; 114, 371, 387 – Kabelgroschen. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk siehe auch EGMR, Urteil vom 17. September 2009, Nr. 13936/02, Rn. 107 – Manole u. a. ./ Mazedonien.

<sup>239</sup> Siehe jedoch zu den abgesenkten Anforderungen aufgrund des privaten Finanzierungserfordernisses, solange die öffentlich-rechtlichen Anstalten eine ausreichende Grundversorgung gewährleisten, BVerfGE 83, 238, 316 – WDR; 73, 118, 157 ff. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen.

<sup>240</sup> Bullinger, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 97 ff.; Paulus/Nölscher, ZUM 2017, S. 179 f. Dies erfordert aber kein Monopol, vgl. EGMR, Entscheidungen vom 24. November 1993, Nr. 13914/88, Nr. 15041/89, Nr. 15717/89, Nr. 15779/89, Nr. 17207/90, Rn. 39 ff. – Informationsverein Lentia u. a. ./ Österreich.

<sup>241</sup> EGMR, Urteil vom 17. September 2009, Nr. 13936/02, Rn. 107 – Manole u. a. ./ Mazedonien; EGMR, Entscheidungen vom 24. November 1993, Nr. 13914/88, Nr. 15041/89, Nr. 15717/89, Nr. 15779/89, Nr. 17207/90, Rn. 38 – Informationsverein Lentia u. a. ./ Österreich.

<sup>242</sup> Zu den offensichtlich dem Missverständnis einer dienenden Freiheit unterliegenden Stimmen siehe prägnant Grote/Wenzel, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 24.

entstandene Missverständnis geht vor allem auf eigenwillige Interpretationen von Teilen von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zurück, in denen es um die wertsetzende Bedeutung von Kommunikationsgrundrechten im demokratischen Staat, Beiträge über die Gesellschaft wesentlich berührende Fragen, die Vermutung der freien Rede und mehrdeutige und kollektivbeleidigende Aussagen ging.<sup>243</sup> Aus ihnen wurde gefolgert, dass das Gericht damit verdeutlichen wolle, dass der subjektive Charakter des Grundrechts nicht mehr im Vordergrund stünde, sondern die öffentliche Meinungsbildung grundsätzlich vorrangig sei.<sup>244</sup> Hierbei werden die Entscheidungsgründe teils aus ihrem Sinnzusammenhang gerissen.

Dabei spricht das BVerfG in den Entscheidungen zur Meinungs- im Vergleich zur Rundfunkfreiheit erstens nicht von einer „dienenden Freiheit“. Selbst die Rundfunkfreiheit stellt – wie soeben gezeigt<sup>245</sup> – schon keine solche dar. Zweitens wird durch die subjektive Verwirklichung der Äußerungsfreiheit der Prozess diskursiver Meinungsbildung in Gang gesetzt. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt dabei ausschließlich Meinungen, also Wertungen, denen charakteristisch anhaftet, dass sie besonders meinungsbildend sind.<sup>246</sup> Dass das BVerfG einen solchen zur „verfassungsrechtlichen Voraussetzung“ für den Schutz einer Aussage durch die Meinungsfreiheit erhebt,<sup>247</sup> ergibt sich letztlich aus dem Wortlautverständnis. Da Kommunikation aber grundsätzlich auf die Meinungsbildung ihrer Rezipienten gerichtet ist, kann auch jede andere Äußerungsform meinungsbildend wirken. In der praktischen Wirklichkeit kommt auch meinungsstiftende Kommunikation nicht ohne Tatsachenaussagen aus. Insofern erscheint das Kriterium des BVerfG als „kleinster gemeinsamer Teiler“ der Kommunikation sinnhaft, um einen umfassenden Kommunikationsschutz zu gewährleisten, ohne dabei von dem in der Verfassung wörtlich prädeterminierten Schutz abzurücken.

Hierdurch wird aus der Meinungsfreiheit noch kein Funktionsgrundrecht. Für diese Frage ist vielmehr der angelegte Maßstab weichenstellend und zugleich implizite Schutzbereichsvoraussetzung. Wie eng das BVerfG den Maßstab hierbei anlegt und zu welchen Ergebnissen er führt, wird für die konkrete Frage der Eröffnung des Schutzbereiches für „Fake News“ relevant und soll daher an späterer Stelle erörtert werden.<sup>248</sup>

<sup>243</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266, 295, 298 – „Soldaten sind Mörder“; 86, 1, 8 – TITANIC/„geb. Mörder“; 62, 230, 247 – Boykottaufruf; 61, 1, 11 – Wahlkampf; 60, 234, 240 – Kredithai; 54, 129, 136 – Kunstkritik; 42, 163, 169 – Herabsetzendes Werturteil. Einen Überblick hierzu gibt *Rupp*, JZ 2001, S. 271 f.

<sup>244</sup> *Hufen*, in: Hill/Hufen/Müller/Ullmann, Rechtsstaat in der Bewertung, S. 1, S. 3, S. 5, S. 24.

<sup>245</sup> Siehe Abschnitt „Ausgangspunkt: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ unter Punkt C. II. 2. .a).

<sup>246</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 210 – Lüth.

<sup>247</sup> Vgl. nur BVerfGE 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 33, 1, 14 – Strafgefängener.

<sup>248</sup> Siehe Abschnitt „Schutz von Tatsachenaussagen und -behauptungen“ unter Punkt C. III. 2. c).

Ungeachtet dessen ist die menschliche Fähigkeit, frei zu denken und sich zu äußern, angeboren, sich ferner mitteilen zu können, stellt eines der natürlichen menschlichen Urbedürfnisse, eine Art „geistiges Atmen“ dar.<sup>249</sup> Eben diese kommunikative Selbstverwirklichung des Einzelnen im Rahmen von Äußerungen abzusichern, war historisch gesehen der Anlass für die Erschaffung der Kommunikationsgrundrechte.<sup>250</sup> Zur vorbehaltlosen Absicherung dieser Möglichkeit, die überhaupt erst zur Meinungsbildung führt, muss diese Fähigkeit allein und ungeachtet ihrer Wirkung über die im Zentrum der Kommunikationsgrundrechte stehende Meinungsfreiheit geschützt werden.<sup>251</sup> Dies spricht zumindest noch nicht *per se* gegen die Eröffnung des Schutzbereiches bei der Verbreitung von „Fake News“. Ein bloß zweckgerichteter Schutz einer überindividuellen – gesellschaftlichen oder demokratischen – Meinungsbildung könnte diesen originären Kommunikationsschutz in sein Gegenteil verkehren.<sup>252</sup> Würde die individuelle Meinungsbildung Dritter oder die subjektlose gesellschaftliche Meinungsbildung *per se* höhergewichtet als die Äußerungsfreiheit, würde sich die grundrechtliche Freiheit einer Grundrechtsfunktion beugen und die Gefahr einer Schweigespirale drohen, womit der von der „dienenden Freiheit“ bezweckte Schutz *ad absurdum* geführt und die pluralistische Meinungsbildung auch in demokratischen Zusammenhängen konterkariert würde.<sup>253</sup>

Es gilt vielmehr im Gegenteil, dass ein „*Individualgrundrecht (...) nicht deshalb besonders wertvoll [ist], weil und sofern es einen Dienst für die Gemeinschaft leistet, sondern es leistet seinen Dienst für die Gemeinschaft, weil es frei ist*“<sup>254</sup>. Nur durch ein solch individualfreiheitliches Verständnis kann Kommunikation zur grundlegenden Freiheit jeder anderen Form von Freiheit werden.

Auf dieser Grundlage kam bereits *R. von Jhering* zu dem Schluss, dass das subjektive Recht als eine Art moralische Pflicht des Einzelnen gegen das Gemeinwesen verstanden werden müsse.<sup>255</sup> Nur über die Absicherung einer freien, individuellen Kommunikations- und Mitteilungsmöglichkeit kann auch die größtmögliche Vielfalt von Meinungsimpulsen gewährleistet werden.<sup>256</sup>

<sup>249</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: *Isensee/Kirchhof, HbdStR VII*, § 162 Rn. 1; *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 19, S. 21; *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S. 224.

<sup>250</sup> Siehe den Abschnitt „Kommunikationsfreiheitsrechtliche Implikationen“ unter Punkt C. II. 2. a) bb).

<sup>251</sup> *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S. 224.

<sup>252</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 337 f. – Mitbestimmung. Ähnlich *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 22.

<sup>253</sup> Vgl. *Isensee*, in: *ders./Kirchhof, HbdStR IX*, § 190 Rn. 234.

<sup>254</sup> *Rupp*, JZ 2001, S. 277. Siehe dort auch die Kritik am primären sozialwissenschaftlichen Rollen- und Systemverständnis des Individuums in der Gesellschaft.

<sup>255</sup> Zum Ausdruck kommend in *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, S. 21 f., S. 46, S. 51, S. 69, S. 90 f., S. 92, S. 94, S. 96, S. 120. Ebenso verstanden *Rupp*, ebd.

<sup>256</sup> Vgl. *Isensee*, in: *ders./Kirchhof, HbdStR IX*, § 190 Rn. 263; *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 22.



### 3. Ergebnis: Kommunikationsfreiheiten als „dienende Freiheiten“?

Kommunikationsgrundrechte sind subjektive Freiheiten und gerade keine „dienenden Freiheiten“, deren objektiv-rechtliche Dimension überwögen. Die sich überschneidenden und einander stützenden Kommunikationsrechte dienen primär der individuellen Selbstverwirklichung in und durch Kommunikation. Dabei steht die Meinungsfreiheit im Zentrum aller Kommunikationsfreiheiten: Letztere verstärken primär die Meinungsäußerungsfreiheit der äußernden Grundrechtsträger; ihre Verwirklichung führt zur Meinungsbildung bei den Rezipienten.<sup>257</sup> Auch im Rahmen der weltumspannenden Internetkommunikation ergibt sich nichts Anderes. Die Kommunikationsfreiheiten haben damit unbestreitbar einen der Meinungsbildung und damit auch der Demokratie dienenden Effekt, der sich daraus ergibt, dass die Grundrechtsträger aufgrund ihrer subjektiven Freiheit demokratisch relevante Themen diskutieren, nicht aber deshalb, weil dies ihre grundrechtliche Voraussetzung wäre. Diese Auswirkung stellt vielmehr eine vor dem Hintergrund des Art. 20 GG begrüßenswerte, aber dennoch „außergrundrechtliche Erwartung“<sup>258</sup> dar. Diese Erwartung lässt die Medienfreiheiten nicht zu der freiheitsrechtlichen Dogmatik widersprechenden „dienenden Freiheiten“ werden. Der Terminus der „*dienenden Freiheit*“, wie ihn das BVerfG bei der Rundfunkfreiheit gebraucht, zeigt vielmehr die innere Beziehung, einen *de facto-Zusammenhang* zwischen Meinungsäußerung und -bildung auf, ohne dabei das Freiheitsrecht zu reduzieren oder gar die subjektive Grundrechtsposition zugunsten eines objektiven, zweckgebundenen, demokratiedienlichen Funktionsgrundrechts zu entwerten. Dass es hingegen grundsätzlich einen meinungsbildenden Beitrag für den Schutz einer Aussage durch die Meinungsfreiheit erfordert, ist im Wortlaut des Grundrechts angelegt und macht das Grundrecht noch nicht zu einem Funktionsgrundrecht. Da Kommunikation grundsätzlich auf Meinungsbildung aus ist, kann jede Aussageform grundsätzlich einen solchen leisten. Ob die vom BVerfG gewählten Maßstäbe an einen solchen Beitrag aber nicht dennoch dazu führen, dass ein Funktionsgrundrecht entsteht, ist im Rahmen seines konkreten Schutzbereichsverständnisses zu klären. Die Verbreitung von „Fake News“ läuft jedenfalls nicht *per se* dem Schutzzweck der Kommunikationsfreiheiten zuwider und steht der Eröffnung des Schutzbereiches also nicht unmittelbar entgegen.

<sup>257</sup> Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 5, Rn. 64 ff., Rn. 171.

<sup>258</sup> Müller-Franken, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 27 spricht von „*außerverfassungsrechtlicher Erwartung*“.

#### 4. Sicherungsinstrumente zugunsten des Schutzguts

Die in den Entscheidungen des BVerfG entwickelten Institute zur Absicherung des herausgearbeiteten Schutzguts kommunikativer Selbstverwirklichung, wie die „Wechselwirkungslehre“<sup>259</sup>, die „Vermutung zugunsten der Freiheit der Rede“<sup>260</sup> für Beiträge in die Öffentlichkeit berührenden Fragen sowie der Grundsatz der meinungsfreundlichen Auslegung<sup>261</sup> werden primär im Rahmen der Abwägung mit konfligierenden Rechtsgütern berücksichtigt und sollen deshalb erst in diesem Zusammenhang erörtert werden.<sup>262</sup>

### III. Schutzbereiche der Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne

Im Folgenden soll erörtert werden, wer sich in personeller Hinsicht auf Kommunikationsgrundrechte berufen kann. Ferner soll geklärt werden, ob das Äußern von „Fake News“ überhaupt zu den von den Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne sachlich geschützten Verhaltensweisen zählt. Letzteres soll anhand der vom BVerfG, vom EGMR und der Literatur entwickelten Maßstäbe untersucht werden. Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 1 GG, in dem es heißt:

*„<sup>1</sup>Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten [...]. <sup>2</sup>Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. <sup>3</sup>Eine Zensur findet nicht statt.“*

#### 1. Persönlicher Schutzbereich

„Fake News“ wurden in jüngerer Vergangenheit sowohl von natürlichen als auch juristischen Personen jeder Nationalität, mitunter – wie *Sputnik Deutschland* und *RT Deutsch*<sup>263</sup> – beherrscht von ausländischen Staaten, sowie von staatlichen Akteuren aus dem Ausland selbst verbreitet. Deshalb gilt es zu klären, wer von ihnen überhaupt die Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne für sich beanspruchen kann.

<sup>259</sup> BVerfGE 71, 206, 214 – Veröffentlichung der Anklageschrift; 59, 231, 265 – WDR; 20, 162, 177 – Spiegel; 7, 198, 208 f. – Lüth.

<sup>260</sup> BVerfGE 93, 266, 294 f. – „Soldaten sind Mörder“; 61, 1, 11 – Wahlkampf; 42, 163, 170 – Herabsetzendes Werturteil; 7, 198, 212 – Lüth; Dezidiert auch *Grimm*, NJW 1995, S. 1701.

<sup>261</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339, 349 ff. – Stolpe-Beschluss; 93, 266, 295 f. – „Soldaten sind Mörder“; 82, 43, 52 – Strauß-Transparent; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. Mai 2006, – 1 BvR 984/02 –, juris, Rn. 17.

<sup>262</sup> Siehe den Abschnitt „Grenzen der Einschränkung (sog. Schranken-Schranken)“ unter Punkt D. III.

<sup>263</sup> Vgl. BT-Drs. 19/6562, S. 2.



*a) Natürliche Personen*

Bei Art. 5 Abs. 1 GG handelt es sich um ein Menschenrecht.<sup>264</sup> Grundsätzlich ist deshalb jede natürliche Person grundrechtsberechtigt unabhängig von Alter und Staatsangehörigkeit.<sup>265</sup> So sind unter anderem Journalisten, Schriftsteller, Verleger, private Rundfunkunternehmer und private (Rundfunk-)Lizenzbewerber<sup>266</sup> oder sog. „YouTuber“ als natürliche Personen geschützt.<sup>267</sup> In persönlicher Hinsicht können sich „Blogger“ auf die Pressefreiheit, „Vlogger“ (Kurzform für Video-Blogger) und „YouTuber“ auf die Rundfunkfreiheit berufen, sofern ihr Angebot journalistisch-redaktionell<sup>268</sup> gestaltet ist; andernfalls greift die Meinungsfreiheit. Gleiches gilt für sog. „Microblogger“, also Personen, die Aussagen in sozialen Netzwerken wie *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* oder *XING* oder in Foren sowie Bewertungsportalen tätigen.<sup>269</sup> Die Betreiber von Intermediären, wie etwas Suchmaschinen oder sozialen Netzwerken, können sich in eigener Person auf den Kommunikationsschutz nach Art. 5 Abs. 1 GG berufen, da sie mittels ihrer Algorithmen über die Ausgabe von Such- oder Feed-Ergebnissen Meinungsäußerungen vornehmen.<sup>270</sup>

<sup>264</sup> Vgl. schon Art. 7 HChE; siehe auch *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 196 Rn. 2.

<sup>265</sup> Siehe hierzu *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 199 f. m. w. N.; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 26; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 192 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 4 f.

<sup>266</sup> BVerfGE 97, 298, 310 – extra radio.

<sup>267</sup> BVerfGE 77, 346, 354 – Presse-Grossist; 50, 234, 239 – Ausschluß eines Reporters. Enumerativ *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 142, Rn. 191 m. w. N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II Rn. 115, Rn. 117 f.; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 201.

<sup>268</sup> Zum Begriff siehe *Lent*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV, § 17 Rn. 17 ff.; *ders.*, ZUM 2013, S. 915 f. Zu den Merkmalen der journalistisch-redaktionellen Gestaltung siehe VGH Mannheim ZUM-RD 2014, 396, 399; OVG Münster, Beschluss vom 4. Juli 2014, – 5 B 1430/13; OLG Bremen, Urteil vom 14. Januar 2011, – 2 U 115/10; OVG Greifswald, Beschluss vom 8. März 2013 – 2 M 2/13.

<sup>269</sup> *Lent*, ZUM 2013, S. 919 f. m. w. N.; *Gröpl*, in: *ders./Windthorst/v. Coelln*, SK-GG, Art. 5 Rn. 53. BGHZ 181, 328 Rn. 17 ff. – „spickmich.de“; 209, 139 Rn. 31, Rn. 36 – Ärztebewertungsportal III. Ausnahmsweise einen Foreneintrag als journalistisch-redaktionell anerkennend LG Hamburg MMR 2007, 450, 451. Zum Schutz von *Wiki*-Betreibern und -Autoren, siehe für die Pressefreiheit AG Charlottenburg MMR 2006, 254, 256; LG Tübingen ZUM-RD 2013, 345, 347; für die Rundfunkfreiheit *Lent*, ebd.; *Dilling*, ZUM 2013, S. 887 f.; *Strauß*, ZUM 2006, S. 279.

<sup>270</sup> Zum sachlichen Schutz siehe Abschnitt C. IV. 1. b). Für eine Suchmaschine OLG München MMR 2012, 108, 109; OLG Hamburg MMR 2011, 685, 686 f.; MMR 2007, 315, 315. Ausführlich *Hartl*, Suchmaschinen und Meinungsmacht, S. 79 ff., S. 94 ff., S. 120 f. Für den Schutz durch die Meinungsfreiheit *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, S. 184 ff., S. 187. Für Betreiber von Bewertungsportalen BGHZ 209, 139, 150 Rn. 31, 152 Rn. 36 – Ärztebewertungsportal III; 202, 242, 250 Rn. 25, 251 Rn. 28, 255 Rn. 38 – Ärztebewertung II. Für Suchmaschinen und soziale Netzwerke allgemein *B. Holznel*, AfP 2011, S. 534 f.; *Blankenagel/Spoerr*, Gutachten zur Verfassungswidrigkeit des Leistungsschutzrechts für Presseverleger, S. 16 ff. Offengelassen *Kühn/Karg* ZD 2015, S. 64. Dagegen mangels funktionalem Pressebezug *Lent*, ebd., S. 920. Ähnlich der dreizehnte Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesell-

Jede Einzelperson bleibt für sich auch dann grundrechtsberechtigt, wenn sie sich mit anderen Grundrechtsträgern zu einer Personenmehrheit zusammenschließt. Eine natürliche Person kann nur eine Privatperson in nichtamtlicher Funktion sein.<sup>271</sup> Unbeachtlich ist der Aufenthaltsort des Grundrechtsträgers, so dass sich der im Ausland befindende Äußernde einer im Inland rezipierten Meinung auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen kann.<sup>272</sup>

#### b) Juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG

Personenmehrheiten als solche können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG<sup>273</sup> auf Grundrechte berufen. Danach gilt ein Grundrecht auch für inländische juristische Personen, sofern es seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist.<sup>274</sup>

#### aa) Wesensmäßige Anwendbarkeit

Kommunikationsfreiheiten sind grundsätzlich wesensmäßig auf juristische Personen anwendbar, da ihr Schutz nicht allein an Eigenschaften oder Beziehungen anknüpft, die untrennbar nur mit den Personen zusammenhängen.<sup>275</sup> Nach

---

schaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542, S. 16. Das Bundesverfassungsgericht hat hierüber noch nicht entschieden, wobei die Entscheidungen BVerfGE 102, 347, 359 – Benetton I; 21, 271, 278 f. – Südkurier und BVerfG ZUM-RD 2009, 565, 570 für den Schutz durch die Mediengrundrechte auf das Erfordernis eines besonderen Medienbezugs hinweisen.

<sup>271</sup> Der Schutz im Rahmen der Ausübung des Bundestagsmandats ergibt sich aus seinem freien Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, vgl. BVerfGE 60, 374, 380 – Redefreiheit und Ordnungsrecht; 10, 4, 12 – Redezeitbeschränkung. Für Staatsorgane oder Teile dieser erfolgt Kommunikation nur i. Rd. entsprechenden Status- und Kompetenznormen, für den Bundespräsidenten, vgl. BVerfGE 136, 323 Rn. 23 ff. – Spinner. Zur Bundesbildungsministerin, vgl. BVerfGE 138, 102, 108 ff. Rn. 25 ff. – Äußerungsbefugnis Bundesministerin. Zu Warnungen durch staatliche Hoheitsträger, vgl. BVerfGE 105, 279, 301 ff. – Osho-Bewegung; 105, 252, 268 ff. – Glykolwarnung; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 18.

<sup>272</sup> *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 191.

<sup>273</sup> *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 209 treffend von einer „zusätzlichen Dimension“.

<sup>274</sup> Zum extensiveren verfassungsrechtlichen Verständnis der juristischen Person im Vergleich zum zivilrechtlichen siehe BVerfGE 102, 197, 212 f. – Spielbankengesetz Baden-Württemberg; 70, 138, 160 – Loyalitätspflicht; 20, 162, 171 – Spiegel; 10, 89, 99 – Erftverband; 4, 7, 12, 17 – Investitionshilfe. Es kommt nur darauf an, ob die Grundstrukturen einer Organisation mit denen einer gesetzlich anerkannten juristischen Person vergleichbar sind, mithin ob die Fähigkeit zu eigenständiger Willensbildung und eigenständigem Handeln besteht, vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 199 Rn. 22 ff., Rn. 25 ff.; *W. Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 19 Rn. 33; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 196 Rn. 65, Rn. 88–91. Zu den Gefahren der Einschränkung des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes durch einfache Gesetze, *Sodan*, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 15; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 49 Rn. 52 ff.

<sup>275</sup> Zur wesensmäßigen Anwendbarkeit der Kommunikationsgrundrechte auf juristische Personen siehe BVerfGE 21, 271, 277 f. – Südkurier; *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 210; *P. M. Huber*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Abs. 3 Rn. 313, Rn. 319. Untrennbar mit dem Menschen hängen die Grundrechte Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 i. V. m.

der Durchgriffstheorie des BVerfG sind sie aber nur grundrechtsfähig, wenn die „*Bildung und Betätigung einer juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der ‘Durchgriff’ auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen läßt*“<sup>276</sup>. Eine andere Ansicht fragt danach, ob die juristische Person dem Staat in der gleichen grundrechtstypischen Gefährdungslage gegenübersteht wie eine natürliche Person.<sup>277</sup> Das BVerfG korrigiert seine Durchgriffstheorie mittlerweile über den letztgenannten Ansatz.<sup>278</sup>

#### (i) Juristische Personen des Privatrechts

Nach den beiden genannten Ansätzen können juristische Personen des Privatrechts wie Presse-, private Rundfunkunternehmen, Parteien, Vereine und Gewerkschaften daher grundsätzlich den Schutz der Kommunikationsfreiheiten für sich beanspruchen. Sie stehen dem Staat als Kommunikatoren wie der natürliche Grundrechtsträger gegenüber<sup>279</sup> und können im Rahmen ihrer Tätigkeit Meinungsbildung betreiben, so dass die Betätigung der juristischen Person grundsätzlich der persönlichen freien Entfaltung entspricht.<sup>280</sup>

Art. 104, Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 6, Art. 7 Abs. 2, Art. 12 Abs. 3, Art. 12a, Art. 16 und Art. 16a GG sowie die grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 33 und 38 GG zusammen, vgl. auch BVerfGE 95, 220, 242 – Aufzeichnungspflicht; 106, 28, 42 – Mithörvorrichtung; 118, 168; 203 – Kontenabfrage; *Dreier*, in: ders., GG I, Art. 19 III, Rn 35; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 49 Rn. 66.

<sup>276</sup> Vgl. BVerfGE 113, 63, 75 – Verfassungsschutzbericht „Junge Freiheit“; 106, 28, 42 f. – Mithörvorrichtung; 95, 28, 34 f. – Werkszeitungen; 80, 124, 131 – Postzeitungsdienst; 75, 192, 196 – Sparkasse; 68, 193, 205 f. – Zahntechniker-Innung; 21, 362, 369 – Sozialversicherungsträger. Ausführlich zu den Vorzügen und zur Kritik an dieser Lehre, *P. M. Huber*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Abs. 3 Rn. 209–225; *v. Mutius*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 100–106.

<sup>277</sup> Insbesondere *v. Mutius*, ebd., Rn. 35 f., Rn. 114 f.; *Dreier*, in: ders., GG I, Art. 19 III, Rn 32 f.; *Quaritsch*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR V<sup>1</sup>, § 120 Rn. 52 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, § 13, Rn. 458.

<sup>278</sup> Vgl. jüngst BVerfGE 143, 246, 313 ff. Rn. 187 ff. – Atomausstieg; 61, 82, 106 – Sasbach; 45, 63, 79 – Stadtwerke Hameln. So auch *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 196 Rn. 63; auf diese Möglichkeit interessengerechter Entscheidungsbildung weist auch schon *P. M. Huber*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Abs. 3 Rn. 215 ff. hin.

<sup>279</sup> Ähnlich schon *P. M. Huber*, ebd., Rn. 205; *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 209; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 199 Rn. 9.

<sup>280</sup> BVerfGE 113, 63, 75 – Verfassungsschutzbericht „Junge Freiheit“; 97, 298, 310 – extra radio; 97, 125, 144 ff. – Caroline von Monaco I; 95, 220, 234 – Aufzeichnungspflicht; 95, 28, 34 f. – Werkszeitungen; 94, 1, 7 f. – DGHS; 90, 241, 246 ff. – Auschwitzlüge; 85, 1, 11 ff. – Bayer-Aktionäre; 80, 124, 131 – Postzeitungsdienst; 66, 116, 130 – Springer/Wallraff; 50, 234, 239 – Ausschluß eines Reporters; 39, 302, 312 – AOK; 21, 271, 277 f. – Südkurier; 20, 162, 171 – Spiegel; *Möller*, ebd., S. 210 f.; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 17; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 196 Rn. 77, Rn. 110; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II Rn. 116–118; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 196. Knapp *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 19 Rn. 7.

## (ii) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Nach beiden Theorien übereinstimmend sind juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie juristische Personen des Privatrechts, die ganz im Eigentum des Staates stehen oder von ihm beherrscht<sup>281</sup> werden, nicht grundrechtsfähig, vor allem wenn sie in ihrem öffentlich-rechtlichen Funktionsbereich tätig sind.<sup>282</sup> Das lässt sich auf das Konfusionsargument (Art. 1 Abs. 3 GG) stützen, nach dem derjenige, der Hoheitsmacht ausübt und daher grundrechtsverpflichtet ist, nicht zugleich grundrechtsberechtigt sein kann.

Die fehlende Grundrechtsfähigkeit lässt sich dabei auf die inexistente grundrechtstypische Gefährdungslage zurückführen.<sup>283</sup> Grundrechte sind daher nicht auf die öffentliche Hand anwendbar; für sie gelten nur die Justiz-,<sup>284</sup> nicht aber die Kommunikationsgrundrechte.<sup>285</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen für „grundrechtsdienende Körperschaften“.<sup>286</sup>

<sup>281</sup> Siehe vor allem BVerfGE 143, 246, 314 Rn. 190 – Atomausstieg; 68, 193, 212 f. – Zahntechniker-Innung; 45, 63, 79 f. – Stadtwerke Hameln. Zu gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen siehe BVerfGE 128, 226, 244 ff. – Fraport. So auch *Rüfner*, ebd., Rn. 132–139; § 197 Rn. 79 ff.

<sup>282</sup> BVerfGE 128, 226, 244 ff. – Fraport; 75, 192, 195 ff. – Sparkasse; 68, 193, 205 f. – Zahntechniker-Innung; 4, 27, 30 – Wahlrechtsgleichheit; 61, 82, 100 ff. – Sasbach; 45, 63, 78 ff. – Stadtwerke Hameln; 35, 263, 271 – Baurechtliche Nachbarklage; 21, 362, 368 ff. – Sozialversicherungsträger; 15, 256, 262 – Universitäre Selbstverwaltung; *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof, HbdStR IX*, § 196 Rn. 77, Rn. 111 ff.; *Paulus*, in: *Vofßkuhle/Huber, GG I*, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 78; *Bethge*, in: *Sachs, GG*, Art. 5 Rn. 39 ff.; so auch *Kloepfer*, *Verfassungsrecht II*, § 49 Rn. 56 ff., Rn. 48, wobei es trotz des Wortlauts von Art. 19 Abs. 3 GG eines von ihm vorgeschlagenen ungeschriebenen Tatbestands der juristischen Person des „Privatrechts“ grundsätzlich nicht bedarf. Kritisch *Isensee*, in: *ders./Kirchhof, HbdStR IX*, § 199 Rn. 44, der maßgeblich auf die „Dichotomie von Staat und Privaten“ hinweist, vgl. Rn. 40 ff. Ausführlich zum gesamten Meinungsspektrum *v. Mutius*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG*, Art. 19 Abs. 3 Rn. 78–106.

<sup>283</sup> Ausführlich zu den Gründen des Konfusionsarguments und der mangelnden grundrechtstypischen Gefährdungslage jüngst BVerfGE 143, 246, 313 ff. Rn. 187 ff. – Atomausstieg. Siehe zudem auch die Entscheidungsbesprechung von *Fehling/Overkamp*, *ZJS* 2017, S. 488.

<sup>284</sup> BVerfGE 61, 82, 104 – Sasbach; 13, 132, 139 f. – Bayrische Feiertage.

<sup>285</sup> Zu staatlicher Kommunikation siehe BVerfGE 138, 102, Rn. 25 ff. – Äußerungsbefugnis Bundesministerin; 136, 323 Rn. 23 ff. – Spinner. Speziell zu Warnungen durch staatliche Hoheitsträger als Form staatlicher Informationstätigkeit, siehe BVerfGE 105, 252, 268 ff. – Glykolwarnung; 105, 279, 301 ff. – Osho-Bewegung; zur Öffentlichkeitsarbeit, siehe BVerfGE 20, 56, 100 – Parteienfinanzierung II; 44, 125, 147 f. – Öffentlichkeitsarbeit; Siehe auch *v. Mutius*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG*, Art. 19 Abs. 3 Rn. 94; *Gersdorf*, *APf* 2016, S. 293 ff.

<sup>286</sup> Für Rundfunkanstalten BVerfGE 107, 299, 309 f. – Handy-Überwachung; 74, 297, 317 f. – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 31, 314, 321 f. – Tätigkeit der Rundfunkanstalten. Vgl. hinsichtlich weiterer derartiger Körperschaften des öffentlichen Rechts: Für Universitäten BVerfGE 93, 85, 93 – Universitätsgesetz NRW. Für Weltanschauungsgemeinschaften BVerfGE 19, 129, 132 – Tätigkeit der Rundfunkanstalten; 30, 112, 119 f. – Unterricht in biblischer Geschichte; 42, 312, 321 f. – Inkompatibilität/Kirchliches Amt; 70, 138, 160 f. – Loyalitätspflicht. Zusammenfassend BVerfGE 143, 246, 314 Rn. 189 – Atomausstieg; Ausführlich *P. M. Huber*,

## bb) Inländisch

Die Erweiterung der Grundrechtsberechtigung nach Art. 19 Abs. 3 GG bezieht sich nur auf juristische Personen des Inlands,<sup>287</sup> also solche, die ihren effektiven Sitz, ihr Aktionszentrum, in Deutschland haben.<sup>288</sup> Dass mitunter ausländische Individuen hinter den Personenmehrheiten stehen, ist – zumindest für die Anwendung der Kommunikationsfreiheiten – unerheblich.<sup>289</sup> Ausländische juristische Personen sind dagegen grundsätzlich<sup>290</sup> nicht grundrechtsberechtigt. Aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes<sup>291</sup>, des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des Allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) ist das Kriterium „inländisch“ auf die EU-Mitgliedstaaten auszudehnen und die Erweiterung der Grundrechtsberechtigung über den Wortlaut hinaus als vertraglich veranlasste Anwendungserweiterung zu verstehen.<sup>292</sup> Deshalb können sich juristische Personen des Privatrechts mit effektivem Sitz in der EU ebenfalls auf die Kommunikationsfreiheiten berufen.

---

in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Abs. 3 Rn. 254–267; Zum Erfordernis staatsferner binnenpluraler Organisation siehe *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 178 ff.

<sup>287</sup> So schon *v. Mangoldt*, 32. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 11. Januar 1949, in: BT/BA, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle V/II, S. 949 f.; BVerfGE 21, 207, 208 f. – Flächentransistor; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 199. Mit knapper Kritik *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 209, S. 211. Aus dem „Umkehrschluss“ auch BGHZ 76, 375, 383. Zu den Gründen umfassend *W. Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 19 Rn. 35.

<sup>288</sup> BVerfGE 129, 78, 94 Rn. 61, 96 Rn. 72 – Le Corbusier Möbel; *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 211. Insofern sei der „effektive Verwaltungssitz“, das Aktionszentrum, maßgeblich BVerfGE NVwZ 2008, 670, 671; *W. Krebs*, ebd., Rn. 34; *P. M. Huber*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Abs. 3 Rn. 297 ff., Rn. 302, Rn. 305; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR V, § 118 Rn. 44; unklar *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 49 Rn. 46. Zur Diskussion um den satzungsgemäßen Gründungs- und Verwaltungssitz oder den effektiven Sitz siehe *Dreier*, in: ders., GG I, Art. 19 III Rn. 79 ff.

<sup>289</sup> *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 199 Rn. 79; *P. M. Huber*, ebd., Rn. 299, aber zur hier nicht einschlägigen Problematik der sog. „Deutschen-Grundrechte“ siehe Rn. 301.

<sup>290</sup> Zur Ausnahme der Justizgrundrechte siehe BVerfGE 21, 362, 373 – Sozialversicherungsträger; BVerfG NVwZ 2008, 670, 671. Zu den Gründen näher *P. M. Huber*, ebd., Rn. 323 ff.; *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdStR IX, § 196 Rn. 92 f; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 49 Rn. 47.

<sup>291</sup> BVerfGE 143, 246 Rn. 196 – Atomausstieg; 136, 69, 91 Rn. 43 – Gialiner; 126, 286, 303, 327 – Honeywell; 123, 267, 354 – Lissabon.

<sup>292</sup> BVerfGE 129, 78, 98 ff. Rn. 75–82 – Le Corbusier Möbel. Zur Überschreitung der Wortlautgrenze, siehe Ebd. 96 f. Rn. 72. Kritisch *Fehling/Overkamp*, ZJS 2017, S. 489. Anders *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 210 (Fn. 74). Siehe *Paulus/Nölscher*, in: Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 136 f.

cc) Ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts  
und fremdstaatliche Akteure

Ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts erfüllen schon das Inlandsmerkmal nicht, wenn ihr Aktionszentrum nicht innerhalb der EU liegt.<sup>293</sup> Sofern es in der EU liegt, greift für sie das den Grundrechtsschutz ausschließende Konfusionsargument nicht ein, da sie als juristische Personen des ausländischen öffentlichen Rechts nicht Teil der deutschen Staatsgewalt sind,<sup>294</sup> deshalb weder über in Deutschland geltende Machtbefugnisse verfügen noch an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden sind.<sup>295</sup> Daraus ergibt sich im Umkehrschluss aber noch keine Grundrechtsberechtigung.<sup>296</sup> Bei ihnen versagt ferner die Lehre des personalen Substrats, da sich kein hinter ihnen stehendes Individuum ausmachen lässt.<sup>297</sup> Für diese Fälle kann nur das Vorliegen einer grundrechtstypischen Gefährdungslage der juristischen Person im Vergleich zum Individuum als maßgebliches Kriterium gelten.<sup>298</sup>

<sup>293</sup> Siehe *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, Art. 54 AEUV Rn. 7. In diese Richtung BVerfGE 143, 246, 317 Rn. 197 – Atomausstieg.

<sup>294</sup> *Feldmüller*, Die Rechtsstellung ausländischer Staaten, S. 195, S. 197 f.; dazu *Gounalakis*, Auch Erdogan hat Grundrechte – Repräsentanten ausländischer Staaten können sich in Deutschland auf die Meinungsfreiheit berufen, in: FAZ, Artikel vom 13. April 2017, S. 7.

<sup>295</sup> BVerfGE 143, 246, 312 f. Rn. 184 ff., insbesondere Rn. 194 – Atomausstieg; vgl. zu dem Argument BVerfGE 128, 226, 244 f. – Fraport. So auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 199 Rn. 78; Das Konfusionsargument grundsätzlich ablehnend *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 30; kritisch auch *v. Mutius*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 93.

<sup>296</sup> BVerfGE 143, 246, 315 Rn. 192 – Atomausstieg; 128, 226, 244, 246 f. – Fraport.

<sup>297</sup> BVerfGE 143, 246, S. 316 f. Rn. 195 – Atomausstieg.

<sup>298</sup> In diese Richtung ebd., S. 315 f. Rn. 194 f. – Atomausstieg; *Feldmüller*, Die Rechtsstellung ausländischer Staaten, S. 195 ff. untersucht die erforderlichen Merkmale der Gefährdungslage. *Paulus/Nölscher*, in: Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 138.



## (i) Fremde Staaten als ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts

Diese Gefährdungslage besteht für fremde Staaten nicht. Durch ihren völkerrechtlichen Status und der daraus folgenden Immunität sind sie, anders als deutsche Staatsbürger, der deutschen Rechtsordnung nicht existenziell unterworfen.<sup>299</sup> Entsprechendes gilt für ihre Staatsorgane und Teile dieser in amtlicher Funktion.<sup>300</sup> Sie sind nicht grundrechtsfähig.

## (ii) Inländische juristische Personen des Privatrechts in Händen eines ausländischen Staates

Anders könnte die Situation liegen, wenn eine inländische juristische Person des Privatrechts von einem fremden Staat beherrscht wird, ihm also zugerechnet werden kann, wie es beispielsweise bei *Sputnik Deutschland* oder *RT Deutsch* der Fall ist.<sup>301</sup> So entschied das BVerfG in seiner *Atomausstieg*-Entscheidung positiv über die Grundrechtsfähigkeit im Hinblick auf Art. 14 GG für eine inländische juristische Person des Privatrechts, die über eine Gesellschafterkette vollständig im Eigentum des EU-Mitgliedstaates Schweden steht.<sup>302</sup> Dort ergab sich zwar die Gefahr, dass das im Staatseigentum stehende Unternehmen ohne Grundrechtsberechtigung im Gegensatz zu allen anderen Marktteilnehmern gegenüber staatlichen Eingriffen durch Gesetz rechtsschutzlos gewesen wäre,<sup>303</sup> obwohl es lediglich als ein den anderen

<sup>299</sup> *Feldmüller*, ebd., S. 195, S. 197 (Freiheit eigener Art gegenüber der inländischen Staatsgewalt), S. 198 f. (keine Gewaltunterworfenheit durch Staatenimmunität [*acta iure imperii*], so auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 199 Rn. 77; *Heintzen*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdGR II, § 50 Rn. 11; dazu kritisch *Gounalakis*, Auch Erdogan hat Grundrechte – Repräsentanten ausländischer Staaten können sich in Deutschland auf die Meinungsfreiheit berufen, in: FAZ, Artikel vom 13. April 2017, S. 7), S. 200 (keine „*mutual relation between protection and obedience*“ mit Verweis auf *Quaritsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdStR V<sup>1</sup>, § 120 Rn. 38), S. 204. Ein gleiches Außenrechtsverhältnis sei nach *v. Mutius*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 108 ff. m. w. N. aber Grundvoraussetzung, ein bloßes Machtgefälle reiche nicht aus, vgl. Rn. 115, zusammenfassend Rn. 125.

<sup>300</sup> In diese Richtung BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 8. März 2017, – 2 BvR 483/17 –, juris, Rn. 3, wobei die Frage nach der grundsätzlichen Grundrechtsberechtigung nicht thematisiert wird. Kritisch und zur Abgrenzung zu privatem Handeln *Gounalakis*, Auch Erdogan hat Grundrechte – Repräsentanten ausländischer Staaten können sich in Deutschland auf die Meinungsfreiheit berufen, in: FAZ, Artikel vom 13. April 2017, S. 7. Überzeugender BVerfG EuGRZ 2016, 498, 499; OVG Münster EuGRZ 2016, 499, 500. Siehe auch *Feldmüller*, ebd., S. 199, S. 203 f.; *Heintzen*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdGR II, § 50 Rn. 11. Die Voraussetzungen finden sich bei *v. Mutius*, ebd., Rn. 107 ff., Rn. 115, Rn. 118.

<sup>301</sup> Zur Qualifikation als inländische juristische Personen des Privatrechts in den Händen Russlands siehe BT-Drs. 19/6562, S. 1 f.

<sup>302</sup> BVerfGE 143, 246, 312 ff Rn. 184 ff. – *Atomausstieg*; i. E. auch *Feldmüller*, Die Rechtsstellung ausländischer Staaten, S. 203 f. Für eine „Kontrolltheorie“ mit Einflusskontrolle plädiert hingegen *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 199 Rn. 79; *Quaritsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdStR V<sup>1</sup>, § 120 Rn. 54 f.

<sup>303</sup> BVerfGE 143, 246, 315 f. Rn. 194, 318 f. Rn. 199 ff. – *Atomausstieg*.

Unternehmen gleichstehendes Wirtschaftssubjekt am privaten Markt teilnahm.<sup>304</sup> Gleichwohl erkannte das Gericht, dass Privateigentum in Händen eines ausländischen Staates nicht dieselbe Funktion habe wie dasjenige Privater, so dass eine zur Grundrechtsberechtigung führende grundrechtstypische Gefährdungslage nicht in der gleichen Form vorlag wie bei inländischen Privaten.<sup>305</sup>

Maßgeblich für die Bejahung der Grundrechtsberechtigung war das Bestehen einer grundfreiheitstypischen Gefahr für die unionsrechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit der Muttergesellschaft.<sup>306</sup> Aufgrund der Anwendungserweiterung des Art. 54 Abs. 2 AEUV ist die Anwendbarkeit dieser Grundfreiheit nicht von einer personellen Differenzierung zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren abhängig. Deshalb war unbeachtlich, dass die Muttergesellschaft vollständig im Eigentum Schwedens steht.<sup>307</sup> Die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes erforderte ausnahmsweise<sup>308</sup> eine erweiterte Auslegung der wesensmäßigen Anwendbarkeit der eng mit der Niederlassungsfreiheit aus Art. 54 Abs. 1 AEUV verwobenen Eigentumsgarantie, auf die sich die inländische juristische Person berief. Eine solche Ausnahme, in der sich eine inländische juristische Person des Privatrechts auf Grundrechte beruft, die von einer ausländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts von einem der Mitgliedstaaten beherrscht wird, scheint nur für einen legislativen Eingriff denkbar, da ihr in anderen Konstellationen Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen.<sup>309</sup>

Diese Ausnahme lässt sich schon grundsätzlich nicht auf die Kommunikationsfreiheiten übertragen: Es besteht keine entsprechend eng mit den Kommunikationsfreiheiten verwobene unionsrechtliche Grundfreiheit, die in persönlicher Hinsicht auch auf staatliche Akteure anwendbar ist, so dass die Grundrechtsberechtigung nicht auf gleiche Weise extensiviert werden kann.<sup>310</sup> Eine grundrechtstypische Gefährdungslage kann hinsichtlich der freien Kommunikation nicht für die von staatlichen Akteuren der Europäischen Union beherrschten, inländischen juristischen Personen des Privatrechts angenommen werden. Inländische juristische Personen

<sup>304</sup> Ebd., S. 315 f. Rn. 194 – Atomausstieg.

<sup>305</sup> Ebd., S. 316 f. Rn. 195 – Atomausstieg mit der Begründung nach BVerfGE 61, 82, 108 f. – Sasbach. Siehe ferner schon Leitsatz 1) in BVerfGE 129, 78 – Le Corbusier Möbel, der insoweit auf die unionsrechtlichen Grundfreiheiten rekurriert. Siehe auch *Paulus/Nölscher*, in: *Ludwigs/Remien*, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 138.

<sup>306</sup> Vgl. BVerfGE 143, 246, 318 f. Rn. 200 f. – Atomausstieg. Siehe zu den Gründen auch *Paulus/Nölscher*, ebd.

<sup>307</sup> BVerfGE 143, 246, 317 f. Rn. 196 ff. – Atomausstieg; kritisch *Fehling/Overkamp*, ZJS 2017, S. 488.

<sup>308</sup> Hieraus resultiert keine allgemeine Beschwerdefähigkeit vor dem Bundesverfassungsgericht für Privatrechtsträger in ausländischem Staatseigentum aus der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit, vgl. *Paulus/Nölscher*, in: *Ludwigs/Remien*, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 139.

<sup>309</sup> Vgl. BVerfGE 143, 246, 318 Rn. 199 f., 321 f. Rn. 208 ff. – Atomausstieg.

<sup>310</sup> Eine Kompetenzerweiterung der GrCh auf dieses Verhältnis ist schon nach Art. 51 Abs. 1 und 2 GrCh nicht möglich, zum Ganzen siehe aber *Masing*, JZ 2015, S. 481 ff.



des Privatrechts, die von Drittstaaten beherrscht werden, wie *Sputnik Deutschland und RT Deutsch*, sind daher *a fortiori* ebenso wenig grundrechtsfähig wie die Drittstaaten und ihre Organe<sup>311</sup> selbst. Dies bedeutet indes nicht, dass derartige Akteure über keinerlei Rechtsschutzmöglichkeiten verfügten. So sind sie, soweit ihnen einfach-gesetzlich subjektive Rechte eingeräumt werden, vor den Fachgerichten klage- und antragsbefugt.<sup>312</sup>

### c) Ergebnis: Persönlicher Schutzbereich

Jede natürliche Person kann sich unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit auf die Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 GG berufen. Dies gilt gleichermaßen für die nicht von Staaten beherrschten juristischen Personen des Privatrechts mit Sitz in einem der EU-Mitgliedstaaten. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind ungeachtet ihrer in- oder ausländischen Trägerschaft nicht fähig, sich auf die Kommunikationsgrundrechte zu berufen.

## 2. Sachlicher Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Für den sachlichen Schutz nennt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG das Äußern der Meinung in Wort, Schrift und Bild. Meinungsäußerungen sind daher grundsätzlich geschützt; andere Äußerungsformen sind vom Wortlaut nicht erfasst. „Fake News“ stellen hingegen desinformative Gedankeninhalte dar, die zwar mit Meinungen verwoben sein können, aber nicht müssen.<sup>313</sup> Es stellt sich daher ganz grundsätzlich die Frage, ob sie überhaupt am Schutz der Meinungsfreiheit teilnehmen, da sonst nur der Schutz der Allgemeinen Handlungsfreiheit eingreifen würde. Aufgrund dieser Überschneidungen von „Fake News“-Äußerungen mit Meinungen und Tatsachenbehauptungen soll zunächst knapp das von der Meinungsfreiheit grundsätzlich geschützte Verhalten (a) sowie der inhaltliche Schutz von Meinungen (b) erörtert werden, bevor der für die hiesige Untersuchung maßgebliche Schutz von Tatsachenäußerungen als Schwerpunkt (c) und der Schutz von rhetorischen Fragen (d) untersucht wird.

<sup>311</sup> Siehe den Abschnitt „Fremde Staaten als ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts“ unter C. III. 1.b) cc) (i). Vgl. ferner BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 8. März 2017, – 2 BvR 483/17 –, juris, Rn. 3.

<sup>312</sup> Vgl. nur den jüngst (unbegründeten) verwaltungsgerichtlichen Eilantrag nach § 80 Abs. 5 Alt. 1 VwGO (wegen § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 7 Abs. 3 Hs. 2 MStV) von *RT Deutsch* vor dem VG Berlin, Beschluss vom 17. März 2022, – VG 27 L 43/22 –, der gegen die Untersagung der Sendeerlaubnis nach § 109 Abs. 1 i. V. m. §§ 52 ff. Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland vom 14./28. April 2020 (Geltung im vorliegenden Fall durch Zustimmungsgesetz des Landes Berlin, GVBl. S. 698). Eine Entscheidung in der Hauptsache steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch aus.

<sup>313</sup> Siehe schon Abschnitt „Begriffsbestimmung“ unter Punkt B. I.

## a) Geschütztes Verhalten

## aa) Positives Äußern und negatives Nichtäußern

Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst nur das Äußern und Verbreiten einer Meinung, folglich das Verbalisieren und Nachaußentragen einer Wertung, nicht schon das bloße Sich-Äußern.<sup>314</sup> Zur individuellen Selbstverwirklichung muss daneben auch die inverse, negative Komponente des Nichtäußerns und Nichtoffenbarens der eigenen Meinung<sup>315</sup> oder dem Nichtausgesetztsein von Meinungen<sup>316</sup> (negative Meinungsfreiheit) geschützt sein.<sup>317</sup>

## bb) Form sowie Art und Weise der Präsentation: „Wort, Schrift und Bild“

Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sind zwar nur Meinungsäußerungen in Wort, Schrift und Bild geschützt. Hierbei handelt es sich jedoch bloß um eine nicht abschließende Enumeration, da andernfalls nonverbale, konkludente sowie neuartige, digitale Aussagen, beispielhaft in Form von *Emojis*, *Smileys* oder *Gifs*, ausgeschlossen wären, wodurch Schutzlücken entstünden. Wertungen kommen in allen Kommunikationsformen zum Ausdruck, weshalb auch jede Form geschützt sein muss.<sup>318</sup>

Meinungsäußerungen zielen auf die Meinungsbildung beim Rezipienten.<sup>319</sup> Ihre Wirkung ist dabei von ihrer Präsentation abhängig. Eine Aufspaltung in geschützte Aussage und nicht geschützte Wirkung wäre insofern künstlich, sinn- und schutz-zweckwidrig.<sup>320</sup> Die geistige Wirkung der Meinung muss frei sein, selbst wenn Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hierzu schweigt.<sup>321</sup> Jeder muss diejenigen Umstände seiner Äußerung wählen können, die ihr seines Erachtens die stärkste Wirkung verleihen (sog. Modalitätenwahlfreiheit).<sup>322</sup> Jede Art und Weise der Artikulation ist folglich geschützt:

<sup>314</sup> Zum Meinungsbegriff siehe den Abschnitt „Inhaltlicher Schutz: Meinungen“ unter Punkt C. III. 2. b).

<sup>315</sup> BVerfGE 95, 173, 182 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse; *Merten*, in: ders./Papier, HdGR II, § 42 Rn. 90 ff.; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (52. Ed.), Art. 5 Rn. 16.

<sup>316</sup> *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 18. Zum gleichen Ergebnis gelangt *Kimminich*, Der Staat 3 (1964), S. 61, der dieses Rechts aus der Allgemeinen Handlungsfreiheit ableitet.

<sup>317</sup> Siehe den Abschnitt „Freiheitsrechtliche Implikationen des Grundgesetzes“ unter Punkt C. II. 2. a) aa).

<sup>318</sup> So zutreffend BVerfGE 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“. *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 25; *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 139 ff.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 12; *Schultze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II Rn. 67; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 63; *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S. 241.

<sup>319</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 210 – Lüth mit Verweis auf *Häntzschel*, HbdStR II, S. 655; BVerfGE 25, 256, 264 f., 268 – Blinkfuer; 61, 1, 7 – Wahlkampf; 90, 1, 14 f. – Jugendgefährdende Schriften.

<sup>320</sup> Vgl. auch BVerfGE 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“; 61, 1, 7 – Wahlkampf; 7, 198, 210 – Lüth; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 12.

<sup>321</sup> BVerfGE 97, 391, 398 f. – Mißbrauchsvorwurf; 25, 256, 264 f. – Blinkfuer; 7, 198, 210 – Lüth. Ausführlich auch *Wendt*, ebd., Rn. 12 f.

<sup>322</sup> Vgl. ebd.; BVerfGE 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“;

Meinungen können direkt, indirekt, reißerisch oder satirisch verfremdet formuliert sein, Allgemeingültigkeit oder besondere Bedeutung beanspruchen, der Fantasie entspringen, aber ebenso nur auf dem menschlichen Grundbedürfnis des Sich-Mitteilens beruhen, ohne ernstliche Relevanz aufzuweisen.<sup>323</sup> Auch die Wahl der Umstände der Kundgabe, wie Ort, Zeit und Reichweite einer Äußerung (privat oder öffentlich) oder die Anonymität des Äußernden, fallen hierunter.<sup>324</sup> Die Meinungsäußerungsfreiheit ist aber nur dort gewährleistet, wo der Äußernde tatsächlich Zugang findet; sie gewährt keinen Anspruch auf Zutritt zu unzugänglichen Orten.<sup>325</sup>

### cc) Meinungsbildung

Der aktiven Aussprache oder dem Innehalten ist ein innerer Prozess vorgelagert: Die Meinungsbildung. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nennt sie zwar nicht explizit. Gleichwohl ist sie Grundvoraussetzung einer individuellen Äußerung und ist daher ebenfalls von der Meinungsfreiheit geschützt.<sup>326</sup> Sie liegt in dem primär innengerichteten Zwischenstadium von der Ausübung der primär passiven Informationsfreiheit und der aktiven Meinungsäußerung.<sup>327</sup> Sie ist dabei ein „Mehr“ zur Informationsfreiheit, die sich auf den ungehinderten Zugang zu allgemein zugänglichen Quellen beschränkt, und ein „Weniger“ zur aktiven Kommunikation.

Die Äußerungsfreiheiten stellen bereits sicher, dass der „freie“ Meinungsbildungsprozess staatsfrei und grundsätzlich unreglementiert bleibt<sup>328</sup>: Weist die Meinungsbildung Außenwirkung auf, ist ihr Schutz grundsätzlich bereits durch die ausdrücklich im Grundgesetz genannten positiven und negativen Kommunikations-

<sup>323</sup> Vgl. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 74. Vgl. auch AG Kassel NJW 2014, 801, 802.

<sup>324</sup> Insbesondere zur Anonymität siehe BVerfGE 97, 391, 399 – Mißbrauchsvorwurf. In Bezug auf das Internet, siehe BGHZ 181, 328, 341 Rn. 38 – „spickmich.de“; BGH, Urteil vom 1. Juli 2014, – VI ZR 345/13 –, juris, Rn. 9 ff.; LG München I ZUM 2013, 979, 980; OLG Hamm ZUM-RD 2011, 684, 685. So auch *Kersten*, JuS 2017, S. 195 f.; *B. Lorenz*, VuR 2014, S. 87; *Hoeren*, ZRP 2010, S. 253. Kritisch hingegen *Bernreuther*, AfP 2011, S. 223. Zur Reichweite siehe statt vieler *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 23 m. w. N.

<sup>325</sup> BVerfG NJW 2011, 1201, 1208. Etwas anderes deutet das BVerfG jedoch hinsichtlich einer der Informationsfreiheit entspringenden staatlichen Wiederbeschaffungspflicht von Akten an, die die bei der Behörde angefallen waren und dann in den Gewahrsam privater Dritter gelangt sind, vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 20. Juni 2017, – 1 BvR 1978/13 –, juris, Rn. 25 ff.

<sup>326</sup> Vgl. BVerfGE 97, 391, 399 – Mißbrauchsvorwurf; 57, 295, 319 – FRAG.

<sup>327</sup> BVerfGE 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 57, 295, 319 – FRAG; 54, 208, 219 – Böll; 27, 71, 81 – Leipziger Volkszeitung; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 67.

<sup>328</sup> Vgl. BVerfGE 103, 111, 130 f. – Wahlprüfung Hessen; 69, 315, 346 – Brokdorf; 20, 56, 98 f. – Parteienfinanzierung II; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen; 12, 113, 125 – Schmid-Spiegel; 9, 162, 165 – Hochverrat ohne Parteiverbot; 8, 102, 113 – Volksbefragung; *Paal*, Meinungsvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 97. Nach BVerfGE 136, 9, 33 ff. Rn. 43 ff. – ZDF-Staatsvertrag muss der Rundfunk als Medium und Faktor der Meinungsbildung entgegen der früheren Leitlinie nur noch staatsfern organisiert sein, wodurch die Meinungsbildung grundsätzlich staatliche Einflüsse erfahren kann. Siehe hingegen die abweichende Meinung *Paulus* BVerfGE 136, 1, 60 ff. Rn. 116 ff.

grundrechte hinreichend abgedeckt: Die negative Ausprägung schützt vor staatlichen Aussagezwängen, die positive vor Eingriffen in die aktive Kommunikation.<sup>329</sup> Der Schutz der freien Meinungsbildung ist darin inkludiert.

Solange die individuelle Meinungsbildung allein im „*forum internum*“ betroffen ist, bedarf es keines gesonderten Grundrechtsschutzes, da dieses Verhalten von außen nicht bedrohbar ist.<sup>330</sup> Die eigenen Gedanken bleiben grundsätzlich unberührt.

### b) Inhaltlicher Schutz: Meinungen

Wortlautgetreuer Ausgangspunkt des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ist der Schutz von Meinungsäußerungen. Meinungen sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauch subjektive (Be-)Wertungen von Tatsachen.<sup>331</sup> Sie sind daher durch das Element der Stellungnahme oder des Dafürhaltens geprägt.<sup>332</sup> Dies trifft auf persönliche Auffassungen zu, die sich der Grundrechtsträger zu allen denkbaren Themen bildet.<sup>333</sup> Kennzeichnend für eine Meinung ist damit der subjektive Bezug zwischen dem Sich-Äußernden und dem Gegenstand der Äußerung.<sup>334</sup> Sie lässt sich daher nicht als wahr oder unwahr erweisen. Allenfalls kann sie als wahrhaftig oder unaufrichtig, rational oder grundlos<sup>335</sup>, abstrus<sup>336</sup>, emotional, polemisch, pointiert<sup>337</sup>, mehr-

<sup>329</sup> Vgl. BVerfGE 27, 71, 81 – Leipziger Volkszeitung; Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 99.

<sup>330</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 17.

<sup>331</sup> So auch BVerfGE 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“; 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 71, 162, 180 – Autobiographie eines Chefarztes; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 33, 1, 14 – Strafgefangener; 7, 198, 210 – Lüth; Möller, Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 242; Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 74; Kritisch Fechner, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 80.

<sup>332</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300, 320 – Wunsiedel; 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“; 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 14 – Bayer-Aktionäre.

<sup>333</sup> Vgl. BVerfGE 33, 1, 15 – Strafgefangener; Degenhart, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 108 m. w. N.; Jestaedt, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 34; Schmidt-Jortzig, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 20.

<sup>334</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300, 320 – Wunsiedel; 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 33, 1, 14 – Strafgefangener; 7, 198, 210 – Lüth. So auch Jestaedt, ebd., Rn. 34; Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 8; Degenhart, in: ebd., Rn. 108 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II Rn. 62; Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 5 Rn. 5; Hoffmann-Riem, in: Stein/Denninger/ders., AK, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 29; Vesting, AöR 122 (1997), S. 340; Grimm, NJW 1995, S. 1698.

<sup>335</sup> BVerfGE 42, 163, 170 f. – Herabsetzendes Werturteil.

<sup>336</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 20; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 65. Ähnlich Zaczyk, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602.

<sup>337</sup> OLG München, Beschluss vom 31. Mai 2017, – 5 OLG 13 Ss 81/17 –, juris, Rn. 11 schützt sogar „überpointierte Kritik“. In diese Richtung auch BayObLGSt 2001, 92, 95, 100 unter Bezugnahme auf BVerfGE 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre. OLG Brandenburg, Urteil vom 11. April 2016, – 1 U 13/15 –, juris, Rn. 51.

deutig<sup>338</sup>, abstoßend, nachvollziehbar, kommerziell<sup>339</sup>, verachtenswert, menschenverachtend<sup>340</sup>, beleidigend<sup>341</sup>, religionskritisch oder gar -feindlich, politisch, rechts- oder linksextremistisch<sup>342</sup> bewertet werden – Konnotationen, die grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Eröffnung des Schutzbereiches haben dürfen.<sup>343</sup> Ihr Urheber soll sie zugunsten größtmöglicher Wirkung schließlich in jeder beliebigen Art und Weise äußern können. Jegliche Meinungsinhalte müssen daher in den Schutzbereich einbezogen werden. Dies betont auch das BVerfG anlässlich von Versuchen, Wertungen wegen ihrer Schärfe oder ihrer Form den Grundrechtsschutz zu entziehen, in seiner ständigen Rechtsprechung ausdrücklich.<sup>344</sup> Meinungen können auch auf Überzeugungen Dritter gründen. So äußert seine Meinung auch, wer sich die Wertung eines anderen zu eigen macht, indem er sie in seinen Gedankengang einpflegt oder sie kundtut, ohne sich von ihr zu distanzieren.<sup>345</sup>

### c) Schutz von Tatsachenaussagen und -behauptungen

„Fake News“ stellen Aussagen dar, die desinformative Inhalte, mithin unwahre Tatsachen, enthalten. Da Tatsachenaussagen im Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG keine ausdrückliche Erwähnung finden, gilt es zunächst zu beantworten, ob sie

<sup>338</sup> BVerfGE 114, 339, 348 ff. – Stolpe-Beschluss.

<sup>339</sup> Vgl. BVerfGE 107, 275, 280 – Benetton II; 102, 347, 359 – Benetton I; 95, 173, 182 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse; 71, 161, 162, 175 – Autobiographie eines Chefarztes; 30, 336, 352 – Sonnenfreunde. Restriktiver früher noch BVerfGE 40, 371, 382 – Werbefahrten; 60, 215, 229 ff. – Werbung eines Steuerberaters; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 64 f.; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 79; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 92. Siehe zur Rechtsprechung des EGMR auch EGMR, Urteil vom 16. Juli 2013, Nr. 1562/10 – Remuszko ./. Polen; *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Marauhn, § 18 Rn. 131 ff.

<sup>340</sup> Vgl. hierzu auch BVerfGE 128, 300, 320 – Wunsiedel.

<sup>341</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 124, 300, 320 – Wunsiedel; 93, 266, 289 ff. – „Soldaten sind Mörder“; 82, 272, 280 f. – Postmortales Persönlichkeitsrecht; 61, 1, 7 f. – Wahlkampf; 54, 129, 139 – Kunstkritik; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 10. Ergibt sich auch aus dem Gegenschluss zum Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG, der Beschränkungen zugunsten des „Rechts der persönlichen Ehre“ ermöglicht.

<sup>342</sup> Zu rechts- und linksextremistischen Meinungen sowie zu Haltungen verschiedener Glaubensrichtungen und Religionen, *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 Rn. 62.

<sup>343</sup> BVerfGE 124, 300, 320 – Wunsiedel; 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“; 61, 1, 7 f. – Wahlkampf; 33, 1, 15 – Strafgefangener; 30, 336, 347 – Sonnenfreunde; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 74 ff.; *Härtling*, ZRP 2015, S. 222; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 340. Zur abgestuften Schutzwürdigkeit im Rahmen der Güterabwägung siehe Abschnitt „Leitlinien und Kriterien der qualifizierten Einzelakt-Verhältnismäßigkeitsprüfung“ unter Punkt D. III. 1. e).

<sup>344</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1, 7 f. – Wahlkampf; 54, 129, 138 f. – Kunstkritik; 33, 1, 14 f. – Strafgefangener.

<sup>345</sup> Vgl. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 74. Allgemeiner *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 85.

vom sachlichen Schutz der Meinungsfreiheit erfasst werden (aa)).<sup>346</sup> Der sachliche Schutzbereich eines Grundrechts bestimmt sich nicht bloß anhand seines Wortlauts, sondern grundsätzlich normativ anhand seines jeweiligen Schutzzwecks.<sup>347</sup> Sofern der materielle Schutz besteht, soll in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob dies speziell auch für unwahre Tatsachenbehauptungen gilt (bb)). In beiden Punkten sollen die Maßstäbe des BVerfG, des erkenntnistheoretisch-relativistischen Ansatzes der Literatur und des EGMR differenziert betrachtet und ihre jeweiligen Eigenheiten erläutert werden. Auf die Meinungsfreiheit nach Art. 11 GrCh soll in diesem Abschnitt nicht näher eingegangen werden. Erstens gilt die Charta nach Art. 51 Abs. 1 GrCh nur für Organe der EU und die Mitgliedstaaten und nur bei der Durchführung von Unionsrecht.<sup>348</sup> Selbst wenn der EuGH<sup>349</sup> und das Bundesverfassungsgericht<sup>350</sup> unterschiedliche Maßstäbe an ein Durchführen anlegen, beinhaltet Art. 11 GrCh nahezu wörtlich dieselbe Gewährleistung wie Art. 10 EMRK.

Da die EMRK indes alle staatliche Gewalt auf allen Ebenen adressiert und damit der Ansatz eines umfassenden Grundrechtsschutzes verfolgt wird, kann auf eine nähere Darstellung der Leitlinien zu Art. 11 GrCh verzichtet werden.<sup>351</sup>

<sup>346</sup> Zu einer engen, rein grammatikalischen Schutzbereichstheorie, vgl. *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 51.

<sup>347</sup> Vgl. zu den Ausgangspunkten des BVerfG und der hier vertretenen Ansicht den Abschnitt „Die „dienende Meinungsfreiheit“ unter Punkt C. II. 2. b); *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 34 m. w. N.

<sup>348</sup> Zum Ganzen ausführlich *Masing*, JZ 2015, S. 481 ff. m. w. N.

<sup>349</sup> Siehe nur EuGH, Urteil vom 4. März 2010, – C-578/08 –, Slg. 2010, I-1839, Rn. 43 f. – Chakroun; Urteil vom 18. Juni 1991, – C-260/89 –, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 ff. – ERT. Siehe aber vor allem die extensive Auslegung in EuGH, Urteil vom 16. Februar 2013, – C-617/10 –, curia, – Åkerberg Fransson. Siehe aber auch die restriktivere Linie in EuGH, Beschluss vom 7. November 2013, – C-371/13 –, curia, Rn. 16 ff. – SC Schuster & Co Ecologic; Beschluss vom 18. November 2013, – C-258/13 –, Rn. 21 – Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio.

<sup>350</sup> Deutlich restriktiver hingegen BVerfGE 133, 277, 316 – ATDG.

<sup>351</sup> Zum Verhältnis von EMRK und GG sowie zum einfachem Recht siehe BVerfGE 128, 326, 368 – Sicherungsverwahrung I; 111, 307, 319; 323 ff – Görgülü; 74, 358, 370 – Unschuldvermutung; *Masing*, JZ 2015, S. 476–480. Zur grundsätzlichen Trennung von völkerrechtlicher Verpflichtung und innerstaatlicher Rechtsordnung siehe BVerfGE 141, 1, 25 Rn. 60 ff.; zur Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, Rn. 64 f. sowie BVerfGE 112, 1, 5 – Ost-Enteignungen. Zur Orientierungs- und Leitfunktion der Entscheidungen des EGMR und für die daraus folgende Berücksichtigungspflicht staatlicher Gewalt, siehe BVerfGE 128, 326, 366 ff. – Sicherungsverwahrung I; 111, 307, 317 ff., 324, 328 ff. – Görgülü.



## aa) Grundsätzlicher Schutz von Tatsachen

Tatsachen stellen objektive und nachweisbare Umstände, Sachverhalte oder Daten der Gegenwart oder Vergangenheit dar.<sup>352</sup> Bei ihnen steht die Beziehung zwischen dem Äußerungsinhalt und der Realität im Vordergrund.<sup>353</sup> Als Beispiel dienen statistische Erhebungen.<sup>354</sup> Ob und unter welchen Umständen tatsachenbeinhaltende Aussagen unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen, ist Gegenstand dieses Abschnitts.

## (i) Bundesverfassungsgericht und Teile der Literatur

Die Rechtsprechung des BVerfG orientiert sich an der nur Werturteile umfassenden Terminologie des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Im Unterschied dazu lassen Tatsachenmitteilungen subjektive Komponenten vermissen; sie sind vielmehr geprägt von ihrer objektiven Beziehung zum Äußernden und daher keine Meinungen im engeren Sinne.<sup>355</sup> Das BVerfG begreift Meinungen und Tatsachen folglich als oppositäre Binäre und kreiert ein darauf basierendes bipolares Schutzsystem. Wertfreie Tatsachenwiedergaben, Berichte und Nachrichten sind danach grundsätzlich nicht unmittelbar von der Meinungsfreiheit geschützt.<sup>356</sup>

Jedoch erkennt auch das BVerfG, dass Tatsachenäußerungen regelmäßig nicht völlig beziehungslos geäußert, sondern vielmehr als wertende Behauptung in Diskurse eingeführt werden, um Ansichten argumentativ abzustützen.<sup>357</sup> Es geht also regelmäßig gar nicht um die bloß objektive Abbildung von Fakten, sondern um das Verstärken der eigenen Meinung. Solche Tatsachenbehauptungen stehen daher

<sup>352</sup> BVerfGE 94, 1, 8 – DGHS; 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 86. Zu Schutz von zukünftigen Prozessen und Ereignissen, vgl. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 73. Ausführlich zur Definition und verfassungsdogmatischen Unterscheidung siehe *Rühl*, Tatsachen, S. 282 f.

<sup>353</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe nur BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; *Grimm*, NJW 1995, S. 1702. Anders *Lubmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 360 ff. Kritisch *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 600 f.; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 342 f.

<sup>354</sup> Vgl. hierzu auch BVerfGE 65, 1, 41 – Volkszählung.

<sup>355</sup> Vgl. BVerfGE 94, 1, 8 – DGHS; 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 23, 31 – rhetorische Frage; 61, 1, 8 – Wahlkampf. Siehe aber auch die in diese Richtung deutenden Darstellungen in *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 21. Ähnlich auch *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 63 f.; *Ridder*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, HbGR II, S. 264 f.

<sup>356</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 65, 1, 40 f. – Volkszählung. *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 4; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 12 Rn. 391; *Rühl*, Tatsachen, S. 283, kritisch zu dieser rein „binären“ Differenzierung, S. 286. Kritisch auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 Rn. 64.

<sup>357</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf. Zum händisch erstellten Anwaltsranking siehe BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 7. November 2002, – 1 BvR 580/02 –, juris, Rn. 8 ff. Siehe hierzu auch *Rühl*, ebd., S. 285 f.; *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 19; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699; *Huster*, NJW 1996, S. 487.

gewissermaßen als Bindeglied zwischen den beiden Extrempolen der wertfreien Tatsachen und subjektiven Meinungen. Ein strikt am Wortlaut orientierter Ansatz ließe insofern eine künstliche Schutzlücke entstehen.<sup>358</sup>

#### (1) Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung

Aus diesem Grund zieht das BVerfG seine am Wortlaut orientierte Schutzgutbetrachtung heran und fragt maßgeblich danach, ob die geäußerte Aussage einen Beitrag zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung leistet.<sup>359</sup> Weil und soweit dies bei Aussagen, die untrennbar miteinander verwobene Tatsachenelemente und Wertungen beinhalten, der Fall sei, ist nach Ansicht des Gerichts der Schutzbereich eröffnet.<sup>360</sup>

##### (a) Untrennbarkeit

Untrennbar seien die Elemente, sofern ihre Separierung eine Sinnverfälschung des Aussageinhalts ergäbe.<sup>361</sup> Eine derartige Verzerrung ist jedenfalls vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit nicht hinnehmbar. Man würde dem Äußernden eine andere Aussage in den Mund legen, als er beabsichtigt hat. Anhand der Spruchpraxis des BVerfG lässt sich ablesen, dass bei solchen „Mischäußerungen“ regelmäßig keine klare Grenze zwischen den beiden Elementen einer Aussage gezogen werden kann.<sup>362</sup>

##### (b) „Jedenfalls-Grundsatz“: „In den Hintergrundtreten der Tatsachelemente“ als Äquivalent des „Geprägt-seins von Elementen der Stellungnahme“

Von einer meinungstiftenden Wirkung der Aussage geht das BVerfG „jedenfalls“ aus, wenn der „*tatsächliche Gehalt gegenüber der Wertung in den Hintergrund tritt*“<sup>363</sup>. Diese Annahme resultiert daraus, dass Elemente der Stellungnahme die Aussage

<sup>358</sup> Vgl. auch *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 21; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 64 f.; *Ridder*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, HbGR II S. 354 f.

<sup>359</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 248 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 23, 31 – rhetorische Frage; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 71, 162, 179 – Autobiographie eines Chefarztes; 65, 1, 41 – Volkszählung; 61, 1, 8 f. – Wahlkampf. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 81. Zu den Gründen siehe Abschnitt „Die ‚dienende Meinungsfreiheit‘“ unter Punkt C. II. 2. b).

<sup>360</sup> BVerfGE 99, 185, 198 – Scientology; 90, 241, 248 – Ausschwitzlüge; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 54, 208, 219 – Böll; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699.

<sup>361</sup> Vgl. ebd.; kürzlich bestätigt in BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, –1 BvR 2732/15 –, juris, Rn. 12; BGHZ 139, 95, 101; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 4, Rn. 26.

<sup>362</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 248 – Ausschwitzlüge; 85, 23, 31 – rhetorische Frage; 54, 129, 139 – Kunstkritik; 12, 113, 126, 130 – Schmid/Spiegel; jüngst auch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, –1 BvR 2732/15 –, juris, Rn. 12.

<sup>363</sup> BVerfGE 90, 1, 15 *e contrario* – Jugendgefährdende Schriften; 61, 1, 8 – Wahlkampf. Restriktiver hingegen BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology; 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; *Grimm*, NJW 1995, S. 1698. Kritisch *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 36 ff.



subjektiv färben und wertende Äußerungen meinungsbildend sind.<sup>364</sup> Stellen sie sogar das zentrale Element einer Äußerung dar, muss sie dem Schutzzweck zufolge geschützt sein – die „Beitragsformel“ greift dann voll durch.

Bei einer Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen verzahnt sind, ist der Bestand wertender Attribute unbestreitbar. Wann diese die Aussage prägen und spiegelbildlich Tatsachelemente „in den Hintergrund treten“, gilt es im Folgenden zu beantworten.

#### (aa) Schwerpunkt Betrachtung

Tatsachenelemente treten nach Ansicht des Gerichts in den Hintergrund, wenn Aussagen von Elementen der Stellungnahme geprägt sind, da es mit diesem Charakteristikum eine Meinung definiert.<sup>365</sup> Ein „Prägendsein“ bedeutet grundsätzlich, einen beherrschenden, lenkenden Anteil an etwas zu haben.<sup>366</sup> Dass es sich hierbei nicht um eine bloß quantitative Prägung durch die geäußerten Satzelemente handeln kann, ist vor dem Hintergrund des zu gewährleistenden Diskurses offensichtlich.<sup>367</sup> Eine solch formale Betrachtung würde schwerwiegende Folgen für den Kommunikationsschutz mit sich bringen. Knappe Wertungen werden häufig erst durch eine behauptende Tatsachenelementen-Enumeration plausibilisiert. Diese Äußerungsweise wäre dann aufgrund eines überwiegenden Tatsachenbestandes und trotz ihres Stellenwertes für die Meinungsbildung nicht geschützt. Dies würde wenig vorhersehbare, willkürlich wirkende Ergebnisse produzieren, was den Kommunikationsprozess hemmen und dem Sinn des Kommunikationsschutzes widersprechen würde.

Es kann für die (verfassungs-)rechtliche Bewertung daher nur auf den Schwerpunkt des materiellen Aussagegehalts ankommen, der ermittelt werden muss.<sup>368</sup> Maßgeblich ist daher allein, ob mit der Äußerung vordergründig eine Wertung zum Ausdruck gebracht wird. Denn dann ist sie *de facto* Meinung und muss am Schutz der Meinungsfreiheit teilnehmen.<sup>369</sup> Nur eine solch inhaltlich-qualitative Schwerpunkt Betrachtung entspricht der vom BVerfG entworfenen „Beitragsformel“.<sup>370</sup>

<sup>364</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 33, 1, 14 – Strafgefangener.

<sup>365</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 7, 198, 210 – Lüth. Dieses synonyme Verständnis veranschaulicht BVerfGE 61, 1, 9 – Wahlkampf: „Sofern eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts. Das muß auch dann gelten, wenn sich diese Elemente, wie häufig, mit Elementen einer Tatsachenmitteilung oder -behauptung verbinden oder vermischen, jedenfalls dann, wenn beide sich nicht trennen lassen und der tatsächliche Gehalt gegenüber der Wertung in den Hintergrund tritt.“

<sup>366</sup> Vgl. beispielsweise „Prägung“ Brockhaus, Enzyklopädie, Band 22, S. 39.

<sup>367</sup> Vgl. BVerfGE 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; siehe auch BVerfGE 85, 23, 33 – rhetorische Frage.

<sup>368</sup> BVerfGE 82, 272, 280 f. – Postmortale Schmähkritik; 82, 43, 52 – Strauß-Transparent; 43, 130, 136 f. – Flugblatt. Ähnlich BVerfGE 90, 1, 14 f. – Jugendgefährdende Schriften.

<sup>369</sup> Vgl. BVerfGE 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 9 – NPD-Europas *e contrario*. Ähnlich BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; Huster, NJW 1996, S. 490 *e contrario*.

<sup>370</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 f. – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf. Kritischer *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR

## (bb) Uneinheitliche Spruchpraxis

Kritikwürdig scheint aber, dass das BVerfG seine selbst aufgestellten Maßstäbe einer Vordergründigkeit nie eigenständig näher skizziert und daher unklar ist, woran diese in verständiger Weise zu bemessen sein soll.<sup>371</sup> Eine klare Differenzierung ist daher schwer greifbar. Dies wird noch dadurch unterstützt, dass das BVerfG keine eindeutige Grenzlinie zwischen der Frage des „in den Hintergrundtretens“ des Tatsachengehaltes und der Frage nach dem allgemeinen Erfordernis eines Beitrages für die Meinungsbildung der Aussage zieht. Vielmehr schiebt das BVerfG seinen grundsätzlichen Erörterungen zum Schutz von Tatsachenbehauptungen jeweils eine Art „Zweifelsregel“ zugunsten der Meinungsfreiheit nach.<sup>372</sup> Es scheint in diesem Kontext so, als wäre das einst vom ihm eigens entwickelte und immer wieder hochgehaltene Trennungsbedürfnis von Wertungen und Tatsachen in der eigenen Spruchpraxis unlängst aufgegeben, ohne dabei auf die jeweiligen Schwierigkeiten der Trennbarkeit von sich vermengenden wertenden und tatsächlichen Elementen überhaupt noch einzugehen. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit wird nach den repetierten Grundsätzen zum Schutz von Tatsachenbehauptungen und Meinungen auch für aus beiden Formen bestehenden Mischäußerungen meist ohne größere Umschweife eröffnet.

Ein kurzes Opponieren zeigt sich bloß in zwei Kammerentscheidungen, in denen ausnahmsweise der Meinungsschutz versagt wurde.<sup>373</sup> Sie betrafen laut Gericht evident unwahre (wertfreie) Tatsachenmitteilungen. Sie konnten vollständig auf Tatsachenbehauptungen reduziert werden und vermochten aufgrund ihrer erwiesenen Unwahrheit nach dem Gericht allgemein keinen Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung zu leisten.<sup>374</sup>

In dieselbe Richtung deutet auch die *Jugendgefährdende Schriften*-Entscheidung<sup>375</sup>, in der man das BVerfG ebenfalls so verstehen kann, als wolle es einen Vorrang der wertenden Elemente immer schon annehmen, solange sich die Aussage nicht in Gänze auf eine Tatsachenaussage reduzieren lässt.<sup>376</sup> Eine solche „*Reduktion auf Null*“ dürfte sich in der Regel praktisch schon deshalb als schwierig erweisen, da so gut wie nie wertfreie Tatsachenkundgaben geäußert werden, was das BVerfG in der eigenen Spruchpraxis bestätigt, indem es bloß in zwei Verfahren keine Wertung

---

IV/1, § 102 Rn. 35 f.

<sup>371</sup> Siehe nur BVerfGE 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 61, 1, 9, 13 – Wahlkampf.

<sup>372</sup> Ebd.; siehe ferner BVerfGE 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge.

<sup>373</sup> Vgl. BVerfG NJW 1993, S. 916 ff. – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenverrichtung. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, –1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 20.

<sup>374</sup> Ebd.

<sup>375</sup> BVerfGE 90, 1, 21 – Jugendgefährdende Schriften.

<sup>376</sup> Siehe nur die Subsumtion in ebd., S. 15 (unten) – Jugendgefährdende Schriften.

annahm.<sup>377</sup> Ist sie hingegen möglich, liegt eine wertfreie Tatsachenaussage vor, die nach Ansicht des Gerichts nicht in jedem Fall einen Beitrag zur Meinungsbildung leistet und daher den Schutz der Meinungsfreiheit nicht genießt.<sup>378</sup>

Damit bleibt festzuhalten, dass das BVerfG zur Feststellung der „Prägung wertender Elemente“ von einer Art „Reduktionsthese“ hinsichtlich der Tatsachelemente ausgeht. Dies bestätigt sich auch in der kurz darauffolgenden – auch die Holocaustleugnung betreffenden – Senatsentscheidung zur *Auschwitzlüge*<sup>379</sup>, in der es die Grundsätze zum Schutz von Tatsachenbehauptungen zwar noch repetierte<sup>380</sup>, die streitige, stark tatsachenbehaftete Aussage sodann im weiteren Kontext als wertungsbehaftet einstufte und deshalb dem Schutz der Meinungsfreiheit – wenngleich in abgeschwächter Weise<sup>381</sup> – zuführte. Diese Linie bedeutet im Umkehrschluss einen extensiven Schutz von Kommunikation, da grundsätzlich jede Äußerung, der im Entferntesten eine Wertung innewohnt, nach Ansicht des BVerfG dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit untersteht. Dies ist grundsätzlich begrüßenswert, damit grundrechtsfreie Räume gar nicht erst entstehen.

Auch wenn die Reduktionsformel greifbarer erscheint als die umständlich anmutende Formel, die nach der „Prägung“ der Aussage fragt, kommen beide zu demselben logischen und konsequenten Ergebnis: Ist eine Aussage in irgendeiner Weise wertend, ist sie durch Elemente der Stellungnahme geprägt und nicht mehr rein objektiv, so dass sie einen Beitrag zur Meinungsbildung leistet und nach der „Beitragsformel“ jedenfalls geschützt werden muss.

(c) Allgemeiner Grundsatz: „Beitrag zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung“

Damit ist aber bereits viel vorweggenommen für den allgemeinen Grundsatz, nach dem eine Aussage einen meinungsbildenden Beitrag „leisten“ muss, um den Schutz zu genießen. Wann von einer „Leistung“ gesprochen werden kann, beantwortet das BVerfG zwar wiederum nicht ausdrücklich. Wie aber soeben festgestellt, muss die Aussage lediglich über irgendeinen wertenden Inhalt verfügen, da dann bereits Meinungsbildung erfolgen kann. Ob sich ein aktiver Diskurs anschließt, ist unerheblich. Denn diese Anschlussfähigkeit hängt maßgeblich vom jeweiligen Gesprächspartner ab, der entsprechend seiner negativen Meinungsfreiheit auch schweigen und sich im Geiste mit den Wertungen auseinandersetzen kann. Dieser Umstand kann dem Äußernden nicht zum Nachteil gereichen.

<sup>377</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 4–12; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung. Siehe im Gegensatz dazu BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 7. November 2002, – 1 BvR 580/02 –, juris, Rn. 8 ff.

<sup>378</sup> BVerfGE 65, 1, 40 f. – Volkszählung.

<sup>379</sup> BVerfGE 90, 241, 254 – Auschwitzlüge.

<sup>380</sup> Ebd., S. 249 f. – Auschwitzlüge, wo das BVerfG dieses Verhalten auch zur Kriegsschuldfrage (BVerfGE 90, 1 – Jugendgefährdende Schriften) abgrenzt.

<sup>381</sup> Vgl. ebd., S. 248 ff. – Auschwitzlüge; BVerfGE 61, 1, 9 – NPD-Europas *e contrario*.

Gleichwohl wird ein Diskurs in der Realität vor allem durch das Vermengen von tatsächlichen und darauf bezogenen wertenden Elementen in Aussagen eröffnet. Denn der Prozess der Meinungsbildung und Wahrheitsfindung fußt auch auf argumentativer Überzeugungsarbeit anhand von Fakten.<sup>382</sup> Meinungen beziehen sich gewöhnlich auf Tatsachen, die Gegenstand oder Stütze einer Bewertung sind. So definiert auch das BVerfG die Meinung als Bewertung von Tatsachen.<sup>383</sup> Tatsachenbehauptungen stellen daher eine der Grundvoraussetzungen der Meinungsbildung dar, so dass sie den Schutz der Meinungsfreiheit genießen müssen. Der grundrechtliche Schutz wäre andernfalls vor dem Hintergrund der tatsächlich stattfindenden Gesprächs- und Argumentationskulturen zu stark verkürzt.<sup>384</sup>

(d) Ergebnis: Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung

Nach dem BVerfG nimmt jede Aussage am Schutz der Meinungsfreiheit teil, der im Entferntesten eine Wertung entnommen werden kann, da sie dann einen Beitrag für die Meinungsbildung leistet. Ob die Aussage eine Wertung enthält, bestimmt sich nach dem Gehalt der Äußerung, der sich aus dem jeweiligen Kontext ergibt.

(2) Ergebnis: Bundesverfassungsgericht und Teile der Literatur

Das BVerfG eröffnet den Schutzbereich der Meinungsfreiheit für Tatsachenaussagen über die „*Brücke der Meinung*“.<sup>385</sup> Die dazugehörige Formel scheint umständlich und konstruiert. Jede Aussage mit wertendem Bezug wird grundsätzlich dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterstellt. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn eine Reduktion allein auf einen Tatsachenkern möglich ist. Denn dabei weist das Gericht stets penibel auf die Gefahren einer Exklusion für die Meinungsäußerungsfreiheit hin,<sup>386</sup> da eine umfassende Selbstverwirklichung in Kommunikation nur über eine zurückhaltende Handhabung von Schutzbereichsausschlüssen erreicht werden kann.<sup>387</sup> Es gilt ein extensives Schutzbereichsverständnis.

<sup>382</sup> BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf. Siehe auch *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22.

<sup>383</sup> BVerfGE 71, 162, 180 – Autobiographie eines Chefarztes; 54, 208, 219 – Böll; 33, 1, 14 f. – Strafgefangener; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel.

<sup>384</sup> BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf; Siehe auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 Rn. 65.

<sup>385</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699. Kritisch aufgrund philosophisch-relativistischer Erwägungen, aber im Ergebnis zustimmend *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 342 ff.

<sup>386</sup> Vgl. die Feststellungen in BVerfGE 85, 1, 14 – Bayer-Aktionäre; 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2732/15 –, juris, Rn. 12.

<sup>387</sup> Vgl. BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology; 90, 241, 248 – Ausschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 f. – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 9 – Wahlkampf; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Oktober 2012, – 1 BvR 901/11 –, juris, Rn. 18.

## (ii) Erkenntnistheoretisch-relativistische Auslegung

Ein anderer Ansatz konzentriert sich auf die tatsächlichen Gesprächskulturen und lehnt die Trennbarkeit von Tatsachen und Meinungen – zumindest aus verfassungsrechtlicher Perspektive – schlicht ab.<sup>388</sup> Einer Tatsachenbehauptung seien schon begriffslogisch Wertungen immanent und Äußerungen daher niemals wertfrei.<sup>389</sup> Denn der Äußernde glaubt stets an die von ihm geäußerten Fakten. Die Behauptung dessen stelle daher keine Mitteilung von tatsächlichem Wissen oder Fakten, sondern eine Überzeugung und damit eine Meinung dar.<sup>390</sup> Allein aus der Auswahl und Anordnung von Tatsachen im Rahmen einer Äußerung sowie aus der Art ihrer Präsentation gehe eine Wertung hervor.<sup>391</sup> Sie werden regelmäßig zur argumentativen Überzeugung zugunsten der eigenen Meinung verwendet, so dass sich zumindest daraus die Wertung entnehmen lasse.<sup>392</sup> Nach dieser Ansicht kann es daher reine Tatsachenwiedergaben nur ausnahmsweise geben.<sup>393</sup> Diese marginale Anzahl soll dennoch zugunsten eines dem Schutzzweck kommunikativer Selbstverwirklichung Vorschub leistenden extensiven Schutzbereichsverständnisses der Meinungsfreiheit aufgefangen werden.<sup>394</sup> Mithin nähmen alle Aussagen am Schutz der Meinungsfreiheit teil.

Diese recht pauschale Argumentation weist Mängel auf, da eine Unterscheidung von Tatsache und Meinung rein formal durchaus möglich ist: Ist etwas objektiv dem Beweis zugänglich, ist es Tatsache, wenn nicht, dann Meinung. Insbesondere im Strafrecht müssen die verfassungsrechtlichen Begriffe in den §§ 185 ff. StGB differenziert werden, so dass eine klare Einordnung nicht nur im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung erforderlich, sondern auch aus Gründen

<sup>388</sup> In diese Richtung *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 36; *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG (55. EL), Art. 5 Rn. 51; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 58; *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 87; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 Rn. 65; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22; *Hufen*, Grundrechte, § 25 Rn. 7; *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 32. Gemäßigter *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 29. Kritisch *Rühl*, Tatsachen, S. 224 ff.

<sup>389</sup> *Jestaedt*, ebd., Rn. 37; *Herzog*, ebd.

<sup>390</sup> So wohl *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 360 ff. In diese Richtung auch *Jestaedt*, ebd., Rn. 36 f.; *Schulze-Fielitz*, ebd., Rn. 63; *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602. Im Ergebnis ablehnend, *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 343 f. Als unbefriedigenden Ansatz darstellend *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 21 (Fn. 38).

<sup>391</sup> *Schulze-Fielitz*, ebd.; *Schmidt-Jortzig*, ebd., Rn. 20 f.; *Jestaedt*, ebd., Rn. 37; *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 51; *Schmitt Glaeser*, AöR 113 (1988), S. 52, S. 74 ff.; *Rühl*, Tatsachen, S. 191 ff., S. 239 ff.; *Vesting*, ebd., S. 342 f. stellt auf die Relation von Realität und Sprache ab. In diese Richtung auch BVerfGE 97, 228, 258 – Kurzberichterstattung. Siehe vor allem auch BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 7. November 2002, – 1 BvR 580/02 –, juris, Rn. 8 ff.

<sup>392</sup> Vgl. *Herzog*, ebd.; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 29.

<sup>393</sup> Siehe nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 Rn. 64 f. m. w. N.

<sup>394</sup> *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 20; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10.

ihrer praktischen Handhabung möglich sein muss.<sup>395</sup> Widersprüchlich erscheint zudem, dass die Verfechter der Untrennbarkeitsthese auf Abwägungsebene eine Differenzierung vorzunehmen wissen, womit die eigene These selbst neutralisiert wird. Im Übrigen schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG grammatikalisch betrachtet nur Meinungsäußerungen, so dass sich dieser extensive, alle Aussagen schützende Ansatz *prima facie* nicht am grundrechtlichen Wortlaut zu orientieren scheint.<sup>396</sup>

### (iii) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Der EGMR beurteilt den Schutz von Kommunikation allgemein und umfassend anhand von Art. 10 EMRK. Deshalb fallen neben der Meinungsfreiheit auch die Informations-<sup>397</sup> und Medienfreiheiten<sup>398</sup> sowie die Kunst-<sup>399</sup> und die Wissenschaftsfreiheit<sup>400</sup> unter den sachlichen Schutz des Art. 10 Abs. 1 EMRK.

In den authentischen Sprachfassungen des Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK heißt es:

<sup>395</sup> *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, S. 74 f., S. 80 ff.; ähnlich *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 343, der die Unterscheidung auf das Presseordnungsrecht bezieht. Andere Ansicht offenbar *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602.

<sup>396</sup> Vgl zur Differenzierung i. R. d. Abwägung *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 38; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 65; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 9 f.

<sup>397</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18030/11, Rn. 27 f. Rn. 180 – *Magyar Helsinki Bizottság ./. Ungarn*; Urteil vom 7. Februar 2017, Nr. 63898/09, Rn. 40 ff. – *Bubon ./. Russland*. Zur negativen Informationsfreiheit, vgl. EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 7. April 1994, Nr. 20871/92, Rn. 2 – *Strohal ./. Österreich*; Report vom 2. Juni 1993, Serie A 255-B, Rn. 45 – *K. ./. Österreich*; implizit auch Report vom 26. April 1991, Serie A 202, Rn. 34 – *Ezelin ./. France*.

<sup>398</sup> Zur Pressefreiheit vgl. EGMR, Plenarentscheidung vom 26. November 1991, Nr. 13585/88 – *The Observer and The Guardian ./. Vereinigtes Königreich*; Urteil der Großen Kammer vom 7. Februar 2012, Nr. 39954/08 – *Axel Springer ./. Deutschland*; Urteil der Großen Kammer vom 6. Mai 2003, Nr. 48898/99 – *Perna ./. Italien*; Urteil vom 10. Juni 2014, Nr. 48311/10 – *Axel Springer ./. Deutschland*; EGMR NJW 2014, 1645 – *v. Hannover ./. Deutschland* (Nr. 3); NJW 2012, 1053 – *v. Hannover ./. Deutschland* (Nr. 2); NJW 2004, 2647 – *v. Hannover ./. Deutschland* (Nr. 1). Zur Rundfunkfreiheit, vgl. EGMR, Plenarentscheidung vom 22. Mai 1990, Nr. 12726/87 – *Autronic AG ./. Schweiz*; Plenarentscheidung vom 28. März 1990, Nr. 10890/84 – *Groppera ./. Schweiz*; Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72 – *Handyside ./. Vereinigtes Königreich*. Zur Filmfreiheit siehe EGMR, Urteil vom 20. September 1994, Nr. 13470/87 – *Otto-Preminger-Institut ./. Österreich*.

<sup>399</sup> Zum offenen Kunstbegriff siehe EGMR, Entscheidungen der Großen Kammer vom 22. Oktober 2007, Nr. 21279/02, 36448/02, Rn. 47 – *Lindon u.a ./. France*; Urteil vom 25. April 2007, Nr. 68354/01, Rn. 2 – *Vereinigung Bildender Künstler ./. Austria*.

<sup>400</sup> Vgl. EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 3. April 2012, Nr. 41723/06, Rn. 84 f., Rn. 86, Rn. 94 – *Gillberg ./. Schweden*; Urteil vom 8. Juni 2010, Nr. 44102/04, Rn. 34 – *Sapan ./. Türkei*; Urteil vom 20. Oktober 2009, Nr. 39128/05, Rn. 44 ff. – *Lombardi Vallauri ./. Italien*; Urteil vom 23. September 2009, Nr. 17089/03, Rn. 35 – *Sorguc v. Türkei*.



„Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.“

„Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.“<sup>401</sup>

Die Sätze 1 sind dabei sprachlich Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG sehr ähnlich. Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK schützt darüber hinaus auch das Weitergeben von Tatsachen. Jedoch unterstellt der EGMR schlicht jede Aussage dem Schutzbereich, ungeachtet ihrer Qualität als Werturteil, Tatsachenbehauptung oder Unterhaltungsbeitrag.<sup>402</sup>

Denn in der authentischen Sprachfassung geht Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht bloß vom Recht der Meinungsäußerung, sondern von einer generellen Äußerungsfreiheit aus.<sup>403</sup> Er ist damit weitreichender als der grundgesetzliche Schutz. Jede Form der Kommunikation soll geschützt werden.<sup>404</sup> Man spricht deshalb auch von einem „offenen Kommunikationsbegriff“, der weder inhaltliche, stilistische noch modalitätsbezogene Einschränkungen vornimmt.<sup>405</sup> In ständiger Rechtsprechung

<sup>401</sup> Vgl. zudem die unverbindliche deutsche Übersetzung: „Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.“

<sup>402</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09, Bayev u.a. ./.. Russland; Urteil vom 10. November 2016, Nr. 25239/13 – M'Bala M'Bala ./.. Frankreich; Urteil vom 28. März 1990, Nr. 10890/84, Rn. 54 f. – Groppera Radio AG; Urteil vom 25. März 1985, Nr. 8734/79, Rn. 42 – Barthold ./.. Deutschland; EGMR NJW 2004, 3691, 3692 f. – Garaudy ./.. Frankreich; EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 – Jersild ./.. Dänemark; EGMR EuGRZ 1991, 216, 221 – Oberschlick ./.. Österreich; EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 7. April 1994, Nr. 20871/92, Rn. 2 – Strohal ./.. Österreich; Marauhn in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 4 II 1 Rn. 7. Zum Phänomen des Whistleblowings siehe EGMR RdA 2012, 108, 110 – Heinisch ./.. Deutschland unter Hinweis auf EGMR, Urteil vom 12. Februar 2008, Nr. 14277/04, Rn. 53, Rn. 72 – Guja ./.. Moldawien. Siehe auch Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 Rn. 4 ff.; Daiber, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 62 ff. Zum Begriff siehe nur Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, Rn. 3 ff. m. w. N.

<sup>403</sup> Ob ferner auch die negative Meinungsfreiheit geschützt wird, hat der EGMR bis dato offengelassen, siehe EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 3. April 2012, Nr. 41723/06, Rn. 84 f., Rn. 86, Rn. 94 – Gillberg ./.. Schweden. Dafür spricht die Anerkennung der negativen Informationsfreiheit in EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 7. April 1994, Nr. 20871/92, Rn. 2 – Strohal ./.. Österreich; EKMR, Report vom 2. Juni 1993, Serie A 255-B, Rn. 45 – K ./.. Österreich. Implizit EKMR, Report vom 26. April 1991, Serie A 202, Rn. 34 – Ezelin v. France.

<sup>404</sup> EGMR, Urteil vom 18. Dezember 2012, Nr. 3111/10, Slg. 12-VI, Rn. 50 – Ahmet Yildirim ./.. Türkei; Urteil vom 3. November 2009, Nr. 23693/03, Rn. 45 – Bojolyan ./.. Armenien.

<sup>405</sup> Anschaulich mit Beispielen Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23, Rn. 5 m. w. N. der Rechtsprechung des EGMR; Grote/Wenzel, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 28 ff., Rn. 40 ff.

erfasst der Schutzbereich der Äußerungsfreiheit daher nicht nur „Informationen“ oder „Ideen, die gesellschaftlich als positiv oder unbedenklich, sondern auch diejenigen, die als verletzend, schockierend oder verstörend eingestuft werden.“<sup>406</sup> Die grundsätzliche Offenheit ergibt sich systematisch auch aus dem Schrankenvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 EMRK, nach dem Eingriffe in Kommunikation nur konventionsgemäß sind, soweit sie sich in einer demokratischen Gesellschaft als notwendig erweisen. Einschränkungen auf Schutzbereichsebene wären demgemäß inkonsistent.<sup>407</sup>

Danach kommt es auf eine Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinung zur Eröffnung des Äußerungsschutzes nicht an. Der EGMR verlagert die Unterscheidung der Aussageform grundsätzlich in die Güterabwägung, um zu bemessen, welches Gewicht der jeweiligen Äußerung im Verhältnis zum kollidierenden Gegenrecht zukommt.<sup>408</sup> Grundsätzlich unterfallen alle Tatsachenbehauptungen dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK.

#### (iv) Ergebnis: Grundsätzlicher Schutz von Tatsachen

Nach dem erkenntnistheoretischen Ansatz und dem Verständnis des EGMR ist der Schutzbereich für jegliche Tatsachenaussage eröffnet. Das BVerfG differenziert für den Schutz durch die Meinungsfreiheit anhand seiner „Beitragsformel“ formalistisch nach tatsachenbehafteten Aussagen mit und ohne Wertung. Die Annahme des erkenntnistheoretischen Ansatzes zur „Ununterscheidbarkeit“ von Tatsachenbehauptungen und Meinungen fußt auf den tatsächlichen sozialen Kommunikationsbedingungen, in denen nur selten rein objektive Tatsachenaussagen isoliert von Wertungen geäußert werden. Letzteres zeigt sich auch an der Spruchpraxis des BVerfG, die aufgrund der kontextbezogenen Auslegung der Aussage den Meinungsschutz nur in Ausnahmefällen versagt. Der EGMR unterliegt aufgrund von Art. 10 Abs. 1 EMRK diesem Unterscheidungszwang nicht.

<sup>406</sup> EGMR, Urteil vom 8. Juli 2014, Nr. 53413/11, Rn. 101 – Sik *.l.* Türkei; Urteil vom 8. November 2012, Nr. 43481/09, Rn. 46 – Peta *.l.* Deutschland; Urteil vom 18. Oktober 2011, Nr. 10247/09, Rn. 68 – Sosinoswka *.l.* Polen; Unzulässigkeitsentscheidung vom 21. März 2002, Nr. 43718/98 – Wingerter *.l.* Deutschland; Urteile der Großen Kammer vom 8. Juli 1999, Nr. 25067/94, Nr. 25068/94, Rn. 47 – Erdogdu u. a. *.l.* Türkei; Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 55 – Lehieux und Isorni *.l.* Frankreich; Urteil vom 20. September 1994, Nr. 13470/87, Rn. 49 – Otto-Preminger-Institut *.l.* Österreich; EGMR, Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 49 – Handyside *.l.* Vereinigtes Königreich.

<sup>407</sup> In diese Richtung auch EGMR, Urteil vom 17. Januar 2008, Nr. 25145/08, Rn. 39 – Vasilakis *.l.* Griechenland; *Daiber*, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 9.

<sup>408</sup> EGMR, Urteil vom 8. November 2012, Nr. 43481/09, Rn. 42 ff. – Peta *.l.* Deutschland; Urteil vom 25. März 1985, Nr. 8734/79, Rn. 42 – Barthold *.l.* Deutschland; siehe auch *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Maruhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 25, Rn. 98 f.; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23 Rn. 4.



Allen Ansichten ist gemein, dass Begrenzungen des Schutzbereichs sehr restriktiv erfolgen müssen, um den verfassungstheoretischen Zweck einer umfassenden Freiheit des Individuums zu ermöglichen und hierüber den Kommunikationsprozesses umfassend zu gewährleisten.<sup>409</sup>

(bb) Differenzierung nach der Wahr- oder Unwahrheit einer Tatsache

Anders als Wertungen können Tatsachenbehauptungen aber wahr oder, wie etwa „Fake News“, unwahr sein. Deshalb muss beurteilt werden, inwieweit auch unwahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst werden.

(i) Die Wahrheitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts

Für das BVerfG ist die Wahr- oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung hinsichtlich des Schutzzumfangs relevant.<sup>410</sup> Es geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass unrichtige Information unter dem Gesichtspunkt der Meinungsbildung grundsätzlich kein schützenswertes Gut sei.<sup>411</sup> Mit den Worten des BVerfG soll eine „*wahrheitsgemäße Meinungsbildung*“<sup>412</sup> gewährleistet werden, weshalb ihm auch ein „*Wahrheitspostulat*“<sup>413</sup> nachgesagt wird. Das BVerfG deklariert mit diesen Aussagen aber einen Grundsatz, der nach seiner Spruchpraxis für die gesamte verfassungsrechtliche Prüfung des Schutzes einer Tatsachenbehauptung – also auch über den Schutzbereich hinaus – Geltung beansprucht. Diese Erkenntnis impliziert bereits,

<sup>409</sup> Vgl. nur BVerfGE 90, 241, 247 f. – Ausschwitzlüge; 61, 1, 8 – Wahlkampf. EGMR, Urteil vom 20. November 2018, Nr. 26922/14, Rn. 48 ff. – Toranzo Gomez ./ Spanien; Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 43 ff. – Handyside ./ Vereinigtes Königreich; EGMR RdA 2012, 108, 110 Rn. 51 ff. – Heinisch ./ Deutschland. *Jarass* in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 3; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 63; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 21; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 64 f.; *Rühl*, Tatsachen, S. 243 ff.

<sup>410</sup> Vgl. BVerfGE 99, 185, 196 – Scientology; 90, 241, 248 f. – Ausschwitzlüge; 61, 1, 7 – Wahlkampf; BGHZ 90, 116, 116. Siehe für den Rundfunk, dessen Zweck in der „*umfassenden, wahrheitsgemäßen Information*“ liege, BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 198 – Fernsehwerbung; 83, 238, 296 – WDR.

<sup>411</sup> BVerfGE 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel; 85, 1, 15 – Wahlkampf; 90, 241, 248 f. – Ausschwitzlüge; 99, 185, 197 – Scientology. Gleiches gilt für das unrichtige Zitat, vgl. BVerfGE 54, 208, 219 – Böll; für das erfundene Interview, BVerfGE 34, 269, 283 – Soraya. So im Übrigen auch *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 90; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 28; *Sachs*, Grundrechte, S. 379 Rn. 8; *Rühl*, Tatsachen, S. 283 f.; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 341; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699.

<sup>412</sup> BVerfGE 74, 297, 324 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 73, 118, 199 – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 57, 295, 321 – FRAG.

<sup>413</sup> Von einer „*Wahrheitspflicht*“ sprechen *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10; *Köhler*, NJW 1985, S. 2390. Von einer „*Wahrheitsdoktrin*“ spricht *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22. Ähnlich *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66; *Jes-taedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 9, Rn. 38.

dass entgegen kritischer Stimmen<sup>414</sup> auch nach dem Karlsruher Verständnis die bloße Unwahrheit einer Behauptung *eo ipso* noch keinen Schutzbereichsausschluss herbeiführt.

Dem BVerfG sei zugegeben, dass Fehlinformationen die Realität entstellen und damit die selbstbestimmte Meinungsbildung negativ beeinträchtigen können. Meinungen stellen zumeist die Bewertung von Tatsachen dar. Das Ideal einer selbstbestimmten Meinungsbildung baut darauf, dass sich ein jeder anhand der Wahrheit seine Meinung bilden können soll und nicht anhand von verfälschten Gegebenheiten eine Meinung aufoktroziert bekommt. Aufgrund dessen besteht der Karlsruher Grundsatz, nach dem unwahre Aussagen nicht hinzunehmen sind, wahre hingegen schon.<sup>415</sup> Tatsachenbehauptungen drängen sich dem Rezipienten – anders als Meinungen – mit dem Anspruch einer vom Äußernden unabhängigen, objektiven Wahrheit auf, so dass ihm die Distanz erschwert und er die dargetanen Tatsachen als korrekt einstufen wird, sofern er nicht über besseres Wissen verfügt.<sup>416</sup>

Nach diesem wahrheitszentrierten Verständnis sollen unwahre Tatsachenbehauptungen grundsätzlich keinen Beitrag zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung leisten.<sup>417</sup> Jedoch erkennt auch das BVerfG, dass nicht jeder Fehlinformation pauschal der Beitrag zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung abgesprochen werden kann.<sup>418</sup> Denn der Sinn und die Grundvoraussetzung des Kommunikationsschutzes ist, dass jeder Grundrechtsträger eine Meinungsäußerung nach eigenen Überzeugungen tätigen kann, ohne Repressalien fürchten zu müssen.<sup>419</sup>

<sup>414</sup> Siehe *Jestaedt*, ebd., Rn. 36 ff.; *Schulze-Fielitz*, ebd., Rn. 65 f.; *Wendt*, ebd.

<sup>415</sup> Vgl. BVerfGE 101, 161, 180 – Caroline von Monaco II; 99, 185, 196 f. – Scientology; 97, 391, 403 – Mißbrauchsvorwurf; 54, 148, 158 – Eppler; 208, 219 – Böll; BVerfG NJW 2011, 640; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 3487/14 –, juris, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 19 f. Siehe zum presserechtlichen Gegendarstellungsanspruch, BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. Februar 2018, – 1 BvR 442/15 –, juris, Rn. 18 ff.; *Grimm*, NJW 1995, S. 1702; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 347 f.

<sup>416</sup> *Grimm*, ebd.

<sup>417</sup> BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology; 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 f. – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 f. – Wahlkampf.

<sup>418</sup> Vgl. ebd.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 3487/14 –, juris, Rn. 14 *e contrario*. Jüngst auch LG Hamburg ZUM-RD 2018, 240, 243 f. *Rühl*, Tatsachen, S. 285; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 341; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699 spricht insofern von einer „überschießenden Innentendenz“ dieser verfassungsgerichtlichen Formulierung.

<sup>419</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 248 – Auschwitzlüge; 85, 1, 22 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 54, 208, 219 f. – Böll. Detaillierter beschreibend *Grimm*, ebd.

Unterliegt eine Tatsache der Wahrnehmung oder einer unbewussten Fehlinformation, soll dies dem sich gutgläubig Äußernden zumindest auf Schutzbereichsebene nicht zur Last gelegt werden, unabhängig davon, ob die Aussage nach sorgfältiger oder nachlässiger Recherche oder Reflexion getätigt wurde. Die konkreten Umstände sind vielmehr für die Abwägung mit kollidierenden Rechten wesentlich.<sup>420</sup>

Irrtümer sind im Rahmen von Kommunikation unvermeidlich, können aber in der Debatte noch korrigiert werden. Dies entspricht dem Prinzip der Selbstregulierung. Dieses Prinzip zeichnet gleichzeitig den „*Prozesscharakter*“<sup>421</sup> der Meinungsfreiheit aus, welcher darin liegt, dass sich die gesellschaftliche Meinung durch eine freie öffentliche Diskussion festigen kann, für die die freie Rede und Gegenrede von essentieller Bedeutung ist.<sup>422</sup> Dem Umstand, dass die Falschheit einer behauptenden Äußerung nicht schon immer im Zeitpunkt ihrer Artikulation feststeht, sondern häufig erst im Kommunikationsprozess zu Tage tritt, muss Rechnung getragen werden und darf jedenfalls nicht zur Schutzbereichsexklusion führen.<sup>423</sup> Debatten würden andernfalls zurückhaltender geführt oder gar unterbleiben, wenn nur die unbezweifelbar wahre Tatsachenbehauptung grundrechtlich geschützt und der Irrtum zum Grundrechtsverlust führen würde. Letzteres liefe dem ureigenen Sinn der Meinungsfreiheit zuwider.<sup>424</sup>

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich die Schutzausnahmen nach dem Karlsruher Verständnis: Nur wertfreie Tatsachenbehauptungen, deren Unwahrheit bereits erwiesen oder über die sich der Äußernde im Zeitpunkt der Äußerung bereits bewusst ist, unterfallen nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.<sup>425</sup> Nur derartige Äußerungen sollen tatsächlich keinen Beitrag zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung leisten können.<sup>426</sup> Nicht zweifelsfrei beweisbare

<sup>420</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339, 353 – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 196 – Scientology; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, Rn. 15.

<sup>421</sup> BVerfGE 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel stellt auf „*die Bedeutung der Rede und Gegenrede für die Bildung der öffentlichen Meinung*“ ab. Siehe auch *Grimm*, NJW 1995, S. 1699.

<sup>422</sup> Vgl. BVerfGE 85, 23, 31 – rhetorische Frage; 54, 129, 139 – Kunstkritik; 12, 113, 113, 124 ff., 129 f. – Schmid-Spiegel. Kritisch zur „*öffentlichen Meinung*“ wiederum *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 21; *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 27.

<sup>423</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht dabei davon, dass „*Anforderungen an die Wahrheitspflicht*“ nicht übersteigert werden dürften, vgl. BVerfGE 54, 208, 219 f. – Böll; 61, 18 – Wahlkampf; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2732/15 –, juris, Rn. 12; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699. So auch aus der Literatur *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 21 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 341.

<sup>424</sup> So auch BVerfGE 90, 241, 247 f. – Auschwitzlüge; 85, 1, 22 – Bayer-Aktionäre; 54, 208, 219 f. – Böll.

<sup>425</sup> Ebd.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 28; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung.

<sup>426</sup> Vgl. ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1,

unwahre Tatsachenbehauptungen sind hingegen geschützt. Der Ansatz des BVerfG entspringt folglich keiner unerschütterlichen Wahrheitspflicht. Auch nach ihm soll grundsätzlich jeder sagen, was er denkt, ohne vorab umfangreiche Recherchen anstellen zu müssen. Dennoch ist die Verbreitung von bewussten oder erwiesenen Unwahrheiten besonders gefährlich für die mit der Kommunikation bezweckte Meinungsbildung, weshalb das Gericht solchen Äußerungen den Schutz durch die Meinungsfreiheit versagt.

(ii) Erkenntnistheoretischer Ansatz

Den Verfechtern des erkenntnistheoretisch-relativistischen Ansatzes zufolge darf die Unwahrheit einer Aussage auf Schutzbereichsebene hingegen *per se* keine Rolle spielen. Aufgrund der anderen Grundbedingungen, auf die dieser Ansatz baut, ist unerheblich, ob sich der Äußernde der Unwahrheit im Zeitpunkt seiner Äußerung bewusst ist oder diese evident ist.<sup>427</sup> Die vom BVerfG angelegte Differenzierung nach Bewusstsein und Evidenz der Unwahrheit sei verfehlt.<sup>428</sup> Denn auf diese Weise solle ein bloß „*akzessorisch-derivativer Schutz*“<sup>429</sup> von Tatsachenbehauptungen bestehen, wodurch unmittelbar die *ratio legis* der Kommunikationsrechte konkretisiert werde.<sup>430</sup> Der Schutzzweck liegt nach dieser Ansicht nicht in der Meinungsbildung, sondern allgemein in der individuellen Verwirklichung in und durch Kommunikation. Daraus stehe einem Jeden auch ein „Recht zur Lüge“ zu.<sup>431</sup> Ein anderes Verständnis würde einem illiberal-positiven Freiheitsverständnis entspre-

---

7 ff. – Wahlkampf; 54, 208, 219 – Böll; 12, 113, 130 – Schmid/Spiegel; 7, 198, 212 – Lüth; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung. In diese Richtung auch BGHZ 139, 95, 101; BGH NJW 1977, S. 1289; So auch schon *Smend*, VVDStRL 4 (1928), S. 50; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 12 Rn. 391; *Hoffmann-Riem*, in: Stein/Denninger/ders., AK, Art. 5 Rn. 30; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 4, Rn. 26; *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75.

<sup>427</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 21 f.; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 50 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 65; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10. Eine sehr extensive Interpretation des Schutzbereichs, die nur eine subjektlose Tatsachenwiedergabe ausschließt, findet sich bei *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 37 (Fn. 167); *Köhler*, NJW 1985, S. 2390; *Thieme*, DÖV 1980, S. 150.

<sup>428</sup> *Schmidt-Jortzig*, ebd., Rn. 22; *Grabenwarter*, ebd., Rn. 51 f.; *Schulze-Fielitz*, ebd., Art. 5 I, II Rn. 66; *Jestaedt*, ebd., Rn. 38; *Köhler*, ebd.

<sup>429</sup> *Jestaedt*, ebd., Rn. 35; *Grabenwarter*, ebd., Rn. 50.

<sup>430</sup> Vgl. *Jestaedt*, ebd., Rn. 39; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22; *Hufen*, Grundrechte, § 25 Rn. 8.

<sup>431</sup> Vgl. *Jestaedt*, ebd., Rn. 9, Rn. 39; *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602; *Köhler*, NJW 1985, S. 2390; *Thieme*, DÖV 1980, S. 150; *Albrecht*, Bekämpfung von Fake News: Lügen und lügen lassen, Artikel vom 30. Dezember 2016, auf: Legal Tribune Online, erkennt gar auf ein Recht des Bürgers, „*sich belügen zu lassen*“, wobei diese Annahme für sich genommen am Kern des Problems vorbeiführt, da der Belogene ja in der Regel nicht weiß, dass er angelogen wird.

chen.<sup>432</sup> Schließlich finde sich ein Wahrheitskriterium nicht in Art. 5 Abs. 1 GG.<sup>433</sup> Diese künstlich erschaffene Pflicht lasse erhebliche Schäden für die Ausübung von Kommunikation insgesamt befürchten.<sup>434</sup> Der Gesellschaft würde sinnbildlich ein „Maulkorb“ verpasst.

Vielmehr müsse unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG das Recht zum Irrtum eröffnet sein ebenso wie das Recht auf die subjektive Wahrnehmung von Wirklichkeit.<sup>435</sup> Ferner dürfe vor der Gefahr der Aushebelung des qualifizierten Schrankenvorbehalts von Art. 5 Abs. 2 GG, dessen Sinn und Zweck vor allem in der Vermeidung eines staatlichen Meinungsrichtertums liege, kein Schutzbereichsausschluss vorgenommen werden.<sup>436</sup> Hiernach sind auch Lügen und manipulative Falschdarstellungen vom Schutzbereich umfasst.

### (iii) Die Rechtsprechung des EGMR

Weiter ist zu untersuchen, ob der EGMR in seiner Spruchpraxis zu Art. 10 EMRK auf Schutzbereichsebene zwischen wahren und unwahren Tatsachenbehauptungen differenziert.

#### (1) Grundsätzliche Eröffnung des Schutzbereichs

Aus den allgemeinen Erörterungen zum Schutz der Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich bereits, dass grundsätzlich zum Schutz der offenen Kommunikation keine Ausnahmen auf Schutzbereichsebene gemacht werden. Einschränkungen sind am Maßstab der Notwendigkeit im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft zu messen, Art. 10 Abs. 2 EMRK. Folglich fallen grundsätzlich auch bewusst und erwiesen unwahre Tatsachenäußerungen unter den Schutz des Art. 10 Abs. 1 EMRK. Daher gleicht die Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich dem erkenntnistheoretischen Ansatz.

#### (2) Art. 17 EMRK zwischen Nichtanwendungs- und Rechtfertigungsmodell

Eine Ausnahme könnte sich jedoch aus der Missbrauchs- oder Verwirkungsklausel des Art. 17 EMRK ergeben. Teilweise wird in Art. 17 EMRK eine konventionsunmittelbare Schranke der in der MRK verbürgten Rechte erblickt. Diese Ansicht

<sup>432</sup> *Jestaedt*, ebd.

<sup>433</sup> *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66; *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602.

<sup>434</sup> Ebd.

<sup>435</sup> *Schulze-Fielitz*, ebd., Rn. 65; *Zaczyk*, ebd.; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 35.

<sup>436</sup> *Jestaedt*, ebd., Rn. 38; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 52; *Rühl*, Tatsachen, S. 285 ff., S. 297 f.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 61 Rn. 9.

vertritt, dass der EGMR entgegen seiner extensiven Haltung zum Äußerungsschutz Aussagen nicht dem Schutzbereich unterstelle, wenn sie den Anwendungsbereich des Art. 17 EMRK aktivierten.<sup>437</sup>

Art. 17 EMRK stellt zunächst klar, dass die Konvention kein Recht für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person begründe, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist. Damit soll einem Missbrauch der Konventionsrechte vorgebeugt werden.

Vor allem die Affirmation von extremistischem, nationalistischem Gedanken- gut widerspricht den Werten der MRK<sup>438</sup>, so dass ein solches Verhalten einen Ausschluss der Anwendbarkeit der Konventionsrechte (sog. Nichtanwendungsmodell) nach sich ziehen könnte. Dies führte zu Schutzbereichsausnahmen von den in der EMRK verbürgten Rechten.

In diese Richtung haben die EKMR und der EGMR in ihrer Entscheidungs- praxis zu Art. 10 EMRK, speziell im Bereich der bewusst und erwiesen unwahren Tatsachenbehauptungen, wie beispielsweise bei der Leugnung des Holocaust, früher teils erklärt, dass derartige Äußerungen aufgrund von Art. 17 EMRK dem Schutz der Äußerungsfreiheit entzogen seien.<sup>439</sup> Daraus könnte geschlussfolgert werden, dass die Bemühung des Art. 17 EMRK die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 EMRK versperre.

<sup>437</sup> *Gundel*, in: Merten/Papier, HbdGR VI/1, § 147 Rn. 69. In diese Richtung auch *Hong*, ZaÖRV 70 (2010), S. 76; *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 10.

<sup>438</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 14. Februar 2006, Nr. 28793/02, Rn. 63 ff. – Parti Populaire Démocrate-Chrétiens ./ Moldawien; Unzulässigkeitsentscheidung vom 1. Februar 2000, Nr. 32307/96 – Schimanek ./ Österreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 20. April 1999, Nr. 41448/98, Rn. 1 ff. – Witzsch ./ Deutschland; Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 53 – Lehieux und Isorni ./ Frankreich; EGMR NJW 2004, 3691, 3692 f. – Garaudy ./ Frankreich; EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 Rn. 35 – Jersild ./ Dänemark; EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 16. Januar 1996, Nr. 24398/94 – Rebhandel ./ Österreich; Entscheidung vom 29. November 1995, Nr. 25992/94 – Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Bezirksverband München-Oberbayern) ./ Deutschland; Unzulässigkeitsentscheidung vom 18.10.1995, Nr. 25062/94 – Honsik ./ Österreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 6. September 1995, Nr. 25096/94 – Remer ./ Deutschland; Unzulässigkeitsentscheidung vom 11. Januar 1995, Nr. 21128/92 – Walendy ./ Deutschland; Unzulässigkeitsentscheidung vom 11. Oktober 1979, Nr. 8348/78 und Nr. 8406/78 – Glimmerveen und Hagenbeck ./ Niederlande; Siehe auch *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Maruhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 124 ff.; *Daiber*, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 1, Rn. 37; *Cannie/Voorhoof*, Netherlands Quarterly of Human Rights 29 (2011), S. 57 ff., S. 80 ff.

<sup>439</sup> In diese Richtung könnte interpretiert werden EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 11. Oktober 1979, Nr. 8348/78 und Nr. 8406/78 – Glimmerveen und Hagenbeck ./ Niederlande; Unzulässigkeitsentscheidung vom 20. Juli 1957, Nr. 250/57 (siehe vor allem S. 5) – KPD ./ Deutschland. EGMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 13. Dezember 2005, Nr. 7485/03, Rn. 3 – Witzsch ./ Deutschland. Siehe ferner die Erörterungen des EGMR, Urteil der



Auf der anderen Seite hat der EGMR die Missbrauchsklausel teilweise auch erst auf Ebene der Abwägung angewendet, um die Notwendigkeit der Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft zu rechtfertigen (sog. Rechtfertigungsmodell).<sup>440</sup> Im Rahmen der Konventionsanwendung scheint es so, als hätten sich die verschiedenen Spruchkörper des EGMR nicht eindeutig zwischen beiden Modellen entschieden. Diese uneinheitlich erscheinende Entscheidungslinie bedarf daher der Systematisierung.

Der EGMR bekräftigt allgemein, dass Art. 17 EMRK nur im Ausnahmefall anwendbar sei, was in Bezug auf Art. 10 EMRK bedeute, dass auf die Missbrauchsklausel nur dann rekurriert werden darf, wenn offensichtlich ist, dass die streitigen Aussagen darauf gerichtet waren, die von der Konvention geschützte Äußerungsfreiheit im Wege ihrer Verwendung für Ziele zu missbrauchen, die den Werten der Konvention zuwiderlaufen.<sup>441</sup>

Zwar deutete die vom EGMR getroffene Wortwahl teilweise unmissverständlich auf eine Schutzbereichsexklusion hin, so dass der Ansatz des EGMR dem des BVerfG zu gleichen scheint.<sup>442</sup> Bei genauerer Betrachtung handelte es sich dabei aber gar nicht um eine Schutzbereichsbeschränkung, sondern regelmäßig um eine Unzulässigkeitsklärung der Individualbeschwerde über Art. 35 Abs. 3 lit. a) EMRK.<sup>443</sup> Eine solche wird über Art. 17 EMRK dann vorgenommen, wenn die in

---

Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 47 „*removed from the protection of Article 10 by Article 17*“ – Lehideux und Isorni ./ Frankreich. Ferner Daiber, ebd., Rn. 12.

<sup>440</sup> In diese Richtung deutet EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 16. Juli 1982, Nr. 9235/81, DR 29, 194, 197 f. – X. ./ Deutschland. In diese Richtung wohl auch EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 f. – Jersild ./ Dänemark; EGMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 20. April 1999, Nr. 41448/98, Rn. 1 ff. – Witzsch ./ Deutschland. Allgemein EGMR, Urteil vom 30. Januar 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, S. 18, Rn. 32 – Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei ./ Türkei. Siehe zu den Modellbegriffen Hong, ZaöRV 70 (2010), S. 76.

<sup>441</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 27. Juni 2017, Nr. 34367/14, Rn. 31 – Belkacem ./ Belgien; Urteil vom 10. November 2016, Nr. 25239/13, Rn. 41 – M’Bala M’Bala ./ Frankreich; Urteil der Großen Kammer vom 15. Oktober 2015, Nr. 27510/08, Rn. 114 – Perinçek ./ Schweiz; Urteil vom 13. Dezember 2013, Nr. 27510/08, Rn. 42 ff. – Perinçek ./ Schweiz; Entscheidungen vom 14. März 2013, Nr. 26261/05, Nr. 26377/06, Rn. 103 – Kasymakhunov und Saybatalov ./ Russland; EGMR NJW 2004, 3691, 3692 f. – Garaudy ./ Frankreich.

<sup>442</sup> Siehe EGMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 13. Dezember 2005, Nr. 7485/03, Rn. 3 – Witzsch ./ Deutschland: „*kann [...] sich in Bezug auf seine in Rede stehenden Äußerungen nicht im Einklang mit Artikel 17 der Konvention auf die Bestimmungen des Artikels 10 stützen.*“; Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 47 „*removed from the protection of Article 10 by Article 17*“ – Lehideux und Isorni ./ Frankreich.

<sup>443</sup> Vgl. EGMR NJW 2004, 3691, 3692 f. – Garaudy ./ Frankreich; Vgl. aber den Wortlaut der authentischen Sprachfassungen in EGMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 24. Juni 2003, Nr. 65831/01 – Garaudy ./ Frankreich: „*[...] la Cour note que [...] la requête serait irrecevable en application de l’article 17 de la Convention.* „*[...] the Court notes that [...] the application is inadmissible under Art. 17 of the Convention.*“

Streit stehenden Äußerungen zu Hass oder zur Anwendung von Gewalt aufstacheln sollen und folglich unter Berufung auf die Konventionsrechte versucht wird, Aktivitäten nachzugehen, die auf die Zerstörung der in ihr verankerten Rechte und Freiheiten gerichtet sind.<sup>444</sup>

Sofern dies nicht eindeutig beantwortet und die Beschwerde damit nicht als unzulässig zurückgewiesen werden kann, thematisiert der EGMR die Frage, ob nach Maßgabe des Art. 10 Abs. 2 EMRK der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft tatsächlich erforderlich war, wozu er die Grundsätze des Art. 17 EMRK ausdrücklich und wortlautgetreu in die Abwägung mit der Äußerungsfreiheit einstellt.<sup>445</sup> Systematisch bedeutet dies – entgegen der anders interpretierbaren Wortwahl des EGMR – auch für derartige Aussagen keinen Schutzbereichsausschluss, wie ihn das BVerfG für bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen vornimmt.

In der Spruchpraxis der EKMR und des EGMR zeigt sich, dass trotz einer Unzulässigkeit *ratione materiae* (Art. 35 Abs. 3 EMRK) in Fällen des Art. 17 EMRK meist ausdrücklich auf die offensichtliche Rechtfertigung der Einschränkung abgestellt wird.<sup>446</sup> Diese systematischen Erwägungen sprechen deshalb dafür, dass Art. 17 EMRK ein Abwägungsinstrument darstellt, das im Falle seiner Aktivierung *eo ipso* die Äußerungsfreiheit gegenüber dem kollidierenden Konventionsrecht zurücktreten lässt. Bei der Missbrauchsklausel handelt es sich um eine mit dem Kernbereich des Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbare Abwägungssperre.<sup>447</sup> Ein Durchgreifen des Art. 17 EMRK sollte dabei dem offenen Kommunikationsbegriff des Art. 10 Abs. 1 EMRK

<sup>444</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 27. Juni 2017, Nr. 34367/14, Rn. 33 ff. – Belkacem *./.* Belgien; Urteil der Großen Kammer vom 15. Oktober 2015, Nr. 27510/08, Rn. 103, Rn. 115 – Perinçek *./.* Schweiz; Urteil vom 13. Dezember 2013, Nr. 27510/08, Rn. 55 – Perinçek *./.* Schweiz; Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 38, Rn. 53 ff. – Lehideux and Isorni *./.* Frankreich.

<sup>445</sup> Vgl. EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 15. Oktober 2015, Nr. 27510/08, Rn. 115 ff., Rn. 234, Rn. 243 – Perinçek *./.* Schweiz; Urteil vom 13. Dezember 2013, Nr. 27510/08, Rn. 54 f., 117 ff. – Perinçek *./.* Schweiz; EKMR, Entscheidung vom 29. November 1995, Nr. 25992/94 – Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Bezirksverband München-Oberbayern) *./.* Deutschland.

<sup>446</sup> Vgl. EGMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 20. April 1999, Nr. 41448/98, Rn. 1 ff. – Witzsch *./.* Deutschland; Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 38, Rn. 58 – Lehideux und Isorni *./.* Frankreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 1. Februar 2000, Nr. 32307/96 – Schimanek *./.* Österreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 13. Dezember 2005, Nr. 7485/03, Rn. 3 – Witzsch *./.* Deutschland; EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 Rn. 35 – Jersild *./.* Dänemark. EKMR, Entscheidung vom 29. November 1995, Nr. 25992/94 – Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Bezirksverband München-Oberbayern) *./.* Deutschland; Unzulässigkeitsentscheidung vom 16. Juli 1982, Nr. 9235/81, DR 29, 194, 197 f. – X *./.* Deutschland. Siehe auch Daiber, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 37.

<sup>447</sup> Siehe hierzu die Rechtsprechung des BVerfG zur Schmähkritik, BVerfGE 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 82, 43, 51 – Strauß-Transparent; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Februar 2017, – 1 BvR 2973/14 –, juris, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer



und der Schrankendogmatik nach Abs. 2 folgend auf Rechtfertigungsebene Einzug finden, um die Abwägung zu entscheiden, nicht aber den generellen Schutz der Kommunikation zu negieren. Denn eine Anwendung auf Schutzbereichsebene liefe Gefahr, das Menschenrecht an inhaltliche Kriterien zu knüpfen, so dass die Grenzen zwischen Schutzbereich und Schrankenebene verwischen würden.<sup>448</sup> Ferner stünde das Nichtanwendungsmodell in Widerspruch zum eigens vom EGMR im *Handyside*-Urteil aufgestellten liberalen Leitmotiv, dass Information auch schockierend, verstörend oder verletzend sein könne.<sup>449</sup> Die Missbrauchsklausel des Art. 17 EMRK sollte daher nichts an der Eröffnung des Schutzbereiches ändern.

Das reine Nichtanwendungsmodell und damit eine dem BVerfG gleich gelagerte Lösung liegt somit fern. Exemplifizieren lässt sich das auch an den Entscheidungen des EGMR zur Leugnung des armenischen Völkermordes durch einen türkischen Politiker, bei denen der Schutzbereich der Meinungsfreiheit trotz der erwiesenen Unwahrheit der Tatsache ausdrücklich eröffnet wurde.<sup>450</sup> Ähnlich hat sich zuletzt auch der französische Conseil Constitutionnel hinsichtlich einer Leugnung der Verbrechen im Zweiten Weltkrieg positioniert.<sup>451</sup>

In der Folge dient Art. 17 EMRK nicht als konventionsunmittelbare Schranke der in der MRK verbürgten Rechte, sondern stellt eine Abwägungssperre dar, bei deren Aktivierung ein Eingriff in das Äußerungsrecht in der demokratischen Gesellschaft jedenfalls gerechtfertigt ist. Denn eine Anwendung der Missbrauchsklausel erfolgt nur ausnahmsweise, wenn eine Handlung eindeutig den Konventionswerten widerspricht und ihr deshalb im Rahmen der Abwägung mit den Gegenrechten kein rechtfertigendes Gewicht zukommen kann.

---

des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 13; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 17. Mai 2016, – 1 BvR 2150/14 –, juris, Rn. 19.

<sup>448</sup> *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23, Rn. 5.

<sup>449</sup> Richtungsweisend insofern EGMR, Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 49 – *Handyside* ./ Vereinigtes Königreich. Siehe auch EGMR, Urteil vom 8. Juli 2014, Nr. 53413/11, Rn. 101 – *Sik* ./ Türkei; Urteil vom 8. November 2012, Nr. 43481/09, Rn. 46 – *Peta* ./ Deutschland.

<sup>450</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 15. Oktober 2015, Nr. 27510/08, Rn. 116 f., Rn. 234 – *Perinçek* ./ Schweiz; Urteil vom 13. Dezember 2013, Nr. 27510/08, Rn. 54 f. – *Perinçek* ./ Schweiz; Urteil vom 28. November 2017, Nr. 18411/11, Rn. 31 ff. – *Mercan et autres* ./ Schweiz. In diese Richtung auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23, Rn. 5.

<sup>451</sup> So auch der französische Conseil Constitutionnel, *Décision* du 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, Rn. 5 f. – *M. Vincent R. (Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)*. Zur Frage des Missbrauchs („*l'abus*“) siehe ebd., Rn. 7 ff.

## (3) Ergebnis: Die Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR eröffnet trotz der Anwendung des Missbrauchsvorbehaltes aus Art. 17 EMRK den Schutzbereich der Meinungsfreiheit für jegliche Äußerungsformen. Deshalb sind auch erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK umfasst. Auch dieser Ansatz unterliegt damit keiner Wahrheitspflicht.

## (iv) Ergebnis: Differenzierung nach der Wahr- oder Unwahrheit einer Tatsache

Unabhängig davon, ob auf die Untrennbarkeit von Behauptung und Meinung beharrt, auf die aufgezeigten normativen Leitlinien des BVerfG rekurriert oder das Schutzbereichsverständnis des EGMR angewendet wird, gelangt man grundsätzlich zu demselben Ergebnis: Die bloße Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung kann für sich genommen nach keiner Ansicht einen Schutzbereichsausschluss herbeiführen. Dem BVerfG kann damit keine strikte Befolgung der ihm nachgesagten Wahrheitsdoktrin vorgeworfen werden, selbst wenn es anders als die Literatur und der EGMR den Schutzbereich der Meinungsfreiheit für bewusst oder evident unwahre Tatsachenaussagen nicht eröffnet.

## cc) Subsumtion der Verbreitung von „Fake News“ anhand der dargestellten Maßstäbe

Die dargestellten Maßstäbe bestimmen über den grundrechtlichen Schutz der Verbreitung von „Fake News“. Denn „Fake News“ stellen überwiegend desinformativ Inhalte dar, die teils rein objektiv, teils von subjektiven Wertungen durchsetzt sind.<sup>452</sup> Anhand der unterschiedlichen Maßstäbe des BVerfG, des EGMR und des erkenntnistheoretischen Ansatzes soll der Schutz von „Fake News“ durch die Meinungsfreiheit nunmehr knapp subsumiert werden.

## (i) Bundesverfassungsgericht

Das BVerfG beurteilt anhand seiner „Beitragsformel“, ob eine Aussage einen meinungsbildenden Beitrag leistet. Bei wertfreier Desinformation verneint es diesen, da es sich hierbei um bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen handelt, die nach Ansicht des Gerichts nichts zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung beizutragen vermögen. Unerheblich ist dabei, welcher Ausprägung von „Fake News“<sup>453</sup> sich der Äußernde bedient, ob er einen Sachverhalt selbst erfin-

<sup>452</sup> Siehe den Abschnitt „Begriffsbestimmung“ unter Punkt B. I.

<sup>453</sup> Siehe den Abschnitt „Unterschiedliche Ausprägungen von „Fake News“ mit Beispielen“ unter Punkt B. II.

det, Informationen manipuliert, etwa absichtlich ein bestehendes Zitat verändert, Inhalte dekontextualisiert oder eine erwiesene Tatsache wie den Holocaust<sup>454</sup> bestritt. Sie werden nur von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

Zu anderen Ergebnissen gelangt die Formel indes bei Mischäußerungen, die über untrennbar wertende und desinformative Inhalte verfügen. Solche Aussagen lassen sich nicht qualitativ auf bloß wertfreie Unwahrheiten reduzieren, so dass sie grundsätzlich einen meinungsbildenden Beitrag leisten und daher am Schutz der Meinungsfreiheit teilnehmen. Diese Konstellation zeigt sich regelmäßig im „postfaktischen Zeitalter“.<sup>455</sup> So überschneiden sich immer wieder abwertende Elemente, unter anderem auch schmähende Hassrede, und „Alternativen Fakten“, um einander wechselseitig zu stützen. Im Ergebnis wirken die beiden vom BVerfG als Binäre begriffenen Elemente kollusiv zusammen. Dennoch darf die Qualifikation, dass eine mit desinformativen Inhalten gepaarte Wertung keine „echte“, sondern eine nebulöse, unwahrhaftige Meinung darstelle, die bewusst auf einer der Realität widersprechenden Gegebenheit beruhe, für die Eröffnung des Schutzbereiches keine Auswirkung zeitigen.<sup>456</sup> Abstruse Meinungen werden schließlich auch geschützt.<sup>457</sup> Im Übrigen kann eine Aussage so beschaffen sein, dass ihr *prima facie* nur eine Desinformation zu entnehmen ist, solange sich aus einer kontextbezogenen Auslegung ihr wertender Gehalt ergibt.<sup>458</sup> Im Falle der Trennbarkeit der desinformativen wertfreien und den wertenden Inhalte nehmen nur Erstere nicht am Schutz der Meinungsfreiheit teil.

#### (ii) Erkenntnistheoretisch-relativistischer Ansatz

Nach dem erkenntnistheoretisch-relativistischen Ansatz, der eine Trennung von Tatsachen und Wertungen für unmöglich hält, sind sowohl wertfreie also auch wertungsdurchzogene Falschinformationen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst.

<sup>454</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 27 ff.; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 9. November 2011, – 1 BvR 461/08 –, juris, Rn. 22; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung.

<sup>455</sup> Dahingehend auch *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 5; *B. Holz-nagel*, MMR 2018, S. 19 m. w. N.

<sup>456</sup> Siehe schon den Abschnitt „Inhaltlicher Schutz: Meinungen“ unter Punkt C. III. 2. b).

<sup>457</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 65. Ähnlich *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602. Siehe jüngst auch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 20.

<sup>458</sup> BVerfGE 90, 241, 247 f. – Ausschwitzlüge. Zur möglichen Dichotomie von formeller Aussage und ihrem Deutungsgehalt *Rühl*, Tatsachen, S. 323.

## (iii) Rechtsprechung des EGMR

Der Meinungsfreiheitsschutz nach Art. 10 EMRK erfordert keine Trennung von Tatsachen und Meinungen auf Schutzbereichsebene, so dass sein Schutz grundsätzlich sowohl für wertende als auch die wertfreie Desinformation eingreift.

Zwar könnten bestimmte „Fake News“ die Missbrauchsklausel des Art. 17 EMRK aktivieren. Diese Klausel wird vom EGMR richtigerweise sehr restriktiv ausgelegt und dabei vor allem auf die Holocaustleugnung als wertfreie und eindeutig erwiesene unwahre Tatsachenbehauptung erstreckt.<sup>459</sup> Denkbar wären jedoch auch Konstellationen, die dem auf demokratischen Werten fußenden Konventionsrecht widersprechen, beispielsweise solche, in denen durch die Verbreitung von Desinformation Wahlmanipulationen oder ähnliches betrieben werden sollen. Selbst wenn die Missbrauchsschranke in diesen Fällen Anwendung finden sollte, zeigt die jüngere Rechtsprechung des EGMR, dass dies eine Frage der Beschränkung der Kommunikationsrechte ist, nicht aber eine ihres Schutzbereiches. Deshalb spielt auch die Manipulation oder der Ausschluss weiterer Auseinandersetzungen für die Schutzbereichsebene keine Rolle. Jede Ausprägung von „Fake News“ ist von Art. 10 EMRK geschützt.

## (iv) Ergebnis: Subsumtion der Verbreitung von „Fake News“ an den dargestellten Maßstäben

Der Grundrechtsschutz divergiert nach den verschiedenen Ansätzen: Nach dem EGMR und dem erkenntnistheoretischen Ansatz sind grundsätzlich alle Arten von „Fake News“ vom Schutz der Meinungsfreiheit erfasst. Nach dem BVerfG untersteht ihm nur wertfreie Desinformation nicht, sondern der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.

## dd) Stellungnahme zum differenten Schutz von „Fake News“

Die nach den verschiedenen Ansätzen divergierenden Ergebnisse hinsichtlich des grundrechtlichen Schutzes von wertfreier Desinformation – auch im Verhältnis zum Schutz wertend desinformativer Inhalte – machen eine angemessene Auseinandersetzung mit der Regulierung von „Fake News“ unmöglich. Es bedarf daher einer Entscheidung für eine der Positionen. Daher soll im Folgenden argumentativ eine präferierte Lösung zur Frage der Schutzbereichseröffnung auch für wertfreie „Fake News“ gefunden werden. Dies beurteilt sich maßgeblich nach der Frage, ob der „Beitragsformel“ in der Weise gefolgt werden kann, wie es das BVerfG tut.

<sup>459</sup> Siehe bereits den Abschnitt „Art. 17 EMRK zwischen Nichtanwendungs- und Rechtfertigungsmodell“ unter C. III. 2. c) bb) (iii) (2).

## (i) Grammatikalische Betrachtung

Zunächst ist dem erkenntnistheoretischen Ansatz zuzugeben, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG selbst keine Wahrheitspflicht für Tatsachenbehauptungen festlegt. Zumindest besteht kein ausdrücklicher, an der Meinungsbildung orientierter „*Weil-und-soweit*“-Vorbehalt für Aussageformen neben der Meinung. Jedoch erscheint das Wortlautargument insoweit ambivalent, als der Wortlaut den Schutz von Tatsachenbehauptungen ebenfalls nicht beinhaltet.<sup>460</sup> Die „Beitragsformel“ des BVerfG erweitert vielmehr schon den von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG grammatikalisch bloß auf Meinungsäußerungen erstreckten Schutz auch auf Tatsachenbehauptungen. Von dieser bereits getätigten Erweiterung, wie sie das BVerfG vornimmt, kann daher nicht einfach auf den Schutz der Lüge geschlossen werden.

Eine Lüge stellt strenggenommen auch keine Tatsachenbehauptung dar: Denn eine Behauptung stellt *per definitionem* eine Hypothese dar, also eine Aussage, die nicht bewiesen ist.<sup>461</sup> Jemand glaubt also bei Äußerung an die behaupteten, subjektiv wahrgenommenen Gegebenheiten. Derartige Aussagen werden aufgrund ihres subjektiven Bezugs zum Äußernden nach allen Ansätzen geschützt, selbst wenn die geglaubte Wahrheit objektiv falsch ist.

Beim Äußern bewusst oder erwiesen unwahrer Tatsachen besteht eine grundverschiedene Ausgangssituation: Der Äußernde glaubt selbst nicht an die geäußerten Fakten, sondern ist sich über die Mitteilung von objektiv Irrealem im Klaren und bezweckt mit ihr die Irreführung der Rezipienten.<sup>462</sup> Der Äußernde verbreitet folglich gerade nicht das, was er in Wirklichkeit weiß. Dieser Fall hängt enger mit einer Tatsachenwiedergabe zusammen als mit einer Meinung. Dies ist einer Behauptung in ihrer Reinform grundsätzlich fremd. Der Lüge wohnt damit anders als der Missinformation nicht unmittelbar eine subjektive Überzeugung von der Wahrheit der Aussage inne. Subjektiv an ihr ist nur ihre Zwecksetzung gerichtet auf die manipulative Überzeugung Dritter. Dieser Vergleich spricht in der rein grammatikalischen Betrachtung des Schutzes von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gegen den Schutz der Lüge.

## (ii) Praxisorientiertheit

Ferner ließe sich die Praxisorientiertheit als Argument gegen die gestufte Lösung des BVerfG anführen. Nach dem erkenntnistheoretischen Ansatz würden die Differenzierung der Wahr- oder Unwahrheit einerseits und die Feststellung des Vorsatzes andererseits sowie die mit diesen Voraussetzungen zusammenhängenden Beweisschwierigkeiten überwunden. Nichtsdestotrotz kann die augenscheinlich bestehende Praxistauglichkeit der Annahme nicht darüber hinwegtäuschen, dass durch bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen Gefahren für das Schutzgut der Meinungsbildung bestehen. Spätestens auf Ebene der Abwägung müsste daher ohnehin eine dezidierte Differenzierung erfolgen. Die Einfachheit des erkenntnis-

<sup>460</sup> So auch noch *Kemper*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (18. Ed.), Art. 5 GG Rn. 6.

<sup>461</sup> Vgl. Brockhaus, Enzyklopädie, Band 3, S. 495.

<sup>462</sup> Ähnlich *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 140.

theoretischen Ansatzes und des EGMR bietet mithin keinen zwingenden Grund für oder wider die Eröffnung des Schutzbereiches. Gleichwohl deutet sich in beiden Ansätzen eine gewisse Flexibilität an: Einerseits wäre ein umfassender Kommunikationsschutz sichergestellt, ohne dass man irgendwelchen Aussagen von vornherein den Schutz versperren würde. Andererseits könnte man den Gefahren im Rahmen der Abwägung mit kollidierenden Gütern Rechnung tragen, was der freiheitsrechtlichen Dogmatik entspricht.

(iii) Die positiv-illiberale „Beitragsformel“ (Wahrheitsdoktrin)

Unter Berücksichtigung der *ratio legis* der Meinungsfreiheit gilt jedoch zu hinterfragen, ob die vom BVerfG verfolgte „Beitragsformel“ nicht ein positives Freiheitsverständnis manifestiert, das den Schutz von Aussageinhalten an ihre Wahrheit knüpft. Eine solche Doktrin wäre als nicht mit dem grundrechtlich negativen Freiheitsverständnis vereinbar abzulehnen.

(1) Inhalt und Grundannahmen eines meinungsstiftenden Beitrags nach der „Beitragsformel“

Grundvoraussetzung für den Schutz einer Aussage durch die Meinungsfreiheit ist nach der „Beitragsformel“, dass der Aussage irgendeine Wertung entnommen werden kann, damit die Meinungsbildung in Gang gesetzt wird.<sup>463</sup> Desinformationen können hingegen den freien geistigen Kampf der Meinung konterkarieren und nachhaltige diskursschädigende, sogar indoktrinierende Wirkungen entfalten.<sup>464</sup> Die Frage nach dem „verfassungsrechtlich vorausgesetzten“ Beitrag dient also in negativer Abgrenzung auch dazu, solch schädigende Wirkungen aus dem verfassungsrechtlichen Kommunikationsschutz herauszuhalten.

Der Rezipient einer wertfreien Desinformation kann sich – so unterstellt es das Gericht – nicht in gleicher Weise selbstbestimmt und frei seine Meinung bilden wie derjenige, der lediglich fahrlässiger Fehlinformation unterlag.<sup>465</sup> Der Desinformationsverbreiter könnte sich zudem gegen einen anschließenden Diskurs sperren. Sowohl auf der Mikro- als auch auf der gesellschaftlichen Makroebene könnte die Meinung manipuliert werden, so dass diese Gefahren einen Schutzbereichsausschluss erfordern könnten. Im Falle von gutgläubig geäußerten unwahren Tatsa-

<sup>463</sup> Siehe Abschnitt „Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung“ unter Punkt C. III. 2. c) aa) (i) (1). Siehe ferner Abschnitt „Vereinfachtes Kommunikationsmodell“ unter Punkt C. II. 1.

<sup>464</sup> H. Frankfurt, On Bullshit, S. 54 f.; Heer, Trump Is Not a Liar, auf: The New Republic, Artikel vom 1. Dezember 2015.

<sup>465</sup> Vgl. BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology; 90, 241, 247 f., 253 – Auschwitzlüge; 54, 208, 219 – Böll; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 9. November 2011, – 1 BvR 461/08 –, juris, Rn. 22; Degenhart, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 117; Fechner, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 79; Rühl, Tatsachen, S. 248 ff.

chenbehauptungen – so kann man es in die Rechtsprechung hineindeuten – bestehen diese Gefahren nicht. Die Diskussion bleibt eröffnet, so dass jedenfalls gutgläubig geäußerte unwahre Tatsachenbehauptungen geschützt werden.

Vor diesem Hintergrund erschiene es paradox, bewusst und evident unwahre Tatsachen unter den Schutz der Meinungsfreiheit zu stellen, die gar nicht nach den Regeln des offenen Meinungskampfes spielen sollen.<sup>466</sup> Es würde Kommunikation geschützt, die weitere Kommunikation ausschließen kann. Insofern liegt der Verdacht nahe, als dass sich die Meinungsfreiheit durch den Schutz der Lüge ihrer eigenen Geltungsgrundlage berauben könnte.

## (2) Kritik an der „Beitragsformel“

Auf Grundlage dieser Erwägungen könnte ein Schutzbereichsausschluss für bewusst unwahre Tatsachenaussagen gerechtfertigt sein. Gleichwohl kollidiert diese Annahme grundsätzlich mit der Zweckfreiheit grundrechtlich geschützten Verhaltens. Denn die Kommunikationsfreiheiten sind um des Individuums selbst willen geschützt.<sup>467</sup> Lügen *per se* den Kommunikationsschutz zu entziehen, bedeutet im Umkehrschluss, dass nur die Verbreitung wahrer Information geschützt ist. Kommunikation wäre dann nicht mehr voraussetzungslos geschützt. Einer solchen Spruchpraxis könnte daher leicht ein positiv-illiberales Freiheitsverständnis attestiert werden.

## (3) Argumente gegen den Vorwurf eines positiv-illiberalen Freiheitsverständnisses

Auch dieser Vorwurf bleibt nicht kritiklos. Denn der Staat setzt keine konkret inhaltlich-thematischen Vorgaben fest. Die Argumentation der Doktringeegner wirkt inkonsistent.

### (a) Keine themenbezogenen, konkret-inhaltlichen Vorgaben von Seiten des Staates

Der Staat ist, ohne thematische Vorgaben zu machen, grundsätzlich an gesellschaftlicher Meinungsbildung anhand von Wahrheiten interessiert, auch wenn sich diese gegen den Staat selbst richten. Nur auf wahrheitsgetreuer Grundlage kann Meinungsbildung effektiv erfolgen. Zur Verstärkung und zum Schutz des vom BVerfG angenommenen Schutzguts der freien Meinungsbildung des Einzelnen könnte folglich die Wahrheitspflicht zumindest als zwischen den Zeilen stehend gefolgert werden, die im Falle der Kenntnis oder Erwiesenheit der Unwahrheit greifen müsse.<sup>468</sup> Insofern lässt sich die Statuierung einer Wahrheitspflicht als Ausfluss der aus

<sup>466</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 12 Rn. 391 spricht sogar plakativ von der Vollziehung einer „Pseudooperation der Meinungsbildung“. Siehe hingegen die Bedenken bei Herzog, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 147.

<sup>467</sup> Vgl. Ständige Rechtsprechung BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth. Herzog, ebd., Rn. 54; Schmidt-Jortzig, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 3; Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 9, die auf das natürliche Mitteilungsbedürfnis eines Menschen abstellen.

<sup>468</sup> Als Schutzzweck deutend sogar Kritiker Jestaedt, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 9. In diese Richtung deutet auch Garton Ash, Free Speech, S. 73.



der objektiven Dimension des Grundrechts entspringenden staatlichen Pflicht zur effektiven Gewährleistung der Meinungsbildungsfreiheit deuten. Das Argument einer durch das BVerfG erschaffenen positiv-illiberalen Wahrheitsdoktrin erscheint deshalb zunächst abgeschwächt. Vor diesem Hintergrund ließe sich folgern, dass Kommunikation grundsätzlich darauf aus sei, Wahrheiten zu ermitteln.<sup>469</sup> Darauf aufbauend könnte angenommen werden, dass nur zu diesem Zweck auch die überwiegend berichterstattenden Medien<sup>470</sup> sowie die Ermittlung von wissenschaftlichen Wahrheiten<sup>471</sup> geschützt sind.

(b) Widersprüchliche Argumentation der Doktrinegegner

Zudem scheint die Argumentation der Kritiker zunächst widersprüchlich. Einerseits wird die gesellschaftliche Meinungsbildung als subjektloses Schutzgut verpönt.<sup>472</sup> Andererseits richten sich die Doktrinegegner nicht gegen die – freilich unbewiesene – Annahme des BVerfG, dass die Lüge grundsätzlich keinen Beitrag zur freien individuellen Meinungsbildung leisten könne. Diese Annahme scheint vielmehr auch unter den Doktrinegegnern einhellig anerkannt.<sup>473</sup> Wenn aber diese Annahme zutrifft, dann führt ein „Recht zur Lüge“ erst recht zum Ausschluss der individuellen Meinungsbildung. Dies wäre dem Vorwurf ausgesetzt, dass das individuelle Interesse der Lügenden an ihrer Äußerungsfreiheit über die Meinungsbildungsfreiheit anderer gestellt würde. Der Zielkonflikt von Meinungsäußerungs- und Meinungsbildungsfreiheit bliebe dabei ungelöst. Die individuelle Meinungsbildung wäre im Verhältnis zur subjektlosen, gesellschaftlichen Meinungsbildung von geringerer Bedeutung. Erstere müsste sich überhaupt erst durch Letztere vollziehen. Dies wäre im Umkehrschluss jedoch ein Indiz dafür, dass auch die von den Kritikern als nicht schützenswert erachtete gesellschaftliche Meinungsbildung vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst werden müsste. Die Kritik erscheint *prima facie* nicht widerspruchsfrei und daher nicht zu überzeugen. Auch dieser Ansatz bleibt folglich nicht kritiklos.

<sup>469</sup> *Garton Ash*, ebd., S. 73, S. 75 f. Dies bestätigt auch *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602, da nach seinem Beispiel zur Erfindung der Lokalanästhesie der Irrglaube von heute zur Wahrheit von morgen werden könne: *Kühling*, NJW 2015, S. 448.

<sup>470</sup> Vgl. Siehe insbesondere für den Rundfunk, dessen Zweck in der „umfassenden, wahrheitsgemäßen Information“ liege, BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 198 – Fernsehwerbung; 83, 238, 296 – WDR. Für die Presse BVerfGE 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel.

<sup>471</sup> Vgl. BVerfGE 35, 79, 112 – Hochschulurteil; *Smend*, VVDStRL 4 (1928), S. 64; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 474.

<sup>472</sup> *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 21; *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 25 ff.

<sup>473</sup> Vgl. *Tröndle*, in: Böttcher/Hueck/Jähne, FS Odersky, S. 266. Anzeichen einer ablehnenden Haltung gegenüber dieser empirisch unbelegten These zeigen sich einzig bei *Jestaedt*, ebd., Rn. 36.



Dennoch muss dem Ansatz zugutegehalten werden, dass er den angesprochenen Zielkonflikt entsprechend der freiheitsrechtlichen Dogmatik auf die Schrankenebene verlagert, ohne damit einem „Recht zur Lüge“ *per se* ein überwiegendes Interesse beizumessen.

(4) Kritik an der Konsistenz der „Beitragsformel“ und ihrer Ergebnisse

Wie angesprochen, muss auf erster Ebene die vom BVerfG gewählte Annahme, Desinformation könne nichts zur Meinungsbildung beitragen, hinterfragt werden.

(a) Kein Beitrag für die Meinungsbildung? Das Verhältnis von Lüge und „guter“ Meinungsbildung

Erstens muss geklärt werden, ob wertfreie Desinformation tatsächlich *per se* keinen Beitrag zur Meinungsbildung leistet. Das BVerfG führt in seinen Entscheidungen keine interdisziplinären, kommunikations- und kognitionswissenschaftlichen Beweise hierfür an.<sup>474</sup> Diese Prämisse ist aber zumindest begründungsbedürftig. Argumentativ ließe sich darauf abstellen, dass die Unwahrheit in Konstellationen evident und bewusst unwahrer Tatsachenbehauptungen nicht bloß dem Äußernden, sondern auch dem Empfänger offenkundig ist. Danach liegt es nahe, dass offenkundige Lügen nichts zur Meinungsbildung beitragen.

Allerdings bestehen Zweifel an der Allgemeingültigkeit dieser Annahme: Der Rezipient der Aussage könnte sich umstimmen lassen und ihr Glauben schenken. Dies würde zu einer „schädlichen Meinungsbildung“ führen. Ein Beitrag für die Meinungsbildung wäre damit dargetan – nur eben kein „positiver“.

Dabei muss nicht *per se* ein „negativer“ Beitrag für die Meinungsbildung entstehen: Ist es wirklichkeitsfern, dass ein Belogener, der die Unwahrheit erkennt, die Aussage hinterfragt und sich zumindest eine Meinung über den Äußernden bildet? In diesem Fall wäre nach dem Verständnis des BVerfG sogar ein „positiver“ Beitrag geleistet. Ein Beitrag zur Meinungsbildung kann solchen Aussagen daher nicht pauschal abgesprochen werden.<sup>475</sup> Diese Spruchpraxis will folglich primär die „gewollte“ Meinungsbildung abstützen.

Wie ist es sonst beispielsweise möglich, dass ein und dieselbe Aussage, einmal fahrlässig, einmal bewusst unwahr artikuliert, im ersteren Fall einen Beitrag zur Meinungsbildung leisten können soll und geschützt wird, im letzteren Fall hingegen nicht? Dabei weiß der Belogene im Zweifel ebenso wenig wie der mit der fahrlässig verbreiteten Unwahrheit Konfrontierte, dass es sich bei der behaupteten Tatsache um die Unwahrheit handelt. Deshalb ist davon auszugehen, dass grundsätzlich beide in den Meinungsbildungsprozess eintreten. Nur aus der Perspektive eines allwissenden Dritten ließe sich das anders beurteilen. Wenn aber der Mei-

<sup>474</sup> *Jestaedt*, ebd., spricht davon, dass der von solchen Unwahrheiten nach dem Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht gegebene Beitrag zur Meinungsbildung „kaum empirisch verifizierbar“ sei.

<sup>475</sup> Ähnlich ebd.

nungsbildungsprozess angestoßen wird, so müsste das BVerfG den Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach seiner Formel eröffnen. Dieser Vergleich verdeutlicht die illusorische Pauschalität der Maßstäbe der „Beitragsformel“.

Ferner muss sich das Gericht die Frage gefallen lassen, ob es nicht möglich ist, dass sich eine einmal wissenschaftlich als falsch eingestufte Gegebenheit durch andere Erkenntnisse wissenschaftlich bewahrheiten kann. Gerade in Geisteswissenschaften sind Lehren anhand gesellschaftlicher Strömungen wandelbar. Das, was heute wissenschaftlich inkorrekt ist, könnte morgen als eindeutig korrekt gelten.<sup>476</sup> Die Validität der Maßstäbe an einen Beitrag für die Meinungsbildung muss also bezweifelt werden.

In anderen Kontexten schreibt das BVerfG im Übrigen schon der Auswahl von Tatsachen eine Wertung zu.<sup>477</sup> In dieser Konsequenz müsste es dies aber erst recht für die stärkste Form der Auswahl, der Tatsachenfiktion sowie der -manipulation, tun. Fiktionen und Manipulationen dienen häufig dazu, auf subtile Weise die Meinung anderer zu beeinflussen. So kann beispielsweise die bloße Leugnung des Holocausts als wertfreie Tatsache angesehen werden oder aber als eine Tatsache, die subtil die Verantwortlichkeitsfrage für die Massenmorde im Zweiten Weltkrieg abschwächen oder ausschließen soll und zudem nationalsozialistisches Gedankengut in den Mittelpunkt rückt. Dies hängt aber maßgeblich davon ab, wie der Rezipient die Aussage versteht und verstehen darf. Auch diese Argumente deuten darauf, dass sich auf den Maßstäben letztlich eine ergebnisorientierte Interessenjurisprudenz zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung gründet. Dennoch darf die Bewertung einer Aussage und ihrer Folgen keinen Einfluss auf die Eröffnung des Schutzbereiches haben.<sup>478</sup> Denn auch „schlechte“ Meinungsbildung ist Meinungsbildung.

#### (b) Gefahr des Ausschlusses von Diskursen

Dabei erscheint zweitens auch bei konkreten Fällen der Desinformationsverbreitung nicht ausgeschlossen, dass sich im Anschluss an die Verbreitung unwahrer Tatsachen eine Diskussion ergibt, die die zugrunde gelegten fehlerhaften Tatsachen zutage fördert. Das BVerfG geht offenbar von dem Idealtypus einer manipulierenden Lüge in Verbindung mit einem in jedem Fall intellektuell unterlegenen Empfänger aus. Dabei bildet der Ausschluss der Meinungsbildung des Empfängers und von Diskursen den schwerwiegendsten Fall, der nie pauschal angenommen werden kann, sondern feststellungsbedürftig ist.<sup>479</sup> Diese Grundkonstellation verbleibt daher theoretischer Natur, was Zweifel an der uneingeschränkten Geltungskraft der Prämisse des BVerfG

<sup>476</sup> In diese Richtung auch *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602, der mit einem realen Beispiel zur Erfindung der Lokalanästhesie argumentiert, nach dem der Irrglaube von heute zur Wahrheit von morgen werden könne.

<sup>477</sup> Vgl. BVerfGE 59, 231, 258 – WDR; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>478</sup> Siehe schon oben den Abschnitt „Inhaltlicher Schutz: Meinungen“ unter Punkt C. III. 2. b).

<sup>479</sup> In diese Richtung *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 36.

weckt. Selbst wenn sich der ursprünglich Sich-Äußernde gegen den Diskurs und eine Korrektur seiner Aussagen sperren sollte, bedeutet das nicht zwingend, dass alle Rezipienten *per se* leichtgläubig oder unterlegen sind. Selbst wenn im Rahmen der Lügenaufklärung zunächst Tatsachen ermittelt werden müssen, so dass nicht unmittelbar in den Prozess der Meinungsbildung eingetreten werden kann, kann jedoch schon diese Tatsachenerhebung meinungsbildende Wirkung entfachen. Der Rezipient unterliegt damit nicht unabdingbar der Lüge. Eine schädigende Meinungsbeeinflussung, die für einen Schutzbereichsausschluss angeführt werden könnte, kann jedoch nicht allgemeingültig angenommen werden. Eine vergleichbare Gefahr für die Meinungsbildung, wie beispielsweise durch die Anwendung außerargumentativer Druckmittel, lässt sich nicht pauschal annehmen.<sup>480</sup> Schutzbereichsausschlüsse aus der Kommunikation können die Äußerungsfreiheiten hingegen stark beeinträchtigen.<sup>481</sup> All diese Gegebenheiten sind vielmehr Fragen des konkreten Einzelfalles, die flexibler im Rahmen einer Gesamtabwägung Einfluss finden können, ohne derartigen Äußerungen schlicht den Schutzbereich zu versagen.

(c) Vom subjektiv-liberalen Grundrecht zur „dienenden Freiheit“:

Effektivität der Meinungsbildung

Drittens soll der Fokus auf die freiheitsrechtliche Dogmatik der Grundrechte gelegt werden. Grundrechte sind der Verwirklichung des Individuums wegen angeordnet, so dass jeder Grundrechtsträger selbst entscheidet, wie er die Freiheiten (im kommunikativen Bereich) auslebt.<sup>482</sup> Nach dem BVerfG gelten die Kommunikationsgrundrechte, allem voran die Meinungsfreiheit, als unmittelbarster Ausdruck der Persönlichkeit des Menschen, die die Grundlage jeder weiteren Freiheit bilden und jedenfalls originäre Abwehrrechte darstellen.<sup>483</sup> Die individuelle Kommunikationsmöglichkeit soll der Staat aufgrund seiner objektiv-rechtlichen Verpflichtung absichern. Die objektiv-rechtliche Dimension kann die subjektive Dimension eines Grundrechts immer nur in einem verhältnismäßigen Maße beschränken, das im Rahmen einer Abwägung auszutarieren ist, nicht schon auf Ebene des Schutzbereiches.<sup>484</sup> Andernfalls wird der

<sup>480</sup> Vgl. BVerfGE 25, 254, 264 f. – Blinkfüer; BGH NJW 1984, 1226, 1229. Bejahend OLG Köln NJW 1970, 1322, 1324 (für Sachbeschädigungen); NVwZ 2000, 350, 351 (für freiheitsbeschränkende Maßnahmen).

<sup>481</sup> Vgl. nur *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 52 ff.

<sup>482</sup> Siehe vor allem BVerfGE 124, 300, 320 – Wunsiedel; 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“; 61, 1, 7 f. – Wahlkampf; 42, 163, 170 f. – Herabsetzendes Werturteil; 33, 1, 15 – Strafgefangener; 30, 336, 347 – Sonnenfreunde; *H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 10; *ders.*, Der Staat 14 (1975), S. 157; *Ossenbühl*, in: Merten/Papier, HGR I, § 15, Rn. 51; *Di Fabio*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 2 Abs. 1 Rn. 13. In diese Richtung für die Meinungsfreiheit auch *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 601 f. Siehe auch die Bedenken bei *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 74 f.; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 340.

<sup>483</sup> BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth.

<sup>484</sup> Siehe in Bezug auf die Pressefreiheit *Bloch* Medienvielfalt contra Medienmacht, S. 135 f. m. w. N.

qualifizierte Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG ausgehebelt, der ein inhaltsneutrales Gesetz zur Beschränkung der Meinungsfreiheit fordert und im hiesigen Kontext dem Vorwurf eines staatlichen Wahrheitsrichtertums vorbeugt.<sup>485</sup>

Aber selbst wenn man die Eröffnung des Schutzbereiches an den „verfassungsrechtlich vorausgesetzten“ Beitrag zur Meinungsbildung knüpft, so wird Meinungsbildung auch dann betrieben, wenn es sich um eine „schlechte“ Meinungsbildung handelt. Die Verfassung differenziert diesbezüglich jedenfalls nicht. Selbst das BVerfG beteuert insofern selbstwidersprüchlich, dass es grundsätzlich unerheblich sei, auf welche Art und Weise sich jemand seine Meinung gebildet hat.<sup>486</sup> Das Hineinlesen einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Voraussetzung stellt jedoch eine zusätzliche positive Voraussetzung, eine Pflicht zur Wahrheit bei dessen Kenntnis, für den individuellen Kommunikationsschutz auf. Damit wandelt es das subjektive Recht durch die Hintertür in ein Funktionsgrundrecht zugunsten einer „effizienten“ und gemeinwohl- und demokratiedienlichen, „guten“ Meinungsbildung.<sup>487</sup> Die Abwehrkomponente verkehrt sich in diesem Kontext in ihr Gegenteil; sie begründet keine „Freiheit vom“, sondern eine „Freiheit durch den Staat“. Diese positive Pflicht zur „guten“ Meinungsbildung kann negative Effekte auf die meinungsbildende Kommunikation zeitigen und sogar ein Aushebeln der Grundrechte ermöglichen. Deshalb muss der Schutz entsprechend des negativen Freiheitsverständnisses des Grundgesetzes zweckfrei bleiben.

Speziell für die Meinungsfreiheit gilt daher: Der Schutzzweck der Äußerungsfreiheiten liegt in der zweckfreien Kommunikationsverwirklichung des Einzelnen; die freie Meinungsbildung stellt hierzu ein kollidierendes Grundrecht eines Dritten dar. Einschränkungen des kommunikativen Verhaltens sind keine Frage des Schutzbereiches, sondern der Schrankensetzung zugunsten der freien Meinungsbildung. Wenn die Meinungsfreiheit nach dem BVerfG schon unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit sein soll, muss sie auch das „geistige Atmen“ und das ureigene Mitteilungsbedürfnis eines Menschen und folglich alle Arten kommunikativer Selbstverwirklichung erfassen, auch die Lüge. Dies muss trotz des *expressis verbis* nur auf Meinungsäußerungen gerichteten grundrechtlichen Wortlauts gelten.

#### (d) Folge: Weitere dogmatische Brüche der Rechtsprechung

Dieses Verständnis führt zu weiteren dogmatischen Schwächen, da der Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG sowie die Güterabwägung von widerstreitenden Interessen ausgehebelt wird. Zwar schützt die Meinungsfreiheit grundsätzlich die Meinungsäußerungs- sowie die Meinungsbildungsfreiheit. Für einen Schutz-

<sup>485</sup> Siehe Abschnitt „Folge: Weitere dogmatische Brüche der Rechtsprechung“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (4) (d).

<sup>486</sup> Zu grundlos gebildeten Meinungen, siehe BVerfGE 42, 163, 170 f. – Herabsetzendes Werturteil.

<sup>487</sup> *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 36; *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 54; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 65. Entschieder *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10.

bereichsausschluss ließe sich insofern noch argumentieren, dass der Zielkonflikt zwischen Meinungsäußerung und -bildung innerhalb eines und desselben Grundrechts stattfindet und die Äußerungsfreiheit den Schutzzweck der Meinungsbildung konterkarieren könnte. Selbst wenn man aber der faktisch fehlerhaften Annahme, dass eine bewusst oder evident unwahre Tatsachenbehauptung des Einen nichts zur Meinungsbildung des Anderen beitragen könne, folgen würde, handelt es sich dabei um einen Fall zweier widerstreitender Grundrechtspositionen von verschiedenen Grundrechtsträgern. Es handelt sich folglich um eine Konstellation der Drittwirkung, bei der grundsätzlich ein möglichst schonender Ausgleich der beiden widerstreitenden Interessen im Rahmen einer Güterabwägung erfolgen muss (praktische Konkordanz). Warum dieser Widerstreit nun bereits auf Schutzbereichsebene geführt werden soll, bleibt unklar und im Vergleich zur sonstigen Drittwirkungssystematik des BVerfG widersinnig.

(5) Ergebnis: Die positiv-illiberale „Beitragsformel“ (Wahrheitsdoktrin)

Die Konsistenz der „Beitragsformel“ des BVerfG samt seinen interessengeleitet anmutenden Ergebnissen in Bezug auf Desinformation ist dogmatisch infrage gestellt. Die „Beitragsformel“ schützt – nach seiner Grundannahme – nur die „gute“ Meinungsbildung. Dies ist mit dem negativen Freiheitsverständnis unvereinbar. Im Ergebnis trifft der Vorwurf zu, dass das BVerfG die Meinungsfreiheit mit seiner Wahrheitsdoktrin – wenngleich in absehbaren Grenzen – in ein positiv-illiberales Freiheitsrecht umformt und damit die Zweckfreiheit des Grundrechts konterkariert. Diese Praxis ist abzulehnen.

(iv) Inkonsistenzen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Zur Frage der Erforderlichkeit eines Schutzbereichsausschlusses von verbreiteter Desinformation wird weiter ein vergleichender Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu anderen geschützten Kommunikationsweisen und Schutzbereichsausnahmen geworfen. Hierbei soll der Fokus vor allem auf Vergleiche zur Rechtsprechung zu den Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ((1)), zu abstrusen Meinungen ((2)), zur Anwendung außerargumentativer Druckmittel ((3)), zur Schmähkritik ((4)) und zu Formalbeleidigungen ((5)) gelegt werden. Wenn das BVerfG zu den genannten Vergleichsformen ein weites Schutzbereichsverständnis erkennen lässt, wäre es inkonsequent und widersprüchlich, bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszunehmen.

## (1) Inkonsistenz zu Medienfreiheiten

Ein Vergleich zu den Mediengrundrechten zeigt, dass die Berichterstattung bei Rundfunk und Film ausdrücklich geschützt ist. Diese ist begrifflich zunächst objektiv und tatsachenorientiert.<sup>488</sup> Nicht ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG enthalten ist die mediale Verbreitung von Meinungen. Da jedoch die Medienfreiheiten nach Ansicht des BVerfG allesamt systematisch und sinnhaft die Meinungsbildung Dritter unterstützen, muss auch eine von ihr betriebene Meinungsstiftung zwingend geschützt sein.<sup>489</sup> Die Medienfreiheiten schützen daher die mediale Verbreitung jeglicher Gedankeninhalte.<sup>490</sup>

Wenn der grundgesetzliche Wortlaut die Tatsachenberichterstattung schützt und insbesondere das BVerfG für die Mediengrundrechte immer wieder betont, dass diese Tätigkeit für die Meinungsbildung von herausgehobener Relevanz<sup>491</sup> sei, ergibt sich mit Blick auf die formalistisch zwischen Tatsachen und Meinung trennende Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit ein grundsätzliches Dilemma: Durch die Trennung wäre die objektive Tatsachenmitteilung *a priori* nur durch die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt. Wenn sie hingegen von einem Privaten über eigene, nichtinstitutionalisierte Verbreitungskanäle erfolgt, bliebe grundsätzlich nur der Schutz des subsidiären und nur mangelhaft die Kommunikation schützenden Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>492</sup> Dies würde dazu führen, dass die objektive Berichterstattung durch Private einen niedrigeren Schutz erlangt als eine stark subjektiv gefärbte Wertung, die für eine effektive und fundierte Meinungsbildung und -äußerung nicht vergleichbar relevant sein muss.<sup>493</sup> Wenn das BVerfG in Bezug auf das Schutzgut der Kommunikation immer wieder auf die freie Meinungsbildung abhebt, muss *a fortiori* auch ein bloßes Informationshandeln durch Einzelne geschützt sein.<sup>494</sup> Schließlich sollen Medienfreiheiten die Meinungsäußerungsfreiheit

<sup>488</sup> Vgl. *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 43. Ähnlich auch BGH NJW 1963, 665, 667. Auf die besondere grammatikalische Bedeutung abstellend *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 37.

<sup>489</sup> BVerfGE 74, 297, 323 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 59, 231, 257 f. – WDR; 57, 295, 319 f. – FRAG; 35, 202, 222 – Lebach; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>490</sup> Hinsichtlich der Presse wird dies vom BVerfG als selbstverständlich vorausgesetzt, siehe BVerfGE 50, 234, 240 – Ausschluß eines Reporters; 36, 193, 204 – Zeugnisverweigerungsrecht der Presse; 21, 271, 278 f. – Südkurier; 20, 162, 176 – Spiegel; 10, 118, 121 – FDJ. Für den Rundfunk siehe BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 201 – Fernsehwerbung; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>491</sup> BVerfGE 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 71, 162, 180 – Autobiographie eines Chefarztes; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel.

<sup>492</sup> BVerfGE 6, 32, 37 – Elfes. Andere Ansicht *Bethge*, in: Sachs, GG I, Art. 5 Rn. 48a. Zum Streit über die Frage der Eröffnung der Pressefreiheit für einen von Laien ausgeübten Journalismus über soziale Medien, wie Blogs, siehe nur *Kahl*, Elektronische Presse, S. 89–110, S. 153 ff., S. 322 f.

<sup>493</sup> *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 53. Anders *Grimm*, NJW 1995, S. 1701.

<sup>494</sup> *Herzog*, ebd.



gerade verstärken.<sup>495</sup> Dabei kann in der Zeit sozialer Medien schon gar keine klare Grenze mehr zwischen medialer und privater Verbreitung von Gedankeninhalten gezogen werden. Der Konsument hat sich zum *Prosumenten* entwickelt, der Inhalte konsumieren, aber gleichsam auch produzieren kann.<sup>496</sup> Seine – auch laienhaften – Inhalte können unter gewissen Voraussetzungen verfassungsrechtlich unter den Schutz der Medienfreiheiten fallen.<sup>497</sup> Die Tatsachenkundgabe des einen wäre dann geschützt, die eines anderen hingegen nicht – ein und dieselbe Tätigkeit erfährt entgegengesetzten Schutz. Dies mutet widersprüchlich an. Denn wenn man – wie das BVerfG – das primäre Schutzgut der Kommunikationsfreiheiten in der freien Meinungsbildung erblickt, so ist es kaum mit logischen Argumenten zu begründen, auf der einen Seite die objektive Berichterstattung der Medien über die Medienfreiheiten zu schützen, da sie zur Meinungsbildung beitragen solle, und auf der anderen Seite die objektive Berichterstattung einer Privatperson nicht, oder zumindest nicht über die Meinungsfreiheit. Im Ergebnis folgt daraus ein erheblich geringerer Grundrechtsschutz als bei der schlichten Meinungsäußerung.<sup>498</sup>

Das angesprochene Dilemma des grundrechtlichen Tatsachenschutzes versucht das BVerfG zwar über seine „Beitragsformel“ aufzulösen. Dabei erschiene es um ein Vieles konsequenter, sich vom begriffsjuristischen Wortlaut der Meinungsfreiheit zu lösen, um einen systematischen Gleichlauf der Kommunikationsgrundrechte herbeizuführen, womit Äußerungen des Einzelnen in Gänze vom Schutzbereich erfasst wären.

Diese Erkenntnis resultiert nicht zuletzt daraus, dass eine durch Medien verbreitete unrichtige Information nach der Rechtsprechung des BVerfG aufgrund der institutionellen Arbeitsweise der Medien grundsätzlich von den Medienfreiheiten geschützt wird. Zugegeben gilt das nach der Rechtsprechung des BVerfG wiederum nicht für bewusst, erwiesen oder gar leichtfertig getätigte unwahre Tatsachenbehauptungen.<sup>499</sup> Denn nach ihm liegt der Zweck der berichterstattenden Medien

<sup>495</sup> Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 5, Rn. 174.

<sup>496</sup> Siehe hierzu schon den Abschnitt „Ausgangslage und Motivation“ unter Punkt A. I.

<sup>497</sup> Siehe zur Abgrenzung anhand des Kriteriums der journalistisch-redaktionellen Gestaltung und seinen Voraussetzungen siehe *Kabl*, Elektronische Presse, S. 89–110, S. 153 ff., S. 322 f. Allgemein auch *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 146 ff.; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 178 f., S. 186. Dagegen an der technikorientierten Abgrenzung festhaltend das Gutachten von *Papier/Schröder*, epd-medien 2010, S. 16 ff.; *Kunisch*, Rundfunk im Internet, S. 146.

<sup>498</sup> *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 53; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66.

<sup>499</sup> BVerfGE 54, 208, 219 f. – Böll; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel. Hingegen restriktiver BGH NJW 1977, 1288, 1289, der ebenso im Interesse der Öffentlichkeitsunterrichtung auch Grenzen der Prüfungspflicht anzugeben versucht. *Schulze-Fielitz*, ebd., Rn. 94. Missverständlich *Herzog*, ebd., Rn. 146 f., der von leichter und nicht von grober Fahrlässigkeit spricht.

in der wahrheitsgemäßen Information, die zur fundierten Meinungsbildung des Einzelnen führen solle.<sup>500</sup> Insofern ergibt sich kein unmittelbarer Widerspruch zu den Karlsruher Leitlinien zur Meinungsfreiheit.

Allerdings erkennt das Gericht die sich wandelnden Arbeitsbedingungen der Medien an und macht deshalb gewisse Zugeständnisse hinsichtlich der Schutzbereichseröffnung, indem beispielsweise das Argument der Zeitknappheit berücksichtigt wird – sie dürfen nur nicht leichtfertig mit der Wahrheit umgehen.<sup>501</sup> Was in der digitalisierten journalistisch-sekundenaktuellen Medienwelt überhaupt noch unter den Begriff der Leichtfertigkeit zu subsumieren ist, dürfte sich nur noch schwer feststellen lassen.<sup>502</sup> Aber auch die Beantwortung der Frage nach dem Bewusstsein von der Falschheit der Information erscheint deutlich erschwert. Es ist davon auszugehen, dass das BVerfG – mehr noch als bei der Meinungsfreiheit – den Schutzbereich der Medienfreiheiten nur im Ausnahmefall nicht eröffnen wird und konkrete Unwägbarkeiten auf Rechtfertigungsebene Einfluss finden. Denn genau dort bietet sich dogmatisch Raum für die Berücksichtigung dieser Umstände.

Es kann festgestellt werden, dass sich die Rechtsprechung des BVerfG zu den Medienfreiheiten grundsätzlich an seine zur Meinungsäußerungsfreiheit entwickelten Leitlinien hält. Nichtsdestoweniger weckt sie starke Bedenken aufgrund des mangelnden systematischen Gleichlaufs von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und S. 2 sowie wegen der Kriterien leichtfertig oder vorsätzlich getätigter Tatsachenbehauptungen für Schutzbereichsausschlüsse.

## (2) Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zum Schutz absurder Meinungen

Im Übrigen schützt die Meinungsfreiheit – auch nach der Rechtsprechung des BVerfG – richtigerweise abstruse Meinungen; diese basieren häufig auf fehlerhafter Tatsachengrundlage.<sup>503</sup> Von diesen lässt sich die eigenständig abgegebene, unwahre Tatsachenbehauptung kaum unterscheiden. Sie werden teils genutzt, um auf subtile Weise abstruse Wertungen anzupreisen und hervorzurufen; ein gewisses Wechselspiel ist erkennbar. Insofern wäre es inkonsequent, die abwegige Wertung zu schüt-

<sup>500</sup> Siehe insbesondere für den Rundfunk, dessen Zweck in der „umfassenden, wahrheitsgemäßen Information“ liege, BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 198 – Fernsehwerbung; 83, 238, 296 – WDR. Für die Presse BVerfGE 54, 208, 219 f. – Böll; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel.

<sup>501</sup> Vgl. schon BVerfGE 54, 209, 220 – Böll; BVerfG NVwZ 2004, 607.

<sup>502</sup> Man bedenke nur das Beispiel zur Verkündung der Entscheidung zum zweiten NPD-Verbotsverfahren, bei der die mediale Berichterstattung während der eingänglichen abstrakten Erörterungen zum Verfahrensgegenstand seitens des Präsidenten *Vofskuble* geschlossen fehlerhaft schlussfolgerte, die NPD sei fortan verboten, was nicht der Wahrheit entsprach und in der Folge korrigiert werden musste.

<sup>503</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 20; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. September 2015, – 1 BvR 3217/14 –, juris, Rn. 23.



zen, ihre Grundlage aber nicht. Zwar wird sich der Äußernde einer Meinung, die auf fehlerhafter Tatsachengrundlage basiert, anders als ein Lügenger in der Regel nicht der Korrektur seiner Tatsachengrundlage sperren, da er regelmäßig gutgläubig ist. Gleiches gilt auch, wenn es um die Beurteilung komplexer Lebenssachverhalte geht.<sup>504</sup> Damit sind Wertungen getätigt und anschließende Diskurse möglich. Ein meinungsbildender Beitrag liegt demnach vor. Indes wurde bereits festgestellt, dass auch Lügen zur Meinungsbildung beitragen können und nach dem BVerfG unerheblich sein sollte, wie sich jemand seine Meinung gebildet hat. Auch die Verfassung trennt nicht zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung. Damit besteht ein Widerspruch zur grundlegenden Bedeutung der Meinungsfreiheit, deren Schutzbereich „rückwirkend“ durch die „Beitragsformel“ verkürzt wird.<sup>505</sup> Insofern offenbart der Vergleich von abwegigen Meinungen und bewusst und evident unwarhen Tatsachenaussagen einen Bruch in der Rechtsprechung.

### (3) Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Anwendung außerargumentativer Druckmittel

Die Meinungsfreiheit darf nach dem BVerfG erst dann auf Schutzbereichsebene begrenzt werden, wenn die freie Meinungsbildung konterkariert wird.<sup>506</sup> Schließlich schützt die Meinungsfreiheit die Freiheit der Diskussion, weshalb die Äußerungsfreiheit auf rein geistige Akte beschränkt sei.<sup>507</sup> Deshalb leisten Akte, mit denen der Äußernde andere Individuen nicht mit Worten überzeugen, sondern in Form einer willensbeugenden Gewalt dazu bestimmen will, seiner Meinung zu folgen, nachvollziehbarerweise keinen meinungsbildenden Beitrag. Solche außerargumentativen Druckmittel schaden der Meinungsbildung.<sup>508</sup> Instrumente jenseits des geistigen Meinungskampfes, etwa Maßnahmen der Macht- oder Meinungserzwingung, stehen daher nicht unter dem Meinungsschutz.<sup>509</sup> In ihnen liegt keine individuelle Verwirklichung in und durch Kommunikation. Zugunsten eines umfassenden Kommunikationsschutzes wird eine solche Ausnahme nur sehr restriktiv angenommen.<sup>510</sup>

Das liberale Grunddiktum zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit, das in der Entscheidung zum Boykottaufwurf von *Lüth* festgelegt wird, findet seine Grenzen daher stets in den abstrakten, schutzbereichsbegrenzenden Wertungen des *Blink-*

<sup>504</sup> BVerfGE 90, 241, 249 f. – Auschwitzlüge; 90, 1, 15 f. – Jugendgefährdende Schriften. So auch *Milker*, ZUM 2017, S. 218.

<sup>505</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, ebd.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10.

<sup>506</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1, 8 – Wahlkampf; 90, 241, 247 – Auschwitzlüge.

<sup>507</sup> BVerfGE 25, 254, 265 – Blinkfüer; 20, 162, 174 ff. – Spiegel; 7, 198, 212, 219 – Lüth.

<sup>508</sup> BVerfGE 62, 230, 244 ff. – Boykottaufwurf; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 25, 256, 264 f. *e contrario* – Blinkfüer.

<sup>509</sup> Vgl. BVerfGE 25, 254, 264 f. – Blinkfüer; BGH NJW 1984, 1226, 1229. Bejahend OLG Köln NJW 1970, 1322, 1324 (für Sachbeschädigungen); NVwZ 2000, 350, 351 (für freiheitsbeschränkender Maßnahmen).

<sup>510</sup> BVerfGE 25, 254, 265 – Blinkfüer. Die verwendeten Synonyme benennt *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 128. Kritisch hingegen *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 340.

*fürer*-Beschlusses.<sup>511</sup> Beim bewussten Lügen oder Verlautbaren erwiesener unwahrer Tatsachen liegt jedoch keine mit der Anwendung außerargumentativer Druckmittel vergleichbare Konstellation von *vis compulsiva* vor, bei der grundsätzlich eine Ausnahme vom Schutzbereich erfolgen müsste.<sup>512</sup> Der von der Lüge ausgehende, gewissermaßen subtil-suggestiv wirkende Zwang birgt naturgemäß Manipulationsgefahren: Er ist aber nicht willens-, oder besser, meinungsbeugend. Dieser „Zwang“ stützt seine Suggestivkraft auf die Präsentations- und Darlegungsweise, mithin auf Elemente, die kommunikationsgrundrechtlich gerade geschützt sein müssen.<sup>513</sup> Eine Meinung wird nicht zwingend durch eine Lüge vorgeformt, sondern bleibt anders als bei der Willensbeugung weiterhin für den Empfänger modellierbar. Insbesondere eine außenplurale Medienlandschaft leistet dahingehend Aufklärungsarbeit.<sup>514</sup>

Dagegen könnte zwar argumentiert werden, dass die freie Meinungsbildung voraussetze, nicht auf dritte Grundrechtsträger wie die Medien zurückgreifen zu müssen. Die Behauptung, dass andere bestehende Kommunikationskanäle die Lüge enttarnen könnten und die freie Meinungsbildung deshalb gewährleistet bliebe, könnte sich als ein Zirkelschluss erweisen. Denn die „Verantwortlichkeit“ ließe sich immer weiter verschieben. Im Extremfall wäre eine Aushebelung der freien Meinungsbildung in Form einer Instrumentalisierung möglich und hätte keine Konsequenzen auf Schutzbereichsebene. Gleichwohl ist das reale Kommunikationssystem kein rein dualistisches Äußernder-Empfänger-Verhältnis (*One-on-One*). Ein Diskurs baut immer auf die Reaktion des Empfängers oder Dritter. Dies erkennt das BVerfG in seiner „Beitragsformel“ implizit an, indem es danach fragt, ob eine Tatsachenäußerung etwas zur Meinungsbildung (Dritter) beitragen kann. Unter dieser Prämisse erkennt es auch irrtümlich verbreitete Fehlinformationen als von der Meinungsfreiheit geschützt an. Irrtümer seien der Kommunikation immanent, lassen sich aber durch den Empfänger oder Dritte korrigieren, was das Gericht selbst eingesteht, indem es den Kommunikationsgrundrechten einen „Prozesscharakter“ zuerkennt.<sup>515</sup> Insofern muss das Verhalten Dritter in lebensnaher Betrachtung zugunsten eines effektiven Kommunikationsschutzes Beachtung finden. Die Intensität und Qualität der Meinungsbeeinflussung durch Lügen kann flexibler auf Abwägungsebene stattfinden.

<sup>511</sup> In BVerfGE 25, 256, 265 – Blinkfürer heißt es, dass bei einem zwar grundsätzlich von der Meinungsfreiheit geschützten Boykottaufruf, der sich jedoch nicht „auf die Überzeugungskraft von Darlegungen, Erklärungen und Erwägungen beschränkt, sondern darüber hinaus sich solcher Mittel bedient, die den Angesprochenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen“, entfällt ihr Schutz. Siehe im Übrigen auch BVerfGE 62, 230, 244 ff. – Boykottaufruf; BVerfG NJW 1989, 381, 382. Zutreffend auch Grimm, NJW 1995, S. 1699.

<sup>512</sup> Vgl. BVerfGE 25, 254, 264 f. – Blinkfürer.

<sup>513</sup> Vgl. ebd.

<sup>514</sup> Zum Internet als dem „außenpluralsten Raum der heutigen Zeit“, siehe Paulus/Nölscher, ZUM 2017, S. 186. Dass die im Internet verfügbaren Informationen bis zur völligen Unübersichtlichkeit angeboten werden, steht dem nicht entgegen, vgl. S. 182 f.

<sup>515</sup> Vgl. BVerfGE 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel. Siehe auch Grimm, NJW 1995, S. 1699.

Die Äußerungsfreiheit findet unter normativer Würdigung des Schutzgutes ihre Grenze in der Anwendung außerargumentativer, meinungsbeugender Druckmittel, nicht in der Lüge. Erstere schließt die Meinungsbildung aus, Letztere nicht *per se*. Die Lüge ist zwar moralisch zu beanstanden, nicht aber unter äußerungsfreiheitlichen Gesichtspunkten.<sup>516</sup> Ein Vergleich von außerargumentativen Druckmitteln und Lügen bringt keinen Anhaltspunkt dafür, eine Schutzbereichsausnahme zuzulassen.

#### (4) Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik

Ferner soll ein Vergleich zur Spruchpraxis des BVerfG zur Schmähkritik angestellt werden. Denn wenn das BVerfG sie als eine der stärksten Formen beleidigenden Verhaltens dem Schutz der Meinungsfreiheit unterstellen würde, bestünde ein zusätzliches Indiz, dies bei bewusst und evident desinformativen Tatsachenbehauptungen nicht abweichend zu handhaben. Der mit Letzteren verfolgte Zweck liegt häufig auch in Ehrverletzungen. Solche Herabwürdigungen gründen sich – selbst wenn hierzu „objektive“ Unwahrheiten verwendet werden – auch auf einer Wertung. Es wäre daher inkonsequent, eine besonders intensive Form der Diskreditierung dem Schutz der Meinungsfreiheit zu unterstellen, eine andere aufgrund ihres objektiv anmutenden Charakters aber nicht.

Schmähungen verletzen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Dritten in besonders intensiver Weise, was ein Argument dafür bilden könnte, sie aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herauszuhalten. Dies entspräche einem engen Schutzbereichsverständnis, das auf den sog. *Immanenzlehren* gründet und sich durch schutzbereichsimmanente Beschränkungen auf Grundlage eines Friedlichkeits-, *Neminem-laedere*- oder Strafrechtsvorbehaltes auszeichnet.<sup>517</sup> Diese Deutung liefere der allgemeinen Grundrechtsdogmatik zuwider, nach der die Grundrechte über die bereitgehaltenen Schrankenvorbehalte eingeschränkt werden.

Ferner konfligiert diese Annahme in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vor allem auch mit der grundgesetzlichen Gewährleistung einer „freien“ Kommunikation. Das Adjektiv „frei“ unterstreicht in diesem Sinne abermals, dass das Grundrecht grundsätzlich keine Kommunikationsbeschränkung auf Schutzbereichsebene zulässt. Die freiheitliche Verfassung schützt auch abseitige, verachtenswerte und beleidigende Meinungen. Ob eine Äußerung Dritte in ihren Rechten verletzt, Gemeinschaftsgüter gefährdet oder Grundprinzipien der politischen und sozialen Ordnung

<sup>516</sup> *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S. 54 spricht insofern von einer dem Recht entzogenen und folglich nicht bindenden „Moralität“. Ebenso *Köhler*, NJW 1985, S. 2390; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66. Anders wohl früher *Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, AA VIII, S. 427 Zeile 20–25.

<sup>517</sup> Ausführlich *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S. 51 f. m. w. N.; *Rühl*, Tatsachen, S. 326; *Sachs*, in: ders., GG, Vor Art. 1 Rn. 77a, Rn. 100; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 62.

infrage stellt, ist für den Schutzbereich daher grundsätzlich irrelevant. Denn auch diese Äußerungen beinhalten grundsätzlich Wertungen und tragen daher etwas zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsfreiheit bei.

(a) Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts und Schlussfolgerungen der Literatur

Teilweise wird dennoch eine Schutzbereichsausnahme für solch ehrverletzende Aussagen vertreten,<sup>518</sup> die allein auf die Diffamierung einer Person abzielen, ohne irgendeinen Sachbezug aufzuweisen – die sog. Schmähkritik<sup>519</sup>. Das BVerfG selbst bezog lange Zeit zumindest *prima facie* keine eindeutige Position zu diesem Problem. Nach seiner Rechtsprechung nehmen schmähende Aussagen nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teil wie andere Werturteile.<sup>520</sup> „*Sachverhaltsfeststellungen und Rechtsanwendungen dieses Inhalts können den Zugang zu dem grundrechtlichen Bereich von vornherein verstellen*“<sup>521</sup>, führte es in seiner älteren Entscheidung zur *Postmortalen Schmähkritik* aus. In jüngeren Entscheidungen stellt es immer wieder klar, dass Art. 5 Abs. 1. S. 1 GG auch Kritik schütze, die „*pointiert, polemisch und überspitzt erfolgen darf; insoweit liegt die Grenze zulässiger Meinungsäußerungen nicht schon da, wo eine polemische Zuspitzung für die Äußerung sachlicher Kritik nicht erforderlich ist [...]*. Einen Sonderfall bilden hingegen herabsetzende Äußerungen, die sich als *Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen*. Dann ist *ausnahmsweise keine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht notwendig, weil die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurücktreten wird*.“<sup>522</sup>

Stimmen der Literatur meinen, hierin eine Entwicklung dahingehend beobachten zu können, dass das BVerfG den Schutzbereich der Meinungsfreiheit im Falle von Schmähkritik gar nicht erst eröffne.<sup>523</sup> Denn eine schmähende Aussage gehe primär auf die Verhinderung einer sich anschließenden kommunikativen Interaktion aus und liefe damit dem Schutzzweck des Art. 5 GG zuwider.<sup>524</sup>

<sup>518</sup> So *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 96; *Clemens*, in: Umbach/ders., GG, Art. 5 Rn. 61, widersprüchlich aber Rn. 159, in der die Eröffnung des Schutzbereichs zwingend vorausgesetzt wird.

<sup>519</sup> Die Definition findet sich in BVerfGE 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 82, 272, 283 f. – Postmortale Schmähkritik; BVerfG NJW 2003, 1109, 1110; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 5. Dezember 2008, – 1 BvR 1318/07 –, juris, Rn. 16.

<sup>520</sup> Vgl. BVerfGE 82, 272, 281 – Postmortale Schmähkritik.

<sup>521</sup> Ebd.

<sup>522</sup> BVerfGE 90, 241, 248 – Auschwitzlüge; 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Februar 2017, – 1 BvR 2973/14 –, juris, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 13; ähnlich Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 17. Mai 2016, – 1 BvR 2150/14 –, juris, Rn. 19.

<sup>523</sup> Vgl. *K.-A. Schwarz*, JA 2017, S. 242; *Muckel*, JA 2016, S. 797 f.

<sup>524</sup> So *Kau*, AöR 140 (2015), S. 62 mit Hinweis auf BVerfGE 82, 272, 284 – Strauß-Transparent; BVerfG NJW 1993, 1461, 1462.

Gegen diesen Ansatz sprechen bereits Erwägungen der *Lüth-Entscheidung*, nach denen die Meinungsäußerung in ihrer geistigen Wirkung frei sein muss, so dass auch andere Rechtsgüter beeinträchtigende Werturteile vom Schutzbereich erfasst sind.<sup>525</sup> Ferner steht vor allem der qualifizierte Schrankenvorbehalt nach Art. 5 Abs. 2 GG der Exklusionsthese entgegen. Das BVerfG stellt gerade auch in Fällen ungerechtfertigter Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts fest, dass die Meinungsfreiheit nur über allgemeine Gesetze beschränkt werden kann.<sup>526</sup> Wenn die Beschränkungsmöglichkeiten aber bereits Gegenstand der Prüfung sind, muss schon systematisch der Schutzbereich eröffnet sein.

Dass bei schmähenden Äußerungen die Belange des Persönlichkeitsrechts die Meinungsfreiheit überwiegen, so dass letztere grundsätzlich zurückzutreten habe, ohne dass eine Abwägung zwischen den betroffenen Interessen überhaupt noch erfolgen müsse, steht dem nicht entgegen – es gilt vielmehr konsensual.<sup>527</sup> Der Grund hierfür liegt darin, dass es dem Schmähenden nicht mehr um die Auseinandersetzung in der Sache, sondern bloß um die Diffamierung der Person geht. Wenn er mit seiner Aussage nur die Ehrverletzung einer Person beabsichtigt, muss sich die Meinungsfreiheit in der Regel der persönlichen Ehre als dem Kern des Persönlichkeitsrechts unterordnen; der die Meinungsfreiheit betreffende Eingriff ist gerechtfertigt. Ein am Kern des Persönlichkeitsrechts einerseits sowie an der Bedeutung der Meinungsfreiheit in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung andererseits orientiertes Verständnis gebietet es aber, den Begriff der Schmähung besonders eng zu formulieren.<sup>528</sup>

An dieser Stelle lässt sich eine Parallele zum *Wunsiedel-Beschluss*<sup>529</sup> ziehen. Dort beantwortete der Erste Senat unter entsprechendem Begründungsaufwand positiv, dass der Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 4 StGB die Meinungsfreiheit in verfassungsgemäßer Weise beschränken könne, obwohl es sich bei ihm um ein dem Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG zuwiderlaufendes Sonderrecht handelt.<sup>530</sup> Da das Gericht eine Beschränkung zuließ, eröffnete es den Schutzbereich trotz der gegenständlichen würdevertletzenden Inhalte zumindest implizit. *In concreto* ging es um die Affirmation der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft und der Gräueltaten, die als menschenverachtendes (Un-)Werturteil eingestuft wurde

<sup>525</sup> BVerfGE 7, 198, 210 – Lüth.

<sup>526</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 17. Mai 2016, – 1 BvR 257/14 –, juris, Rn. 17; in diese Richtung aber schon BVerfGE 7, 198 210 – Lüth; 25, 256, 264 f. – Blinkführ.

<sup>527</sup> In diese Richtung zu deuten BVerfGE 82, 43, 51 – Strauß-Transparent; 82, 272, 281 – Postmortale Schmähkritik; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 93, 266, 294, 303 – „Soldaten sind Mörder“. Für die Literatur *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 33 f.; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 61; *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 86; *Janass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 85; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 40; *Sodan*, in: ders., GG<sup>1</sup>, Art. 5 Rn. 6; *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S. 261.

<sup>528</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266, 293 – „Soldaten sind Mörder“; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 13, Rn. 17.

<sup>529</sup> BVerfGE 128, 300 – Wunsiedel.

<sup>530</sup> Vgl. BVerfGE 128, 300, 321–331 – Wunsiedel.

und zu einer Negierung der menschlichen Würde führt. Schmähungen, die den Kern des Persönlichkeitsrechts antasten, können aus Gründen eines systematischen Gleichlaufs und eines gleichförmigen Schutzbereichsverständnisses dann aber nicht anders behandelt werden.

In ihren Beschlüssen zur Schmähkritik und Formalbeleidigung aus dem Jahr 2020 konsolidierte die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG die Rechtsprechung des BVerfG nahezu beiläufig entsprechend der letztgenannten Argumentation: Der Schutzbereich ist nach Auffassung des Gerichts eröffnet, und die Frage, ob eine Schmähkritik vorliegt, ist allein für die Beschränkung der Meinungsfreiheit relevant.<sup>531</sup> Dabei bedürfe es nur ausnahmsweise keiner Einzelfallabwägung. Denn die Einstufung einer ehrwürdigen Aussage als Schmähung und der damit begründete Verzicht auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehre verlange regelmäßig die Berücksichtigung von Anlass und Kontext der Äußerung.<sup>532</sup> Die Qualifikation als Schmähkritik ergebe sich dabei nicht aus einer Abwägung im Vorgriff auf die nach den allgemeinen Regeln erforderliche Abwägungsentscheidung, also nicht aus einer Abwägung vor der Abwägung.<sup>533</sup> Das Vorliegen einer Schmähung sei daher der Ausnahmefall; der Regelfall verlange eine Abwägung mit dem kollidierenden Persönlichkeitsrecht, deren Ergebnis den Fachgerichten nicht vorgegeben sei.<sup>534</sup> Hieraus lässt sich ein gewisser Wertungsrahmen der Fachgerichte ableiten. Anders als teilweise in der fachgerichtlichen Rechtsprechung zu beobachten ist, bedeutet das nicht, dass das kollidierende Persönlichkeitsrecht stets hinter die Meinungsfreiheit zurücktreten muss, wenn keine Schmähung vorliegt.<sup>535</sup>

<sup>531</sup> Vgl. hingegen BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 12 ff. und – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 10 ff.

<sup>532</sup> BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 18; Beschluss vom 14. Juni 2019, – 1 BvR 2433/17 –, juris, Rn. 19.

<sup>533</sup> BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 19.

<sup>534</sup> Vgl. BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 16, Rn. 26, – 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 27 und – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 16, Rn. 20.

<sup>535</sup> BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 16. Zur fachgerichtlichen Rechtsprechung, siehe statt vieler den Fall Künast, in dem das LG Berlin die Schmähung mit der Beleidigung gleichsetzte, LG Berlin, Beschluss vom 9. September 2019, – 27 AR 17/19 –, Rn. 22 ff.; siehe hierzu anschließend BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021, – 1 BvR 1073/20 –, juris, Rn. 27 ff.



## (b) Schrankendogmatik und das Recht der persönlichen Ehre,

Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG

Unabhängig von der Entscheidungspraxis des BVerfG ließe sich die Auffassung der Schutzbereichsausnahme allenfalls damit rechtfertigen, dass die Beschränkung zugunsten des Rechts der persönlichen Ehre aus Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG als eine schutzbereichsverengende verfassungsunmittelbare Schranke<sup>536</sup> aufzufassen sei.<sup>537</sup>

Die Schrankenbestimmung des Art. 5 Abs. 2 GG stellt jedoch einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt dar, der zur Beschränkung von Kommunikation ausdrücklich den aus dem Gegenrecht entspringenden Schutznormenkreis der persönlichen Ehre nennt.

Zwar ließe sich unter Bezugnahme auf den Wortsinn des „Rechts der persönlichen Ehre“ bestreiten, dass es einer einfach-gesetzlichen Beschränkungsgrundlage bedarf.<sup>538</sup> Allerdings stellt eine verfassungsunmittelbare Schranke grundsätzlich eine durch den Verfassungsgeber – schon wegen der Verständlichkeit und Abgrenzbarkeit zu Schrankenvorbehalten – selbst in der Schutzbereichsanordnung vorhandene, endogene Begrenzung des geschützten Verhaltens selbst dar, wegen der bestimmte Verhaltensweisen von vornherein gar nicht von einem Grundrecht geschützt werden. Ein Schrankenvorbehalt stellt demgegenüber eine Beschränkungsmöglichkeit für den Gesetzgeber dar, grundrechtlich geschütztes Verhalten – wie hier für das Recht der persönlichen Ehre – zugunsten eines konfligierenden Rechtsguts einzuschränken.<sup>539</sup> Die vom Gesetzgeber geschaffenen Vorschriften zum Ehrenschatz zählen zu dem in Art. 5 Abs. 2 GG genannten „Recht“ der persönlichen Ehre.

Warum sich der grundsätzlich qualifizierte Schrankenvorbehalt im Falle von Schmähkritik zur verfassungsunmittelbaren Schranke wandeln sollte, verbleibt unklar. Es wäre daher nur konsequent, für Schmähkritik den qualifizierten Gesetzesvorbehalt nicht leerlaufen zu lassen. Wenn doch die persönliche Ehre bereits als ein mögliches, die Meinungsfreiheit beschränkendes Gegenrecht im Schrankenvorbehalt ausdrücklich genannt wird, kann es nicht für bestimmte Fälle von vornherein übergangen werden. Der Grundgesetzgeber könnte hiervon zwar im Wege seiner verfassungsändernden Gesetzgebung abweichen. Solange er dies jedoch nicht tut,

<sup>536</sup> Zum Begriff siehe *Kokott*, in: Merten/Papier, HbdGR I, § 22 Rn. 38.

<sup>537</sup> In diese Richtung *Stern*, in: ders./Becker, GG, Einl. Rn. 124 f.

<sup>538</sup> Siehe hingegen BVerfGE 33, 1, 16 f. – Strafgefangener. Zum Ganzen *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 306 f. Vgl. zur Erforderlichkeit legislatorischer Beschränkungen der Grundrechte (sog. Wesentlichkeitsvorbehalt) auch BVerfGE 133, 112, 132 Rn. 53 f. – Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; 108, 282, 311 f. – Kopftuch I; 98, 218, 251 f. – Rechtschreibreform; 95, 267, 308 – Altschulden; 83, 130, 142 – Josefine Mutzenbacher m. w. N.; 77, 170, 230 f. – Lagerung von Chemiewaffen. Historische sollten die Kommunikationsgrundrechte ihre Grenzen in allgemeinen Gesetzen, insbesondere im Jugendschutz und im Recht der persönlichen Ehre, finden, *Doemming/Füßlein/Matz*, in: Häberle, JöR 1951, S. 85 ff.

<sup>539</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 GG: „Jeder hat das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.“; Art. 9 Abs. 2 GG: „Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten.“; vgl. überdies auch *Dreier*, in: ders., GG, Vorb. Rn. 143.



überzeugt es systematisch nicht, den einheitlichen Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG künstlich in uneinheitlich zu verstehende qualifizierte und verfassungsunmittelbare Schranken aufzuspalten, ohne dass er ein Indiz für die Unterscheidung beinhaltet.

Würde man Art. 1 Abs. 1 GG als eine solche, alle Grundrechte betreffende verfassungsunmittelbare Schranke verstehen, müsste man dies auch für die Meinung tun, die die Gewalt- und Willkürherrschaft des Dritten Reiches affirmiert. So verfährt das BVerfG hingegen zurecht nicht. Denn dann könnten neuere Formen politischer Meinungskundgabe, wie beispielsweise Skinhead-Konzerte<sup>540</sup>, entsprechend der Forderung einiger Politiker<sup>541</sup> von vornherein untersagt werden. Dabei hält das Grundgesetz selbst beispielsweise Mechanismen der wehrhaften Demokratie für die Grenze des Zulässigen überschreitende Handlungen bereit. Diese würden dann aber obsolet, was nicht überzeugt.

Nach diesem Verständnis wäre es dem Staat möglich, jedes Verhalten über Art. 1 Abs. 1 GG bereits seinem grundrechtlichen Schutz zu entziehen. Dabei ist die Beschränkung von Grundrechten nach der Wesentlichkeitstheorie originäre Aufgabe des Gesetzgebers. Überdies erhielte der Gesetzgeber im Falle der Schutzbereichsbeschränkung mittels Gegenrecht eine Art Freibrief, den grundrechtlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit mittels einfacher Rechtsetzung zu reduzieren, was das Grundrecht insgesamt aushebeln könnte.<sup>542</sup>

Eine solche Verkürzung des Grundrechtsschutzes wäre aber bereits von vornherein materiell verfassungswidrig, da damit das originäre Abwehrrecht durch Ausgestaltung des Gesetzgebers in eine positiv-illiberale Freiheit verwandelt werden könnte.<sup>543</sup> Gesichtspunkte der Verletzung von kollidierenden Verfassungspositionen, wie Grundrechten und Grundprinzipien, wie der sozialen Ordnung oder der Gefährdung von Gemeinschaftsgütern, die eine Verkürzung der subjektiven Äußerungsfreiheit nach sich ziehen, können auf Schutzbereichsebene daher keine Rolle spielen, sondern erst und allenfalls im Rahmen der Beschränkung des Grundrechts nach Art. 5 Abs. 2 GG relevant werden.<sup>544</sup> Nur eine solche Interpretation vermag dem verfassungstheoretischen Ideal einer umfassenden Kommunikationsgewährleistung zu entsprechen. Andernfalls könnte eine Schweigespirale entstehen.<sup>545</sup>

<sup>540</sup> Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 12.7.2010, – 1 S 349/10 –, juris, Rn. 31 f.

<sup>541</sup> So beispielsweise *B. Ramelow* (Die Linke), vgl. *Janisch/Pollmer*, Warum es so schwierig ist, Neonazi-Konzerte zu verbieten, auf: SZ.de, Artikel vom 17. Juli 2017.

<sup>542</sup> *Grimm*, NJW 1995, S. 1698 beschreibt dies als „*Definitions-kompetenz*“.

<sup>543</sup> Siehe Abschnitt „Die „dienende Freiheit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ unter Punkt C. II. 2. sowie Abschnitt „Die positiv-illiberale „Beitragsformel“ (Wahrheitsdoktrin)“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii).

<sup>544</sup> BVerfGE 61, 1, 8 – Wahlkampf.

<sup>545</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

Die Annahme einer den Schutzbereich verjüngenden verfassungsunmittelbaren Schranke würde auf einen, dem freiheitsrechtlichen Dogma zuwiderlaufenden *Neminem-laedere*-Vorbehalt hinauslaufen – ein Vorbehalt der in anderen Grundrechten keinen Eingang findet, so dass eine derartige Konstruktion auch unter Vergleich Gesichtspunkten keine Stütze findet.

(c) Normative Betrachtung

Im Übrigen muss auch auf die normative Betrachtung der Äußerungsform für das Schutzgut der Kommunikation abgestellt werden. Einen positiven Beitrag zur verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung lässt die Verbreitung von Schmähkritik *prima facie* nicht unmittelbar erkennen. Jedoch beinhaltet sie ungeachtet ihres diffamierenden Gehalts emotional-wertende Inhalte. Diese leisten grundsätzlich einen Beitrag zur Meinungsbildung – zumindest kann ihnen ein solcher nicht pauschal abgesprochen werden. Dagegen lassen sich empfindliche Folgen eines derartigen Schutzbereichsausschlusses für die Kommunikation allgemein betrachten: Soweit dem allgemeinen Kommunikator das Bild eines juristischen Laien zugrunde gelegt wird, wird dieser die Grenze zwischen überpointierter mittels bestimmter abwertender Begriffe vorgenommener Kritik und einer darüberhinausgehenden Schmähung kaum ziehen können, so dass dieser von dem Verlautbaren einer grundsätzlich zulässigen Äußerung unter Umständen absehen wird. Auch deshalb sind dies Fragen der Abwägung und keine des Schutzbereiches.

Es bedürfte in der Konsequenz nicht einmal mehr eines allgemeinen Gesetzes i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG, um das Äußerungsrecht zu beschränken, wenn solche Aussagen nicht in den Schutzbereich einbezogen werden. Dieser Umstand führte dazu, dass der Gesetzgeber Sondergesetze zum Verbot bestimmter Aussagen erlassen könnte, was den öffentlichen Diskurs enorm hemmen würde. Durch eine solch offensive staatliche Einschränkung von Aussagen würden „chilling effects“<sup>546</sup> aus Angst vor Repressalien beim Äußern einer Aussage entstehen, was den Diskurs insgesamt verringern und dem ureigenen Sinn der Meinungsfreiheit zuwiderlaufen würde.<sup>547</sup>

Zudem ergibt sich ein Sachbezug in den allermeisten Fällen schon aus dem Kontext der Äußerung, zumal der Gegenbeweis kaum zu führen sein dürfte, so dass eine solche Aussage nur die Ausnahme darstellen kann.<sup>548</sup> Im Falle solch schwerwiegender Ausnahmen sind die Umstände genau zu würdigen, so dass im Zweifel sogar eine Rechtfertigung erforderlich sein kann. Diese *per se* auszuschließen kann normativ nicht gerechtfertigt werden.

<sup>546</sup> Zum Begriff siehe statt vieler *Staben*, Abschreckungseffekt, S. 3 f. m. w. N.

<sup>547</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1, 7 – Wahlkampf; 42, 163, 170 f. – Herabsetzendes Werturteil; 90, 1, 14 – Jugendgefährdende Schriften.

<sup>548</sup> Vgl. FAZ, „Durchgeknallt“, in: FAZ, Artikel vom 4. August 2016, S. 11.

Die grundsätzliche Entziehung des grundrechtlichen Schutzes wäre also mit den bereits getroffenen Annahmen nicht zu vereinbaren. Sie ist insgesamt inkonsequent, birgt enorme Missbrauchsmöglichkeiten und würde den Meinungskampf empfindlich stören. Denn dieser Ansatz liefe auf die in der freiheitlichen Verfassung unzulässige Unterscheidung von „gewolltem“ Wert- und „nicht gewolltem“ Unwerturteil hinaus.

Eine derartige – wenn auch vorwiegend theoretische – Gefahr gilt es von Vornherein auszuschließen. Sie ist vom BVerfG unbedingt zu vermeiden. Dieser unstatthafter Selektion folgend fallen selbst menschenverachtende Äußerungen unter den Schutz der Meinungsfreiheit, was auch der *Wunsiedel*-Beschluss nochmals unterstreicht.<sup>549</sup> Zwar stellt das BVerfG in dem Beschluss darauf ab, dass eine Beschränkung grundrechtlich geschützter Meinungen über das Sonderrecht des § 130 Abs. 4 StGB möglich sein soll, da das Grundgesetz der Gegenentwurf zur nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 darstellt und dieser Umstand eine Ausnahme von dem in Art. 5 Abs. 2 GG festgelegten Verbot von Sonderrecht bedingt.<sup>550</sup> Ob solche Äußerungen ebenfalls Art. 1 Abs. 1 GG in seinem Kern verletzen (können) und sich schon hieraus das Erfordernis einer Gleichbehandlung beider Verhalten ergibt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.<sup>551</sup> Denn wenn ein Zuwiderhandeln gegen die der Entstehung des Grundgesetzes zugrundeliegende Intention sowie die Verletzung der Menschenwürde<sup>552</sup> als einem tragenden, durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherten Verfassungsgut „nur“ dazu führt, dass ein geschütztes Verhalten beschränkt werden kann, dann kann für Schmähungen zugunsten des Ehrschutzes nichts anderes gelten.

#### (d) Vergleichsargument zu anderen Kommunikationsgrundrechten

Überdies kann ein weiteres Gleichlaufargument zu einem anderen Kommunikationsgrundrecht angestellt werden, mit dessen Verhältnis zu Schmähkritik sich auch die Rechtsprechung mehrfach auseinanderzusetzen hatte – der Kunstfreiheit. Zunächst kann diesem Grundrecht – anders als der Meinungsfreiheit – nur mit verfassungsimmanenten Schranken begegnet werden. Umso klarer ist, dass nicht bereits auf Schutzbereichsebene ein Kunstwerk deshalb vom grundrechtlichen Schutz ausgeschlossen wird, weil Schmähkritik den Schutzbereich verengen würde.<sup>553</sup> Nichtsdestoweniger überträgt das BVerfG die im Rahmen der Meinungsfreiheit herausgearbeiteten Leitlinien zur Schmähkritik trotz der Feststellung, dass das Verbot der Schmähung aus dem Antasten der Menschenwürde stammt, nicht

<sup>549</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300, 327 f. – *Wunsiedel*.

<sup>550</sup> Vgl. Ebd., S. 328 ff. – *Wunsiedel*.

<sup>551</sup> So auch ebd., S. 344 – *Wunsiedel*.

<sup>552</sup> Vgl. hier BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 14 ff. und – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2397/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 15 ff.

<sup>553</sup> Vgl. die Sondervoten von *Hohmann-Dennhardt/Gaier*, BVerfGE 119, 1, 47 – *Esra*; *Hoffmann-Riem*, BVerfGE ebd., S. 59 – *Esra*; *Rupp-von Brünneck*, BVerfGE 30, 173, 224 – *Mephisto*.

auf die Kunstfreiheit, sondern nimmt im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs eine Gesamtabwägung vor.<sup>554</sup> Auch dies zeigt, dass bei nichtkünstlerischen, schmähdenden Aussagen zumindest der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet sein muss, wenngleich regelmäßig von einer rechtfertigenden Güterabwägung abgesehen werden kann.<sup>555</sup>

(e) Ergebnis: Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik

Die Schmähkritik fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Dies bedeutet keinen absoluten, sondern lediglich einen kommunikativen Mindestschutz, der nicht über nichtallgemeine Gesetze ausgehebelt werden kann. Da Schmähkritik als Meinung geschützt wird, besteht umso weniger ein Anlass, das bei bewusst unwahren, häufig auch persönlichkeitsrechtsverletzenden Tatsachenbehauptungen nicht gleichermaßen zu handhaben.

(5) Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Formalbeleidigung

Von der Schmähkritik wird begrifflich die Formalbeleidigung unterschieden,<sup>556</sup> die Teile der Literatur unter Bezugnahme auf Entscheidungen des BVerfG nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit zuordnen.<sup>557</sup> Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Herabwürdigung ohne Rücksicht auf den Inhalt der Äußerung bereits aus ihrer spezifischen Form oder ihren äußeren Umständen ergibt.<sup>558</sup> Prägend ist nicht der fehlende Sachbezug einer Herabsetzung, sondern die Verwendung kontextunabhängiger, gesellschaftlich absolut missbilligter und tabuisierter Begriffe.<sup>559</sup> Dem liegt zugrunde, dass die Bezeichnung anderer Personen mit solchen Begriffen

<sup>554</sup> Vgl. BVerfGE 119, 1, 23 ff. – Esra; 30, 173, 193 ff. – Mephisto.

<sup>555</sup> Vgl. auch *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 111, Rn. 444 f.

<sup>556</sup> Vgl. *Sodan*, in: ders., GG<sup>1</sup>, Art. 5 Rn. 6, der dem BVerfG eine unterschiedliche Würdigung unterstellt, die auf Grundlage der als Nachweise angeführten Urteile nicht nachvollzogen werden kann.

<sup>557</sup> So auch *Sodan*, ebd., unter Berufung auf BVerfGE 75, 369, 380 – Strauß-Karikatur, vgl. hingegen widersprüchlich die Rn. 3, in der eine sehr extensive Auslegung des Schutzbereiches i. S. d. Grundsatzes „*in dubio pro libertate*“ angenommen wird. Siehe dagegen *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S. 261 unter Berufung auf BVerfGE 82, 43, 51 – Strauß-Transparent. *Rübl*, Tatsachen, S. 326 f.; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 62.

<sup>558</sup> BVerfG NJW 1994, 2413 – Kassenärztliche Vereinigung. *Rübl*, ebd., S. 319 ff., S. 323 ff. differenziert zwischen dem strafrechtlichen Verständnis nach § 192 StGB und dem verfassungsrechtlichen Verständnis.

<sup>559</sup> BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18–, juris, Rn. 20 und – 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 21.

nur auf ein Verächtlichmachen ausgeht, um andere unabhängig von einem etwaigen sachlichen Anliegen herabzusetzen. Regelmäßig trifft das auf die Betitelung mit verletzenden Schimpfworten oder mit Tiernamen zu.<sup>560</sup>

Auch die Formalbeleidigung stellt eine intensive Form der Ehrverletzung dar, so dass sich auch für sie die Frage stellt, ob sie dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfällt. Da dies für Schmähungen angenommen wurde, liegt der Verdacht zwar nahe. Gleichwohl soll eine differenzierte Betrachtung erfolgen. Wird die Frage positiv beantwortet, verstärkt sie die gewonnenen Erkenntnisse zur Schutzbereichseröffnung für Schmähungen und spricht damit gleichzeitig eindeutig dafür, dass auch bewusst oder evident unwahre Tatsachenbehauptungen dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen müssen.<sup>561</sup>

#### (a) Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts und Schlussfolgerungen der Literatur

Zwar ist richtig, dass auch das BVerfG in seinem Beschluss zum *Strauß-Transparent* vom 19. April 1990 Formalbeleidigungen *expressis verbis* vom Schutzbereich ausnimmt.<sup>562</sup> Es beruft sich dabei auf seine vorherige „*Kredithai*“-Entscheidung<sup>563</sup>, in der sich eben diese Feststellung aber überhaupt nicht findet. Vielmehr wird dort klargestellt, dass eine Formalbeleidigung die Beeinträchtigung des unantastbaren Menschenwürdekerns darstelle, dessen verfassungsmäßige Rechtfertigung nicht möglich sei und daher das Persönlichkeitsrecht in solch einem Falle grundsätzlich der Meinungsfreiheit vorgehe.<sup>564</sup> Seitdem wurde ein solcher Ausschluss nicht mehr ausdrücklich vorgenommen.<sup>565</sup>

Insoweit ergeben sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten der verfassungsrechtlichen Handhabung von Formalbeleidigungen: Der erste Ansatz einer verfassungsunmittelbaren Schranke aus Art. 1 Abs. 1 GG ist aus den genannten dogmatischen

<sup>560</sup> *Rübl*, *Tatsachen*, S. 326; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 62.

<sup>561</sup> Zu den Gründen, siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (4).

<sup>562</sup> Vgl. BVerfGE 82, 43, 51 – *Strauß-Transparent*.

<sup>563</sup> BVerfGE 60, 234, 242 – *Kredithai*.

<sup>564</sup> Ebd.; kritisch *Rübl*, *Tatsachen*, S. 324.

<sup>565</sup> Vgl. hingegen vielmehr die konsolidierenden Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsprechung betreffend Schmähkritik und Formalbeleidigungen in BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 11 ff. und – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 10 ff. Vgl. ferner BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2019, – 1 BvR 2433/17 –, juris, Rn. 16 ff.; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Februar 2017, – 1 BvR 2973/14 –, juris, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 13 ff. – Durchgeknallte Staatsanwältin; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 1999, – 1 BvR 1294/96 –, juris, Rn. 2 ff.

und normativen Gründen abzulehnen.<sup>566</sup> Der zweite, in dieser Bearbeitung favorisierte Ansatz gleicht dem zur Schmähkritik: Der Schutzbereich steht auch Formalbeleidigungen offen, wobei im Falle ihres Vorliegens keine Abwägung mehr erfolgen und die Meinungsfreiheit zurücktreten muss, da diese Art der Beeinträchtigung der persönlichen Ehre nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Für diese Feststellung, dass eine Formalbeleidigung vorliegt, muss eine Aussage kontextbezogen ausgelegt werden.<sup>567</sup> Grenzfälle stellen keine Formalbeleidigungen dar; bei ihnen ist eine umfassende Güterabwägung notwendig.<sup>568</sup>

(b) Formalbeleidigung, keine Meinung?!

Es könnte aber argumentiert werden, dass eine bloß anhand von Schimpfwörtern artikuliert Aussage – also eine „reine“ Formalbeleidigung – anders als die Schmähkritik gar keinen wertenden Inhalt mehr habe und deshalb keine Meinung darstelle. Dagegen spricht aber, dass das Belegen eines Dritten mit Schimpfwörtern eine abschätzige und damit wertende Aussage darstellt. Eine kontextlose Betitelung mit Schimpfwörtern wird es kaum geben.<sup>569</sup> Ist eine Aussage auf irgendeine Weise wertend, muss sie dem Meinungsschutz unterfallen.

Betrachtet man die aufgezeigten Definitionen der Begrifflichkeiten Schmähung und Formalbeleidigung genauer, so fällt ihre weitgehende Kongruenz auf. Diese dürfte es in der verfassungsrechtlichen Praxis erschweren, die Begriffe definitorisch trennscharf zu differenzieren: Eine Äußerung, die keinen Sachbezug aufweist und nur die angesprochene Person diffamieren will, wird die Herabwürdigung mittels der äußeren Form der Äußerung zum Ausdruck bringen.<sup>570</sup> Mit anderen Worten wird es in beiden Verunglimpfungsfällen in der Regel an einem inneren Sachbezug fehlen. Dies zeigt sich anschaulich an *J. Böhmerrmanns* „Schmähkritik“<sup>571</sup>, bei der eine Differenzierung zwischen beiden Formen schwerfällt.<sup>572</sup> Eine Unterscheidung auf Schutzbereichsebene ist daher inkonsequent.

<sup>566</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (4).

<sup>567</sup> Vgl. BVerfGE 86, 1, 10 – TITANIC/geb. Mörder<sup>4</sup>; 82, 272, 281 – Postmortale Schmähkritik; 82, 43, 51 – Strauß-Transparent; 60, 234, 242 – Kredithai; 61, 1, 9 f. – Wahlkampf.

<sup>568</sup> So *Rühl*, *Tatsachen*, S. 324 geht dabei entgegen der genannten Stimmen der Literatur nicht von einem Vorrangverhältnis des Persönlichkeitsschutzes aus.

<sup>569</sup> In diese Richtung auch ebd., S. 325.

<sup>570</sup> Im Ergebnis genauso ebd., S. 324 f.

<sup>571</sup> *Böhmerrmann*, „Schmähkritik“, in: *Sendung Neo Magazin Royale* (jetzt: ZDF Magazin Royale), Beitrag vom 31. März 2016.

<sup>572</sup> Vgl. nur BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 20 f.

Wohl auch deshalb lässt sich sowohl in Entscheidungen des BVerfG als auch in der Literatur keine einheitliche Abgrenzungsmethodik<sup>573</sup> erkennen. Teils wirkt es, als würden die unterschiedlichen Begriffe nur zur Vermeidung permanenter Wortwiederholungen verwendet.<sup>574</sup>

Unterschiede zwischen Schmähkritik und Formalbeleidigung werden also *de facto* in aller Regel nicht bestehen. Das BVerfG legt daher richtigerweise dieselben Maßstäbe an. Aus Gründen der Erhaltung einer „freien“ Kommunikation müssen derartige Äußerungen ebenfalls dem Schutzbereich unterstehen. Ob Gegenrechte beeinträchtigt werden, ist dafür unerheblich. Dieses Verständnis bildet auch die jüngere Kammerrechtsprechung ab.<sup>575</sup>

(c) Ergebnis: Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Formalbeleidigung  
Auch Formalbeleidigungen sind richtigerweise vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst. Wenn aber dieses Extrem in den Schutzbereich fällt, wäre es inkonsequent, nicht auch die häufig ehrverletzende Desinformation dem Schutzbereich zu unterstellen.<sup>576</sup>

(6) Ergebnis: Inkonsistenzen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung  
Die hier aufgezeigte Spruchpraxis zu absurden Meinungen sowie zu Schmähungen und Formalbeleidigungen und der sonstigen dogmatischen Leitlinien des BVerfG ist im Verhältnis zu bewusst oder evident unwahren Tatsachenbehauptungen widersprüchlich. Für die erörterten Vergleichsformen eröffnet das BVerfG den Schutzbereich, sofern die Äußerung keinen Schaden für die Meinungsbildung bedeutet. Einen solchen nimmt es grundsätzlich nur bei der Anwendung außerargumentativer Druckmittel an, da hier nicht die Meinungsäußerung, sondern ihre Erzwingung im Vordergrund steht.

<sup>573</sup> Siehe jetzt aber insbesondere die konsolidierenden Kammerbeschlüsse aus dem Jahr 2020, BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 19 f. und – 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 20 f.

<sup>574</sup> Rühl, *Tatsachen*, S. 324 geht sogar von Synonymen aus. Offenlassend und kritisch gegenüber der Rechtsprechung *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 62. Auch das BVerfG geht nicht von Synonymen aus, vgl. BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18, 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 20 f.; vom 14. Juni 2019, – 1 BvR 2433/17 –, juris, Rn. 18; BVerfG NJW 1994, 2413, 2414 – Kasenärztliche Vereinigung.

<sup>575</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Februar 2017, – 1 BvR 2973/14 –, juris, Rn. 14. Keinerlei Differenzierung zwischen Schmähung und Formalbeleidigung erfolgt in BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 13 ff. – Durchgeknallte Staatsanwältin.

<sup>576</sup> Siehe den Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (4).



Zwar liegt auch im Falle von Schmähungen oder Formalbeleidigungen ein Beitrag für die Meinungsbildung nicht auf den ersten Blick auf der Hand. Gleichwohl bleiben Diskussionsmöglichkeiten weiterhin eröffnet. Dass sie dabei Gegenrechte der Betroffenen beeinträchtigen, ist erst auf Rechtfertigungsebene für Beschränkungen der Kommunikation von Bedeutung. Wenn aber bereits diese ehrverletzenden Formen, die regelmäßig in der Realität keine Diskussionen mehr nach sich ziehen, dem Schutz der Meinungsfreiheit unterstehen, ist kein Grund ersichtlich, bewusst oder evident unwahre Tatsachen nicht auch ihrem Schutz zu unterstellen. Auch die Lüge kann einen Beitrag zur Meinungsbildung leisten oder schließt die Meinungsbildung zumindest nicht aus, was nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG einen Garanten bildet, den Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu eröffnen.

(v) Gleichlauf mit Art. 10 Abs. 1 EMRK

Ferner wird argumentiert, dass ein Gleichlauf zur EMRK erzeugt werden müsse, und deshalb auch Desinformationen von der grundgesetzlichen Meinungsfreiheit geschützt würden.<sup>577</sup> Die EMRK ist aber bereits in seiner authentischen Sprachfassung nicht wie Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG nur auf den Schutz von Meinungen beschränkt.<sup>578</sup> Dennoch wird gefolgert, dass sich Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG inhaltlich nicht von Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK unterscheidet.<sup>579</sup> Eine am Schutzgut orientierte Auslegung der grundgesetzlichen Meinungsfreiheit könnte ein der EMRK gleichendes Schutzbereichsverständnis herbeiführen. Die Lücke hinsichtlich Tatsachenbehauptungen, die aus dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK und des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG resultiert, versucht das BVerfG über seine „Beitragsformel“ zu schließen. In den weit überwiegenden Fällen gelingt dies. Nur wenn der Beitrag verneint wird, zeigt sich eine Diskrepanz zur Spruchpraxis des EGMR.

Es könnte aber bezweifelt werden, ob die Einbeziehung solcher Äußerungen in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK überhaupt einen höheren Schutz nach sich zieht, als ihnen nach einer Schutzbereichsexklusion aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und dem daraus folgenden Schutz über die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zukäme. Denn im Rahmen der Güterabwägung können Beschränkungen schon mittels geringer Anforderungen zugunsten des jeweils be-

<sup>577</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 9; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22.

<sup>578</sup> Vgl. Wortlaut der authentischen Sprachfassungen, französisch: „*Toute personne a droit à la liberté d'expression.*“ und englisch: „*Everyone has the right to freedom of expression.*“; Vgl. auch die EGMR-Entscheidungen zur Einbeziehung der Leugnung des Völkermordes an den Armeniern durch einen türkischen Politiker in den Schutzbereich der Äußerungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK, EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 15. Oktober 2015, Nr. 27510/08, Rn. 116 f. – *Perinçek ./. Schweiz*; Urteil vom 28. November 2017, Nr. 18411/11, Rn. 31 ff. – *Mercan et autres ./. Schweiz*; Urteil vom 13. Dezember 2013, Nr. 27510/08, Rn. 55 – *Perinçek ./. Schweiz*. So auch Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2015-512, QPC du 8 janvier 2016* – M. Vincent R. (*Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité*).

<sup>579</sup> In diese Richtung *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 26.

troffenen Gegenrechts gerechtfertigt werden.<sup>580</sup> Es besteht grundsätzlich kein rechtfertigender Grund, der zugunsten des Bestands von Desinformation trägt. Daher ließen der EGMR und die EKMR die Rechtsprechung des BVerfG, insbesondere einen Beschluss von 1992, in Bezug auf die Holocaustleugnung unbeanstandet.<sup>581</sup> Es etablierte sich im Nachgang vielmehr eine dialogische Angleichung der Rechtsprechung von EGMR und BVerfG.<sup>582</sup> Zudem ist der Schrankenvorbehalt in Art. 10 Abs. 2 EMRK weiter gefasst als Art. 5 Abs. 2 GG, da er Beschränkungen der Kommunikation durch nichtallgemeine Gesetze zulässt. Zudem ließe sich darauf abstellen, dass der EGMR auf Rechtfertigungsebene bei erwiesen unwahren Tatsachenbehauptungen mehrfach Art. 17 EMRK herangezogen hat, so dass die Beschränkung solcher Aussagen jedenfalls als in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich i. S. d. Art. 10 Abs. 2 EMRK anzusehen ist.<sup>583</sup> Ein tatsächliches „Mehr“ an Schutz scheint eine erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptung über die EMRK somit nicht zu erlangen. Jedoch stellt Art. 17 EMRK einen restriktiv auszulegenden Missbrauchsvorbehalt für der Konvention zuwiderlaufendes Verhalten dar. Ist sein Anwendungsbereich eröffnet, kann das Verhalten nicht gerechtfertigt sein.

Überdies ist das Kriterium der Notwendigkeit des Eingriffs in der demokratischen Gesellschaft sehr eng auszulegen, da auch der EGMR die Kommunikation als Fundament der Demokratie begreift.<sup>584</sup> Insofern ergibt sich durchaus ein höheres Schutzniveau als über die Allgemeine Handlungsfreiheit, die im Verhältnis nur marginale Einschränkungs Voraussetzungen aufstellt.

Zudem muss auf die Flexibilität der Handhabung des EGMR hingewiesen werden: Im Falle der Einbeziehung in den Schutzbereich kann in besonderen Fallkonstellationen eine entsprechende Gewichtung im Rahmen der Abwägung erfolgen, die andernfalls unmöglich wäre. Nur auf diese Weise kann der kommunikativen Selbstverwirklichung tatsächlich Rechnung getragen werden. Allein mit der Eröffnung des Schutzbereiches geht weder eine Privilegierung noch eine Befürwortung einer solchen Aussage einher. Es wird lediglich die Möglichkeit offengehalten, eine einzelfallbezogene Würdigung vorzunehmen.

<sup>580</sup> Zur Holocaust-Leugnung siehe vor allem, EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 47 – Lehideux und Isorni ./ Frankreich, wo es heißt: „category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17“, wobei Art. 17 erst im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung (Erforderlichkeit) herangezogen wird.

<sup>581</sup> Vgl. hierzu auch Hong, ZaöRV 70 (2010), S. 79.

<sup>582</sup> So auch ebd.

<sup>583</sup> Zur Holocaust-Leugnung siehe vor allem, EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII, Nr. 24662/94, Rn. 47 – Lehideux und Isorni ./ Frankreich.

<sup>584</sup> Vgl. EGMR, Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 48 – Handyside ./ Vereinigtes Königreich; Urteil vom 19. Januar 2006, Nr. 59491/00, Rn. 60 – United Macedonian Organisation Ilinden u. a. ./ Bulgarien; Urteil vom 25. März 1985, Nr. 8734/79, Rn. 55 – Barthold ./ Deutschland.

Nichtsdestotrotz wird in der derzeitigen Praxis nur in atypischsten Fallkonstellationen kein Entscheidungsgleichlauf erzielt.<sup>585</sup> Das BVerfG nimmt einen Schutzbereichsausschluss nicht für wertungsdurchsetzte, sondern grundsätzlich nur für (vermeintlich) wertfreie, evident unwahre Tatsachenbehauptungen vor<sup>586</sup>, wobei der EGMR Einschränkungen Letzterer im Rahmen der Abwägung grundsätzlich als gerechtfertigt ansieht.<sup>587</sup> In aller Regel gelangen die beiden Gerichte also zu gleichen Ergebnissen. Gleichwohl besteht in dem geschilderten Minimalbereich die Möglichkeit von Abweichungen.

(vi) Ausnahmebeschlüsse zur Holocaust-Leugnung (1992 und 2018)

In keiner seiner Entscheidungen über den Schutz unwahrer Tatsachenbehauptungen durch die Meinungsfreiheit lässt das BVerfG den Grundsatz unerwähnt, dass unwahre Tatsachen nichts zur Meinungsbildung beitragen könnten.<sup>588</sup> Bislang wurde bei der Artikulation unwahrer Tatsachenbehauptungen der Schutzbereich nur in Fällen der Leugnung des Rassenmordes an den Juden im Dritten Reich, nicht hingegen bei seiner Billigung oder Verharmlosung, nicht eröffnet.<sup>589</sup> Das Gericht bezieht seinen Grundsatz mithin nur auf vermeintlich objektive, bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen. Wertungsdurchzogene unwahre Tatsachenbehauptungen sind von der Meinungsfreiheit geschützt. Damit erhebt es die Ausnahme zu seinem Grundsatz, unwahre Tatsachenbehauptungen seien nicht geschützt, *de facto* zum Grundsatz selbst.<sup>590</sup> Dass grundsätzlich jeder Kommunikation eine Wertung inneohnt und etwas zur Meinungsbildung beitragen kann, wurde bereits gezeigt. Zwar

<sup>585</sup> Dahingehend auch *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 107.

<sup>586</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1, 9 – Wahlkampf; 90, 241, 248 f. – Ausschwitzlüge, wobei *Hong*, ZaöRV 70 (2010), S. 79 die Entscheidung dahingehend interpretiert, dass der Senat die Entscheidung offengelassen habe.

<sup>587</sup> EKMR, Entscheidung vom 29. November 1995, Nr. 25992/94 – Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Bezirksverband München-Oberbayern) ./ Deutschland; Unzulässigkeitsentscheidung vom 24. Juni 1996, Nr. 31159/96 – Marais ./ Frankreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 16. Januar 1996, Nr. 24398/94 – Rebhandel ./ Österreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 18. Oktober 1995, Nr. 25062/94 – Honsik ./ Österreich; Unzulässigkeitsentscheidung vom 6. September 1995, Nr. 25096/94 – Remer ./ Deutschland; Unzulässigkeitsentscheidung vom 11. Januar 1995, Nr. 21128/92 – Walendy ./ Deutschland. Vgl. überdies EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Nr. 24662/94, Rn. 38, Rn. 58 – Lehideux und Isorni ./ Frankreich. Siehe auch *Hong*, ebd., S. 78 ff.

<sup>588</sup> Vgl. nur BVerfGE 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung.

<sup>589</sup> Vgl. die Nichtannahmebeschlüsse BVerfG, ebd.; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 4–12. Vgl. zur Billigung des Holocausts, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 19 f., Rn. 28 f. Zur Verharmlosung, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 12, Rn. 19.

<sup>590</sup> *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 55a spricht dabei von einem „Mittelweg“.

stellt das Leugnen ein Negieren von Tatsachen dar und demgemäß *per definitionem* eine objektivere Tätigkeit als deren „Verharmlosen“ oder „Billigen“. Ob aber mit der Leugnung des Holocausts nicht auch eine Affirmation korreliert, bleibt in den Ausführungen der Kammern teils unberücksichtigt,<sup>591</sup> obwohl das BVerfG in seiner übrigen Entscheidungspraxis zur Vermeidung von „chilling effects“ zurecht einen weiten Maßstab dafür anlegt, ob der Aussage irgendeine Wertung immanent ist.<sup>592</sup> In den aufgezeigten Beschlüssen zur Holocaustleugnung begnügte sich das Gericht aber mit der Annahme, dass die Fachgerichte zahlreiche Indizien in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise dargetan hätten, die auf eine objektiv und bewusst unwahre Tatsachenbehauptung hätten schließen lassen.<sup>593</sup>

Aus alledem lässt sich jedoch ableiten, dass die beiden Beschlüsse, in denen der Schutzbereich tatsächlich nicht eröffnet wurde, in faktischer sowie normativer Hinsicht Einzelfallausnahmen darstellen. Erstens ist nach dem ersten Beschluss vom 9. Juni 1992 bis zum 22. Juni 2018 keine entsprechende Entscheidung mehr ergangen.<sup>594</sup> Zweitens stellen beide Entscheidungen Nichtannahmebeschlüsse dar, die das Gericht ausnahmsweise mit einer Begründung versehen hat, obwohl die Beschwerdeführer ihre Begründungsanforderungen in ihrer Verfassungsbeschwerdeschrift (§ 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG) nicht erfüllten. Auch „begründete Nichtannahmen“ stellen keine Entscheidungen in der Sache dar; von ihnen geht keine materielle Rechtskraft und keine Bindungswirkung i. S. v. § 31 Abs. 1 BVerfGG aus.<sup>595</sup>

Allerdings erwecken die Begründungen der beiden Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG den Eindruck, als sollten derartige Tatsachenbehauptungen schlicht nicht am Kommunikationsschutz teilnehmen: Dabei fällt schwer ins Gewicht, dass es sich

<sup>591</sup> Siehe BVerfG NJW 1993, 916, 916 f. – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung.

<sup>592</sup> Siehe insbesondere BVerfGE 114, 339, 348 ff. – Mehrdeutige Äußerungen; 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften; 61, 1, 9 – Wahlkampf; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 9. November 2011, – 1 BvR 461/08 –, juris, Rn. 22. In BVerfGE 90, 241, 249 f. – Ausschuszlüge heißt es: „*Aber auch wenn man die Äußerung [der Leugnung der Judenverfolgung im Dritten Reich] [...] nicht für sich nimmt, sondern im Zusammenhang mit dem Thema der Versammlung betrachtet und sie insoweit als Voraussetzung für die Meinungsbildung zur ‚Erpressbarkeit der deutschen Politik ansieht, halten die angegriffenen Entscheidungen einer verfassungsrechtlichen Nachprüfung stand. Die untersagte Äußerung genießt dann zwar den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Doch ist ihre Einschränkung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.*“, Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>593</sup> Vgl. insbesondere den ersten Beschluss, in dem auf die Beweisgrundlage gar nicht eingegangen wurde, BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung. Dieser Vorwurf kann dem zweiten Beschluss nicht gemacht werden, vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 4–12 (die Aussage und ihre Umstände betreffend), Rn. 27 ff. (die verfassungsrechtliche Würdigung).

<sup>594</sup> Vgl. zur vorherigen Rechtsprechung BVerfGE 61, 1, 9 – Wahlkampf. Zur zeitgleichen Rechtsprechung siehe BVerfGE 90, 1, 15 – Jugendgefährdende Schriften. Zur nachfolgenden Rechtsprechung siehe nur BVerfGE 114, 339, 352 f. – Stolpe-Beschluss; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 9. November 2011, – 1 BvR 461/08 –, juris, Rn. 22.

<sup>595</sup> Vgl. *Scheffczyk*, in: Walter/Grünewald, BeckOK-BVerfGG (13. Ed.), § 93b Rn. 6.

bei den Aussagen um verneinende Tatsachenbehauptungen in Bezug auf die wissenschaftlich nachgewiesenen, verachtenswerten Gräueltaten des NS-Regimes handelt. Dies weckt den Anschein einer Tabuisierung aufgrund der historischen Verantwortung Deutschlands, als wolle man ein Exempel für den heute demokratischen und in Gewalten gegliederten Rechtsstaat statuieren. Das Grundgesetz stellt schließlich den Gegenentwurf zur früheren totalitaristischen Gewalt- und Schreckensherrschaft durch die Nationalsozialisten dar.<sup>596</sup> Dabei hat die verfassungsgerichtliche Billigung einer strafrechtlichen Verurteilung von Grundrechtsträgern, die evident unwahren Tatsachenbehauptungen in Bezug auf das Dritte Reich proklamieren, ohne die getätigten Kommunikationsakte überhaupt unter den grundrechtlichen Kommunikationsschutz zu stellen, eine gewisse Signalwirkung.

Auf der anderen Seite betont das BVerfG vor allem in seinem *Wunsiedel*-Beschluss, dass auch Meinungen von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt sein müssen, die nicht die Werte der Verfassung teilen und totalitären Ideologien angehören.<sup>597</sup> Auch deshalb sind die Kammerbeschlüsse kritisch zu hinterfragen. Denn wenn Art. 5 GG zweck- und damit auch ideologiefrei ist, müssten doch gerade die typisch ideologischen Mittel unter seinen Schutz fallen. Im Rahmen der Abwägung ist evident unwahren Tatsachenaussagen ein entsprechend geringes verfassungsrechtliches Gewicht beizumessen. Die Ausführungen verdeutlichen, dass ein Nichteröffnen des Schutzbereiches wie in den genannten Nichtannahmebeschlüssen nicht erforderlich ist. Im Ergebnis lassen sich die gleichen Resultate über die gewöhnliche freiheitsrechtliche Dogmatik (widerspruchsfrei) erzielen.

(vii) Ergebnis: Stellungnahme zum differenzierten Schutz von „Fake News“

In der Gesamtschau zeigt sich, dass der „Beitragsformel“ des BVerfG durchdringende faktische, normative und dogmatische Kritikpunkte entgegenstehen. Zwar begründet die Formel keine strikte Wahrheitspflicht. Gleichwohl formt das BVerfG über sie, indem es einer vermeintlich objektiven, bewusst oder evident unwahren Tatsachenbehauptung einen Beitrag an der Meinungsbildung aberkennt, ein positives Freiheitsverständnis in einem eng abgesteckten Bereich. Wenn man aber – wie das BVerfG – den Schutzzweck der Meinungsfreiheit in der Meinungsbildung erblickte, dürften selbst Lügen zur Meinungsbildung bei den Rezipienten führen. Insofern erscheint der nicht nachgewiesene und begründungsarm angenommene „Schwarz-Weiß“-Maßstab des BVerfG, der Desinformation allgemein als Antipode der Meinungsbildung qualifiziert, faktisch unrichtig. Da das Grundgesetz nicht zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung differenziert und damit keine positive Pflicht zur Wahrheit im Falle ihrer Kenntnis vorgibt, darf eine solch ergebnisorientierte Voraussetzung nicht einfach als implizite Schutzbereichsvoraussetzung eines Grundrechts hineingelesen werden. Durch diesen vom BVerfG ge-

<sup>596</sup> BVerfGE 124, 300, 327 f. – *Wunsiedel*. Siehe auch *Pieroth*, in: Merten/Papier, HbdGR II, § 25 Rn. 1 f., 21.

<sup>597</sup> BVerfGE, ebd., S. 320 f. – *Wunsiedel*.

wählen, historisch bedingten Maßstab entsteht eine Art Funktionsgrundrecht, das die zweckfreie Selbstentfaltung des Einzelnen konterkariert. Es muss dem Einzelnen obliegen, wie er seine grundrechtliche Freiheit wahrnimmt, ohne Gefahr zu laufen, nahezu schutzlos dazustehen.<sup>598</sup> Dabei erfolgen die vorgenommenen Schutzbereichsausschlüsse unnötig, da über die allgemeine Beschränkungsdogmatik bruchlos gleiche und flexible Ergebnisse anhand einer umfassenden Würdigung der Einzelfallumstände erzielt werden können. Auch die Rechtfertigungslösung des EGMR verdeutlicht, dass eine Einbeziehung in den Schutzbereich keine Nachteile bereithält. Zwar fügt die Unterdrückung von Desinformationen dem Meinungsbildungsprozess grundsätzlich keinen Schaden zu.<sup>599</sup> Ihre Exklusion aus dem Schutzbereich der Äußerungsfreiheit kann jedoch spiegelbildlich schwerwiegende Folgen zeitigen. Auch wenn eine anhand wahrer Informationen vorgenommene Meinungsbildung wünschenswert ist, darf sie daher keinen Ausschlag auf die Eröffnung des Schutzbereiches der Äußerungsfreiheit geben. Andernfalls ergäben sich weitere Widersprüche im Verhältnis zur Spruchpraxis des BVerfG, die vor allem den Schutz absurder Meinungen betreffen. Auch kann keine Parallele zur Anwendung meinungsbeugender, außerargumentativer Druckmittel gezogen werden. Die Meinung der Rezipienten bleibt in einem realitätsgetreuen Kommunikationsmodell weiterhin modellierbar, da auch Dritte am Prozess der Meinungsbildung teilnehmen.

Eine Einbeziehung von wertfreien, bewusst oder evident unwahren Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, wie sie der EGMR und der erkenntnistheoretische Ansatz vornehmen, ist deshalb vorzugswürdig. Auch die (wertfreie) Desinformationsverbreitung ist folglich von der Meinungsfreiheit geschützt.

#### ee) Ergebnis: Schutz von Sachenaussagen und -behauptungen

Nach der hier vertretenen Auffassung ist jegliche Tatsachenaussage vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst. Hierzu zählt auch die Verbreitung wertfreier „Fake News“.<sup>600</sup> Eine Differenzierung hinsichtlich der Wahr- oder Unwahrheit sowie ihrer Erwiesenheit oder ihrer Kenntnis durch den Äußernden muss auf Schutzbereichsebene nicht erfolgen. Dies ist allein eine Frage der Abwägung. Es gilt ein extensives, zweckfreies Schutzbereichsverständnis, das dazu führt, sich vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu lösen und die grundgesetzliche Meinungsfreiheit im Sinne einer „Mitteilungsfreiheit“ auszulegen.<sup>601</sup>

<sup>598</sup> In ähnlichem Kontext *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 54.

<sup>599</sup> In diese Richtung *Grimm*, NJW 1995, S. 1699.

<sup>600</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 66; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 5 Rn. 10; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 38; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 22; *Zaczyk*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S. 602 f.; *Köhler*, NJW 1985, S. 2390.

<sup>601</sup> In diese Richtung auch *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 55.



*d) Schutz von rhetorischen Fragen*

Rhetorische Fragen bilden eine weitere Artikulationsform, mit der „Fake News“ verbreitet werden können. Anders als die um der Meinungsbildung willen geschützten „echte Fragen“<sup>602</sup> zielen sie nicht auf eine wert- oder tatsachenbezogene Antwort des Rezipienten ab, sondern geben diese bereits implizit vor.<sup>603</sup> Sie repräsentieren daher entweder ein eigenständiges Werturteil, eine Tatsachenbehauptung oder eine Mischäußerung, so dass das BVerfG sie anhand seiner „Beitragsformel“ bewertet.<sup>604</sup> Nach dem am individuellen Mitteilungsbedürfnis einer Person ausgerichteten erkenntnistheoretischen-relativistischen Ansatz sowie dem EGMR unterstehen richtigerweise alle Fragetypen dem Schutz der Meinungsfreiheit.

*e) Ergebnis: Sachlicher Schutzbereich der Meinungsfreiheit*

Anhand der Darstellungen zeigt sich, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit extensiv im Sinne einer allgemeinen Mitteilungsfreiheit zu verstehen ist. Ihr Schutzbereich muss auf jegliche Äußerung erstreckt werden, auch auf die Desinformationsverbreitung.

**3. Sachlicher Schutzbereich der Mediengrundrechte**

Auch über klassische und Internetmedien lassen sich „Fake News“ verbreiten, weshalb auch der grundrechtliche Schutz dieses Verhaltens durch die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG beantwortet werden soll. Grundrechtlich geschützt sind die Presse-, die Rundfunk- sowie die Filmfreiheit. Nicht ausdrücklich von den Kommunikationsgrundrechten geschützt wird die Internetkommunikation, weshalb teils das Verlangen nach einer sog. Internetfreiheit oder wenigstens nach einem einheitlichen, umfassenden Mediengrundrecht geäußert wird.<sup>605</sup> Ob es einer solchen Freiheit tatsächlich bedarf, soll dieser Abschnitt untersuchen.

<sup>602</sup> Zur semantischen, für die Verbreitung von „Fake News“ irrelevante Eigenart „echter“ Fragen siehe BVerfGE 85, 23, 31 f. – rhetorische Frage mit Verweis auf *J. Walther*, Logik der Fragen, S. 30 ff. sowie auf BVerfGE 57, 295, 319 – FRAG. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. Februar 2018, – 1 BvR 442/15 –, juris, Rn. 23; *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 243.

<sup>603</sup> Vgl. BVerfGE 85, 23, 32 – rhetorische Frage.

<sup>604</sup> BVerfGE 114, 339, 348 ff. – Stolpe-Beschluss; 85, 23, 32 – rhetorische Frage. Siehe zur „Beitragsformel“ Abschnitt „Schutz von Tatsachenaussagen und -behauptungen“ unter Punkt C. III. 2. c). Zur Kritik, vgl. Abschnitt „Stellungnahme zum differierten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 2. c) dd). Zur Qualifikation der Aussage, vgl. *Degenhart*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 131; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 5; *Möller*, Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit, S. 243. Relativierend *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 61 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG I, Art. 5 I, II Rn. 68.

<sup>605</sup> *Mecklenburg*, ZUM 1997, S. 525. Für eine ergänzende Freiheit der Online-Medien, *Wellenreuther*, Presseähnliche Telemedien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2011, S. 54 ff.; *B. Holznagel*, AfP 2011, S. 532; *ders.*, MMR 2011, S. 2. Ablehnend *Degenhart*, CR 2011, S. 235 f. Gegen ein Internet-„Supergrundrecht“ *Franzius*, JZ 2016, S. 656.



### a) Begriffe der Medien

Aufgrund der zunehmenden Digitalisierung im Bereich der Kommunikation sollen die verschiedenen verfassungsrechtlichen Medienbegriffe – mit Ausnahme von Film – näher betrachtet werden, um nicht nur für die herkömmlichen Medien-, sondern auch für die „neuen“, digitalen (Internet-)Medienformen eine klare Schutzbereichsverortung vornehmen zu können. Anders als das GG differenziert zwar die EMRK nicht ausdrücklich zwischen den unterschiedlichen Medien;<sup>606</sup> der EGMR tut dies in seiner Rechtsprechung hingegen schon.<sup>607</sup>

#### aa) Begriff der Presse

Dem allgemeinen Wortlautverständnis nach leitet sich der Sammelbegriff der „Presse“ vom Begriff „Pressen“ ab, der das Synonym zum Drucken darstellt.<sup>608</sup> Nach diesem Verständnis wird zur verfassungsrechtlichen Einordnung an der medialen Herstellungs- und Vervielfältigungsmethode angesetzt.<sup>609</sup> Demnach fallen unter die Presse alle zur Verbreitung von Gedankeninhalt an die Allgemeinheit geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse.<sup>610</sup> Dabei handelte es sich überwiegend um Lese- und Standbildmedien, wie Zeitungen, Zeitschriften und Bücher. Diese können, müssen aber nicht periodischer Art sein.<sup>611</sup> Auch sind für die Bestimmung des Pressebegriffs keine inhaltlichen Qualitätsstandards und Kriterien maßgeblich.<sup>612</sup>

<sup>606</sup> Der Genehmigungsvorbehalt des Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK, der für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen Lizenzpflichten nicht verbietet, spielt hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereichs keine Rolle.

<sup>607</sup> Zur Pressefreiheit siehe nur EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 16. Juni 2015, Nr. 64569/09 – Delfi AS ./. Estland; Urteil der Großen Kammer vom 7. Februar 2012, Nr. 40660/08 und 60641/08 – v. Hannover ./. Deutschland; Urteil der Großen Kammer vom 7. Februar 2012, Nr. 39954/08 – Axel Springer ./. Deutschland. Zur Rundfunkfreiheit siehe nur EGMR, Plenarentscheidung vom 28. März 1990, Nr. 10890/84 – Groppera ./. Schweiz; Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72 – Handyside ./. Vereinigtes Königreich.

<sup>608</sup> Vgl. *Moritz Heyne*, Deutsches Wörterbuch I, Sp. 609; Bd. II, 1906, Sp. 1199. Zur Entwicklung siehe *Bullinger*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbdStR VII, § 163 Rn. 2, Rn. 8 ff.

<sup>609</sup> Siehe dazu auch BVerfGE 95, 28, 35 – Werkszeitungen; 66, 116, 134 – Springer/Wallraff; 34, 269, 283 – Soraya; BVerwG, Urteil vom 21. März 2019, – 7 C 26.17 –, juris, Rn. 24 ff.; VG Berlin, Beschluss vom 21. Juni 2022, – VG 27 L 68/22 –, OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. August 2022 – OVG 6 S 37/22 –; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 66 f.; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 5, Rn. 89 ff.; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 22; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23 Rn. 2.

<sup>610</sup> *Paulus*, in: *Voßkuhle/Huber*, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 129. Unter gewissen Einschränkungen, vgl. EGMR, Urteil vom 25. August 1993, Nr. 13308/87, Rn. 24 – Chorgherr ./. Österreich; *Grabenwarter/Pabel*, ebd., Rn. 8.

<sup>611</sup> Vgl. BVerfGE 66, 116, 134, 136 ff. – Springer/Wallraff. Anders EGMR, der nur periodische Druckerzeugnisse der Presse-, Nonperiodika der Meinungs- und Informationsfreiheit zuordnet, vgl. EGMR, Urteil vom 13. Juli 1995, Nr. 18139/91, Rn. 35 – Tolstoy Miloslavsky ./. Vereinigtes Königreich; Urteil vom 25. August 1993, Nr. 13308/87, Rn. 24 – Chorgherr ./. Österreich.

<sup>612</sup> BVerfGE 101, 361, 389 f. – Caroline von Monaco II; 34, 269, 283 – Soraya. Siehe zur sog. „guten Presse“ oder „yellow press“ ausführlich *Paulus*, in: *Voßkuhle/Huber*, GG I, Art. 5 Abs. 1 u.

Dennoch forderte das klassische Begriffsverständnis stets ein – wenngleich weit zu verstehendes – körperliches Trägermedium.<sup>613</sup> In der Körperlichkeit lag seit jeher grundsätzlich das Unterscheidungsmerkmal zum verfassungsrechtlichen Rundfunk.

#### bb) Begriff des Rundfunks

Auch hinsichtlich des Rundfunks knüpften große Teile der Lehre früh an einer wortlaut- und technikorientierten Begriffsbestimmung anhand der Herstellungs- und Verbreitungsmethode des „Rundumfunkens“ an.<sup>614</sup> Rundfunk galt demnach als eine an die Allgemeinheit gerichtete, durch körperlose Übertragungstechnik verbreitete Übermittlung von Gedankeninhalten.<sup>615</sup> Dabei ist unerheblich, ob eine analoge oder digitale Übertragungstechnik verwendet oder ob ein terrestrisches, kabelgebundenes oder satellitentechnisches Übertragungsmedium gewählt wurde und, ob der unkörperlich verbreitete Inhalt später verkörpert wird.<sup>616</sup> Das BVerfG erklärte hingegen, dass es eine allgemeingültige Definition des Rundfunks nicht geben könne, erteilte der rein technikbasierten Bestimmung eine Absage und wandte sich einem funktionalen Verständnis zu, damit technische Neuerungen die Mediengrundrechte nicht aushebeln.<sup>617</sup> Prägend für die Einordnung ist damit richtigerweise grundsätzlich die Typik des jeweiligen Mediums, um die normierende Kraft der Medienfreiheiten auch unter dem Einfluss zukünftiger unvorhersehbarer Entwicklungen zu erhalten.<sup>618</sup> Dem ursprünglichen Typus des Rundfunks entsprachen zunächst nur der Hör-, später auch der Sehfunk.<sup>619</sup> Bei diesen handelt es sich um audiovisuelle Angebote, die sich durch Bewegtbilder und Ton kennzeichnen, also insbesondere das Fernsehen und Radio.<sup>620</sup>

#### b) Internetfreiheit und Medienfreiheiten im Internet

Die im Bereich klassischer Medien relativ einfache Abgrenzung kann im Rahmen der digitalen Internetkommunikation aufgrund der zunehmenden Medienkonvergenz samt ihren crossmedialen Verflechtungen nicht ohne weiteres durchgehalten werden. Die erschwerte Differenzierung gestaltet auch die Einordnung eines Me-

---

2 Rn. 130. In diese Richtung auch *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 12, Rn. 14.

<sup>613</sup> *Paulus*, ebd., Rn. 129; *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 65.

<sup>614</sup> Vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache VII, S. 3252.

<sup>615</sup> *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 51; *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 4; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 36; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 58; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23 Rn. 2.

<sup>616</sup> *Gröpl*, ebd.; *Bullinger*, ebd.

<sup>617</sup> Siehe nur BVerfGE 119, 181, 218 – Rundfunkgebühren; 83 238, 392 – WDR; 74, 297, 350 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 73, 118, 121 – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen.

<sup>618</sup> BVerfGE 119, 181, 218 – Rundfunkgebühren; 83 238, 392 – WDR; 74, 297, 350 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; BGHZ 205, 195, 218 – Tagesschau-App.

<sup>619</sup> Zur Entwicklung siehe *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 4, Rn. 93 ff.

<sup>620</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 177.

diums in das bisweilen binäre Regulierungssystem<sup>621</sup> von Rundfunk und Presse komplexer. Daher stehen die Presse- und die Rundfunkfreiheit<sup>622</sup> seit Anbeginn der Digitalisierung in einem besonderen Spannungsfeld.

aa) Rundfunk nach klassischer Definition unter Rationalitäten des Pressemarktes  
Zur Lösung dieses Dilemmas wird teils auf die klassischen, technikgeprägten Definitionen der Medienbegriffe rekurriert, wodurch sich im Bereich der Internetkommunikation eine statische und eintönige Zuordnung<sup>623</sup> ergibt: Aufgrund ihrer unkörperlichen, digitalen Übertragung müsse es sich um Rundfunk handeln.<sup>624</sup> Internet wäre mit anderen Worten schlicht Rundfunk. Sogar klassische Presseveröffentlichungen könnten auf diese Weise dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfallen. Verfassungsrechtlich würde dies aufgrund der dem Rundfunk zugeschriebenen höheren Meinungsbildungsrelevanz eine Unterwerfung der Internetmedien unter die positive Rundfunkordnung bedeuten, um die Meinungsbildung abzusichern.<sup>625</sup> Der konkrete Regulierungszweck, Absicherung der Meinungsbildung, einzelner Medienformen wird dadurch nur noch pauschal und nicht mehr anhand der Realbedingungen des Internets bestimmt. Zwar kann die Internetkommunikation für den Meinungsbildungsprozess gar nicht überschätzt werden. Sie ermöglicht in der Theorie eine breitenwirksame Kommunikation (*One-/Many-to-Many*), so dass sie möglicherweise auch ein besonderes Gefahrenpotential für die Meinungsbildung einnehmen kann. Dies lässt auf der einen Seite zunächst auf ein positives Regulierungserfordernis wie beim Rundfunk schließen, um eine breite Meinungsvielfalt abzusichern. Demgegenüber besteht bei realitätsgetreuer Betrachtung im Internet bereits ein vollständig außenplurales Angebot, das den Rezipienten aufgrund seiner Dichte bereits überfordert.<sup>626</sup> Der Absicherung des Meinungspluralismus bedarf es daher nicht; er stellt sich vielmehr – wie im Bereich der Presse – von allein ein, zumal die im Internet dezentrierten Öffentlichkeiten eine dem klassischen Rundfunk vergleichbare Breitenwirkung teils nicht zulassen.<sup>627</sup>

<sup>621</sup> Siehe Abschnitt „Verfassungsrechtliche Implikationen für die Medienregulierung: Subjektive Freiheitsrechte und institutionelle Komponente“ unter Punkt C. II. 2. a) dd).

<sup>622</sup> Zum Spannungsfeld zwischen Meinungs- und Medienfreiheiten im durch soziale Medien geprägten Web 2.0, siehe nur *Kabl*, Elektronische Presse, S. 89–110, S. 153 ff., S. 322 f. Die strukturellen Veränderungen beschreibend Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542, S. 11 ff.; *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 2, Rn. 120 ff. Siehe grundlegend auch BVerfGE 10, 118, 121 – FDJ.

<sup>623</sup> Vgl. nur *Bullinger*, ebd., Rn. 5, siehe sodann aber auch die Erläuterungen in Rn. 6 f.

<sup>624</sup> Beispielfhaft *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 88, Rn. 90b; *Brand*, Rundfunk i. S. d. Art. 5 GG, S. 242 ff.; *Hamacher*, Der Rundfunkbegriff im Wandel des Rechts, S. 266 ff., S. 316 ff.; *Kunisch*, Rundfunk im Internet, S. 146; *Papier/Schröder*, epd-medien 2010, S. 23, S. 26 ff.

<sup>625</sup> Siehe Abschnitt „Verfassungsrechtliche Implikationen für die Medienregulierung: Subjektive Freiheitsrechte und institutionelle Komponente“ unter Punkt C. II. 2. a) dd).

<sup>626</sup> *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 186; *Papier/Schröder*, epd Medien 2010, S. 21.

<sup>627</sup> *Franzius*, JZ 2016, S. 651 f.

Die Ausgangslage scheint damit eher vergleichbar mit der Pressefreiheit. Auf der anderen Seite ist aber auch die pauschale Annahme der negativen, auf marktwirtschaftlichen Grundsätzen basierenden Presseordnung nicht zielführend: Es handelt sich immer noch um verschiedene Kommunikationsweisen (Schrift und Standbild vs. audiovisuelle Bewegtbilder) mit stark unterschiedlicher Suggestivkraft. Dies verdeutlicht, dass sie nicht einfach universell einem der konträren Regulierungsmodelle von binnenpluralem Rundfunk und außenpluraler Presse unterworfen werden können. Eine weitere Folge dieser Annahme läge im Zuge fortschreitender Technolog- und Digitalisierung in der künftigen Funktionslosigkeit der Presse, was nicht bezweckt sein kann.<sup>628</sup> Demgemäß entschied das BVerfG in seinem Beschluss zum *Recht auf Vergessen I*, dass die Informationsverbreitung nicht schon immer dann der Rundfunkfreiheit unterfällt, wenn sie sich dafür elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme bedient.<sup>629</sup>

#### bb) Internetfreiheit

Aus diesem Grund wird teilweise die Schaffung einer sog. Internet(-kommunikations-)freiheit vorgeschlagen, die sich als unbenannte Freiheit aus den bestehenden Mediengrundrechten ableiten solle.<sup>630</sup> Ein praktisches Verlangen nach einem solch universellen Internetgrundrecht besteht aber nur dann, wenn es die angesprochenen Probleme lösen kann.

Den Verfechtern geht es dabei primär um die Einrichtung eines Internetdienstgrundrechts, einer Art Telemedienfreiheit, das, wie die Rundfunkfreiheit, die institutionelle Ausgestaltung durch den Gesetzgeber aktiviert.<sup>631</sup> Eine eindeutige Erklärung, welche besondere Gefahrenlage die Ausgestaltung der Freiheit – beim Rundfunk: die besondere Meinungsbildungsrelevanz und die einst bestehende Sondersituation – verlangt, unterbleibt. Verkörperte Kommunikationsinhalte seien danach Presse, lineare zum zeitgleichen Empfang bestimmte, an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtete Dienste dagegen Rundfunk. Alle anderen Medien wie Blogs, Websites oder Streaming-Angebote wären der Internetfreiheit zugeordnete Internetdienste.<sup>632</sup> Dabei schafft das Verständnis von einer Ausgestaltungsfreiheit jedoch keine Vorteile: Sämtliche Kommunikationseinschränkungen müssen sich un-

<sup>628</sup> So aber *P. Kunisch*, Rundfunk im Internet, S. 146; *Papier/Schröder*, epd Medien 2010, S. 23 unterstellen an dieser Stelle eine praktische Diversifizierungsmöglichkeit von Presse zu dem verfassungsrechtlichen Rundfunk unterstelltem Privatrundfunk- und Telemedienangeboten. Dies darf jedoch keinesfalls tragend für die Aushebelung eines gesamten Grundrechts sein, *Vesting*, Intermedienkollisionsrecht, S. 10, S. 13; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 178; *Möllers/Zwiffelhofer*, MMR 2015, S. 162.

<sup>629</sup> BVerfGE 152, 152, 193 f. Rn. 95 – Recht auf Vergessen I.

<sup>630</sup> *B. Holznapel*, AfP 2011, S. 534; *Mecklenburg*, ZUM 1997, S. 525. Für eine ergänzende Online-Medienfreiheit *Wellenreuther*, Presseähnliche Telemedien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 54.

<sup>631</sup> *Holznapel/Schumacher*, in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 60 ff.

<sup>632</sup> *B. Holznapel*, AfP 2011, S. 534 f.

geachtet ihrer gelegentlich institutionellen Ausrichtung am qualifizierten Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG und den für die Kommunikationsgrundrechte entwickelten Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe messen lassen. Eine andere Auffassung würde eine der grundrechtlichen Dogmatik widersprechende, zweckgebundene Indienstnahme des subjektiven Abwehrrechts im Sinne einer „dienenden Freiheit“ legitimieren und wäre schon deshalb grundrechtlich unzulässig.

Im Übrigen würde die Abgrenzung damit letztlich auf die einfach-gesetzliche Negativabgrenzung von Presse und Rundfunk nach § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV reduziert. Eine solche, vor allem am Kriterium der Linearität orientierte Differenzierung von Presse und Rundfunk wirft nach den heutigen technischen Gegebenheiten verfassungsrechtliche Bedenken auf. Sie ist wiederum technikbasiert und führt zu Problemen bei der Zuordnung von Telemedien sowie Angeboten unter Einfluss von Smarttechnologie, bei denen die Möglichkeit besteht, Angebote verzögert und separat abzurufen oder innerhalb eines Angebots übertragene Inhalte zu überspringen.<sup>633</sup> Die Linearität eines Mediums nach dem MStV schließt jedoch den Einfluss des Empfängers auf die Auswahl der Informationen und den Inhalt sowie die Abfolge des präsentierten Angebots grundsätzlich aus.<sup>634</sup> Würde man diese Abgrenzung vollziehen, könnte sich die paradoxe Folge ergeben, dass die Nutzer unterschiedlicher Endgeräte unter Umständen bei ein und demselben Programm mit unterschiedlichen Grundrechtsausübungen konfrontiert wären und die Rundfunkanbieter mit ein und derselben Verbreitung unterschiedlichen Regulierungsregimen unterständen. Dies ist sinnwidrig und zollt nicht der realen Gefährdungslage linearer Informationsaufbereitung Rechnung und ist daher nicht mit der objektivrechtlichen Seite der Grundrechte in Einklang zu bringen. Zwar konkretisieren die Kriterien den einfach-gesetzlichen Rundfunkbegriff in verfassungskonformer Weise auf einen Teilbereich des grundrechtlichen Rundfunks. Alles Verhalten, das der Definition des MStV entspricht, stellt auch Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne dar. Jedoch unterfällt andersherum nicht alles, was grundrechtlich Rundfunk ist, auch dem engeren einfach-gesetzlichen Begriff. Letzterer kann den verfassungsrechtlichen Begriff nicht beschränken.

Im Ergebnis führt das – die fortschreitende Digitalisierung im Blick – dazu, dass über kurz oder lang alle Internetinhalte der Internetfreiheit unterstehen. Zwar könnten dann diffizile Schutzbereichsdifferenzierungen bei konvergierenden Medienformen unterbleiben. *De facto* liefe ein solch universelles Verständnis aber ebenfalls darauf hinaus, dass schier „das ganze Internet“ ein und derselben Freiheit unterstehen würde, ohne dabei Erkenntnisgewinne über das konkret anzuwendende

<sup>633</sup> Zu den Problemen siehe *Vesting*, Intermedienkollisionsrecht, S. 11; anschaulich *Kluth/Schulz*, Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Oktober 2014, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Institut Nr. 30, S. 7, S. 30 f.; *Möllers/Zwiffelhofer*, MMR 2015, S. 163; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 175.

<sup>634</sup> Vgl. *Martini*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV, § 2 Rn. 4 ff.; *Schulz*, in: Binder/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 2 Rn. 42 ff.

Regulierungsregime zu erzielen. Damit ergibt sich keine grundverschiedene Lage zu dem Ergebnis, das man beim Festhalten am rein technikorientierten Grundrechtsverständnis erhält, nur dass bei Letzterem zumindest das Rundfunkregulierungsregime angelegt ist. Der vermeintliche Fortschritt, den der Ansatz eines universellen Internetgrundrechts unabhängig von seiner normativen Grundlage zunächst auf Schutzbereichsebene verspricht, verbleibt in einem „auf der Stelle treten“. Er bringt keine Lösung hinsichtlich des anzuwendenden Ordnungssystems.<sup>635</sup> Es bleibt weiterhin fraglich, ob einfache Webseiten und Blogs wirklich den gleichen Regulierungsanforderungen unterliegen sollen wie audiovisuelle Video- und Nachrichtendienste. Der Ansatz überzeugt daher nicht.

#### cc) Einheitliches Mediengrundrecht

Ein anderer Ansatz plädiert für ein Verständnis eines einheitlichen und umfassenden Mediengrundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>636</sup> Aber auch diese Interpretation lässt dieselben Fragen offen wie der Ansatz zur Internetfreiheit, so dass sie nicht überzeugt.

#### dd) Abgrenzung der Medien im Konvergenzzeitalter:

##### Funktions-/Gefahrenbetrachtung

Die bisherigen Ansätze der „Differenzierung“ der Medien im Internet haben gezeigt, dass das Grundgesetz neuen Entwicklungen nur Schritt halten kann, wenn der Grundrechtsschutz funktional, entwicklungs offen und anhand der konkreten Lebenswirklichkeiten bestimmt wird.<sup>637</sup> Die einzelnen Internetmedieninhalte müssen dabei weiterhin differenziert werden. Bei Betrachtung der realen Kommunikationsbedingungen im Internet zeigt sich, dass mitunter entgegengesetzte Kommunikationsweisen bestehen, die vom Erscheinungsbild her entweder der klassischen Presse oder dem herkömmlichen Rundfunk oder keinem der klassischen Medien ähneln.

<sup>635</sup> Gilt sowohl für eine Internetfreiheit als auch für eine übergreifende Medienfreiheit, *Franzius*, JZ 2016, S. 655 f.; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 132; *Neuhoff*, ZUM 2012, S. 376; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 186 m. w. N. auch zur Gegenansicht. Kritisch *Hoffmann-Riem*, AöR 137 (2012), S. 524 (Fn. 81). Anders *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 121 ff.

<sup>636</sup> Zugunsten eines einheitlichen Mediengrundrechts *Fechner*, ebd., Rn. 121 f., Rn. 134 ff., Rn. 165 f.; *Hain*, AfP 2012, S. 313. In eine ähnliche Richtung weist *Badura*, AöR 134 (2009), S. 266.

<sup>637</sup> *Voßkuhle*, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz, S. 105 f. Siehe ferner auch die Rechtsprechung des BVerfG zu den Mediengrundrechten (sog. „dynamischer Rundfunkbegriff“) BVerfGE 83, 238, 299 – WDR; 74, 297, 350 f. – Landesmediengesetz Baden-Württemberg. *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 17; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23 Rn. 10; *Vesting*, Intermediengkollisionsrecht, S. 10, S. 12; *Gersdorf*, AfP 2010, S. 423; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 177 f., zur Abgrenzung von Rundfunk und Presse im Internet siehe S. 186; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 128, Rn. 252; *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 2, Rn. 146 ff.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 36. Zurückhaltender *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 39.



Die neuen Medienformen lassen sich als bloß technische Fortentwicklungen der schon 1949 bekannten Medien begreifen, die damals in der Dichotomie von Rundfunk und Presse grundrechtlich kodifiziert wurden. Denn es bestehen heute wie damals Text- und Standbildangebote sowie audiovisuelle Inhalte. Dass sich die verschiedenen Typen mehr und mehr anschmiegen, ist zunächst unerheblich.

Insofern stellen sich für die Differenzierung der herkömmlichen und benannten grundgesetzlichen Medienfreiheiten im Internet sowie für ihre konkrete Regulierungsbedürftigkeit zwei Fragen: Welche Funktion haben die Freiheiten im Verfassungsgefüge und wie muss diese unter Realbedingungen jeweils abgesichert werden?

Der Zweck der Medienfreiheiten liegt in der kommunikativen Selbstentfaltung des Grundrechtsträgers, die im Rahmen der Massenkommunikation zur Meinungsbildung Dritter führt. Effektiv gelingt dies, wenn durch die Medien die bestehende Meinungspluralität zum Ausdruck gebracht, Hintergrundinformationen gegeben sowie Berichte über aktuelle Geschehnisse und Bewertungen erstellt werden, auf Grundlage derer sich jeder seine eigene Meinung bilden kann. Medien sollen mithin Meinungsvielfalt gewährleisten.

Diese Funktion muss aber bei den beiden Medientypen aufgrund der von ihnen ausgehenden, unterschiedlich weitreichenden Einflüsse auf die Meinungsbildung auf verschiedene Weise rechtlich abgesichert werden: Die Presse untersteht dem Modell der marktwirtschaftlichen Selbstregulierung im Sinne einer „negativen Rechtsordnung“. Die daraus resultierende geistige und wirtschaftliche Konkurrenz der Presseunternehmen kann die Außenpluralität im Markt eigenständig herstellen. Der besonders meinungsprägende Rundfunk unterliegt dagegen einem binnenpluralen Modell und einer positiven Rechtsordnung, da der Markt selbst kein außenplurales Angebot gewährleistet und ein Marktversagen besondere Gefahren für die Meinungsbildung begründete.<sup>638</sup>

Die Regulierung knüpft sich folglich an das mit der jeweiligen Medienform zusammenhängende Gefahrenpotential, das von ihrer unterschiedlichen Typizität – und nicht von ihrer technischen Herstellung – ausgeht: Die Presse war früher bedingt durch die Drucktechnik ein Lese- und Standbildmedium, während der Rundfunk im Rahmen seiner unkörperlichen Übertragung als Hör- oder Sehfunk präsentiert und damit seit jeher audiovisuell dargeboten wurde. Presseerzeugnisse sind im Vergleich zu audiovisuellen Angeboten grundsätzlich von geringerer Suggestivkraft, da der Rezipient die Informationen während des Lesevorgangs erst noch selbst aufnehmen muss. In audiovisuellen Medien werden die präsentierten Meinungen und Gegebenheiten bereits sprachlich und bildlich aufbereitet und sind damit für den Empfänger komfortabel rezipierbar. Der Rezipient muss die Informationen folglich nicht mehr selbst verarbeiten und bleibt damit anders als bei einem Lesemedium passiv.<sup>639</sup> Neben der suggestiven Wirkmacht ist der Rundfunk authentisch

<sup>638</sup> Siehe die Abschnitte „Außenplurale Presse“ und „Binnenpluraler Rundfunk“ unter den Punkten C. II. 2. a) dd) (1) und (2).

<sup>639</sup> Vgl. *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 52.



und zudem enorm breitenwirksam.<sup>640</sup> Diese grundverschiedenen Gefährdungslagen kommen bereits in der von den Verfassungsgebern vorgenommenen Bündelung der Medienformen im früher schon grundsätzlich linearen Rundfunk und in der nicht-linearen Presse zum Ausdruck.<sup>641</sup>

Dennoch darf die Abgrenzung, wie gezeigt, nicht anhand der Linearität als solcher, sondern allein anhand einer Funktions- und Gefahrenbetrachtung erfolgen.<sup>642</sup> Die Linearität eines Mediums ist vielmehr Faktor seiner besonderen Wirkmacht und Meinungsbildungsrelevanz: Diese Präsentationstechnik hat im Vergleich von klassisch linearen Fernseh- und Hörfunkprogrammen und nichtlinearen Lesemedien eine höhere Suggestivkraft.<sup>643</sup> Die Wirkmacht eines Mediums lässt sich aber grundlegend und technikneutral anhand seines Erscheinungsbildes feststellen, wodurch der hier vertretene funktionale Ansatz weiter gestützt wird.<sup>644</sup> Ferner ist die Abgrenzung allein anhand der Linearität fehleranfällig. In einer weniger strengen Deutung des Begriffs könnte sie grundsätzlich jedem audiovisuellen Angebot attestiert werden, da seine Rezipienten keinen Einfluss auf die Informationsauswahl und Aufarbeitung nehmen und grundsätzlich im digitalen Zeitalter ein gleichzeitiger Empfang möglich ist, selbst wenn kein Sendeplan besteht. Allein die Möglichkeit des Auslassens von Inhalten zieht nicht schon ihre Umsetzung nach sich.<sup>645</sup>

Zur Abgrenzung von verfassungsrechtlicher Presse und Rundfunk auch verfehlt wäre es nach dem Gegenschluss zu § 30 Abs. 7 MStV (Verbot presseähnlicher Telemedienangebote durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk) und dem 2. Abschnitt 2. Unterabschnitt des MStV, der sich der Telemedienregulierung weitgehend enthält

<sup>640</sup> BVerfGE 119, 181, 214 f. – Rundfunkgebühren.

<sup>641</sup> Zur Bündelung der Medien, vgl. 5. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 29. September 1948, in: BT/BA, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle, Band 5/I, S. 111 f.

<sup>642</sup> Vgl. schon BVerfGE 74, 297, 324 f. – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; *Vesting*, Intermedienkollisionsrecht, S. 10; *Möllers/Zwifflhoffer*, MMR 2015, S. 162 sprechen plastisch von einem „Gefahrenabwehrauftrag“, S. 163, wird eine „wirkmachtbezogene Auslegung“ unterbreitet. *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 179 m. w. N. stellen diesbezüglich maßgeblich auf die „Konsumentenperspektive“ ab. In diese Richtung auch *Gröpl*, in: ders./Windthorst/v. Coelln, SK-GG, Art. 5 Rn. 39. Diese Regulierungskonzeption findet sich auch in Erwägungsgrund 58 AVMD-RL (2010) (RL 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. L 95/1 vom 15. April 2010) wieder. Ablehnend und eine sektorspezifische Betrachtung präferierend *Neuhoff*, ZUM 2012, S. 373 unter Hinweis auf Leitsatz 2 d) in BVerfGE 83, 238, 239 – WDR. Kritisch *Degenhart*, CR 2011, S. 237, der für eine Annexbetrachtung plädiert und hierüber zum gleichen Ergebnis wie der hier vertretene funktionale (Gefährdungs-)Ansatz gelangt.

<sup>643</sup> Bei *Möllers/Zwifflhoffer*, ebd., S. 163 findet sich eine „wirkmachtbezogene Auslegung“.

<sup>644</sup> Vgl. zur Linearität und Wirkmacht *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S. 21. Anders *Möllers/Zwifflhoffer*, ebd., S. 166. Pro sektorspezifische Betrachtung *Neuhoff*, ZUM 2012, S. 373. Pro Annexbetrachtung *Degenhart*, CR 2011, S. 237.

<sup>645</sup> *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S. 22.

und daher mit der negativen Presseordnung vergleichbar scheint, alle Internetmedien der Pressefreiheit zu unterstellen.<sup>646</sup> Wie erwähnt, darf der Rundfunkgesetzgeber die verfassungsrechtlichen Begriffe nicht beschränken.

Damit kann festgehalten werden, dass eine verfassungsrechtliche Abgrenzung anhand des Erscheinungsbildes des Mediums und der daraus entspringenden Gefahren für die freie Meinungsbildung vorzugswürdig ist.<sup>647</sup> Diese Methode ist praxistauglich und funktional-entwicklungsoffen und vermag als einzige die Frage nach dem zu wählenden Regulierungsmodell zu beantworten. Schwerpunktmäßige Lese- und audiovisuelle Angebote der Rundfunkfreiheit sind grundsätzlich der Presse-, audiovisuelle Angebote der Rundfunkfreiheit zuzuordnen. Dieses funktionale Verständnis ermöglicht eine von der Pressefreiheit gedeckte telemediale Presse, die nach der rein technikorientierten Schutzbereichsbestimmung ausgeschlossen wäre.

#### (i) Abgrenzung bei einförmigen Medien im Internet

Für einförmige Text- oder audiovisuelle Medienangebote im Internet ergibt sich ein klares Bild: Über die Gefahrenbetrachtung anhand des jeweiligen Erscheinungsbildes entsteht nur ein Annex zum klassischen Medienmarkt. Was auf dem herkömmlichen Markt bereits Presse oder Rundfunk war, bleibt dies grundsätzlich auch im Internet.<sup>648</sup> Die Verbreitung audiovisueller Inhalte ist aufgrund der von ihr ausgehenden Gefahren dem Rundfunk zuzuordnen; geht es hingegen um Leseinhalte, ist grundsätzlich die Pressefreiheit einschlägig.

#### (ii) Abgrenzung bei hybriden Medienformen

Bei Mischmedien, die audiovisuelle und Textbestandteile beinhalten, ist eine entsprechende Einordnung erschwert. Dabei sind Kombinationen von Text und Standbild mit Bewegtbildern und Tönen im Internet schon lange keine Seltenheit mehr. Diese sog. hybriden Medienformen müssen ebenfalls einer Funktions- und Gefahrenbetrachtung unterzogen und damit nach ihrem Erscheinungsbild unterschieden werden. Hierfür ist der Schwerpunkt des jeweiligen Einzelangebots und nicht bloß des Gesamtangebots maßgebend.<sup>649</sup> Eine solche Betrachtung hat zur Folge, dass den Rundfunkanstalten verwehrt wird, in Einzelangeboten vordergründig Presse zu betreiben, die ihnen von Verfassungen wegen grundsätzlich nicht gestattet ist. Damit wäre ausgeschlossen, dass sie auf diese Weise mit privaten Presseunternehmen konkurrieren, obwohl ihnen hierzu die grundrechtliche persönliche Legitimation fehlt.

<sup>646</sup> In diese Richtung deutet aber *Vesting*, Intermedienkollisionsrecht, S. 18 f.

<sup>647</sup> So ohne nähere Begründung nun offenbar auch BVerfGE 152, 152, Rn. 94 f. – Recht auf Ver-  
gessen I.

<sup>648</sup> Siehe jüngst auch BGHZ 205, 195, 218 – Tagesschau-App. Vgl. ferner *Paulus*, in: Voßkuhle/  
Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 182. Anders *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 88, Rn. 90b;  
*Brand*, Rundfunk i. S. d. Art. 5 GG, S. 242 ff.; *Papier/Schröder*, epd medien 2010, S. 23; *P. Ku-  
nisch*, Rundfunk im Internet, S. 146.

<sup>649</sup> BGHZ 205, 195, 218 – Tagesschau-App; vorher hingegen OLG Köln MMR 2014, 199, 200 f.  
Vgl. auch *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 182.

Zur Schaffung eines Regulierungs- und Medienkollisionsrechts für hybride Angebote ist der Gesetzgeber aufgerufen, da Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG keine Musterlösung bereithält.

ee) Voraussetzungen des sachlichen Schutzes der Medienfreiheiten im Internet

Nachdem geklärt ist, dass es auch im Internet neben dem Rundfunk eine Online-Presse geben kann, muss abschließend geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen der Schutzbereich der Medienfreiheiten im Internet überhaupt eröffnet ist. Denn im Rahmen der Internetkommunikation kann ein Jeder voraussetzungslos verschriftlichte oder audiovisuelle Inhalte verbreiten. *Eo ipso* löst ihre einmalige Veröffentlichung, etwa in sozialen Medien, aber noch nicht den institutionellen Schutz der Medienfreiheiten aus, sondern den der Meinungsfreiheit – andernfalls untersteht jeder Privatblog *per se* der Presse- und jedes audiovisuelle Angebot, etwa ein *YouTube*- oder *TikTok*-Video, der Rundfunkfreiheit. Ihnen kommt aber nicht *per se* dieselbe verfassungsrechtliche Aufgabe zu wie den von den Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfassten Medien; sie bedürfen daher nicht derselben Privilegien.<sup>650</sup> Für den sachlichen Schutz durch die Medienfreiheiten stellt *Kahl* zurecht auf die journalistisch-redaktionelle Gestaltung der Inhalte ab.<sup>651</sup> Zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs lassen sich hinsichtlich des Kriteriums der journalistischen Gestaltung die klassischen Publizistikskriterien der Universalität (inhaltliche Vielfalt), Aktualität (Neuigkeitscharakter der Beiträge), Periodizität (für elektronische Medien: kontinuierliche Aktualisierung) und Publizität (allgemeine Zugänglichkeit) als auch eine erkennbar publizistische Zielsetzung des Angebots in einer für den digitalen Markt angepassten Weise heranziehen.<sup>652</sup> Das Merkmal der redaktionellen Gestaltung verlangt schon nach seinem Wortsinn eine typisch redaktionelle Arbeit in Form einer regelmäßigen Auswahl von Inhalten und ihrer formalen Vereinheitlichung an das Erscheinungsbild des Mediums durch natürliche Personen.<sup>653</sup> Im Umkehrschluss

<sup>650</sup> Vgl. auch die Entscheidungsgründe in EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

<sup>651</sup> Vgl. *Kahl*, Elektronische Presse und Bürgerjournalismus, S. 89–110, S. 153 ff., S. 322 f. Ähnlich auch VG Augsburg ZD 2016, 548, 549 Rn. 25 ff.; *Lent*, ZUM 2013, S. 918 f. Zum journalistischen Medienprivileg offener EuGH, Urteil vom 14. Februar 2019, –C-345/17 –, curia, Rn. 53 ff. – Buivids ./.. Datu valsts inspekcija.

<sup>652</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg LKV 2015, 180, 181; VG München, Urteil vom 17. Dezember 2015, – M 17 K 14.4369; VGH Mannheim ZUM-RD 2014, 396, 399; OVG Münster, Beschluss vom 4. Juli 2014, – 5 B 1430/13; OLG Bremen, Urteil vom 14. Januar 2011, – 2 U 115/10; *Lent*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV, § 17 Rn. 14; *ders.*, ZUM 2013, S. 915 f.

<sup>653</sup> Vgl. OVG Greifswald, Beschluss vom 8. März 2013 – 2 M 2/13; VG Stuttgart, Urteil vom 22. April 2010 – 1 K 943/09.

sind bloß automatisierte, etwa durch Algorithmen erfolgte, Zusammenstellungen und Auflistungen nicht redaktionell gestaltet.<sup>654</sup> Gleiches gilt für automatisiert über „Social Bots“ erfolgende Nachrichten.<sup>655</sup>

Aus den für die Auslegung herangezogenen Merkmalen lässt sich schließen, dass das Medium eine gewisse Kontinuität und Dauerhaftigkeit gewährleisten muss. Dies ist der Fall, wenn das Medium eine verantwortliche Redaktion als institutionellen Unterbau besitzt.<sup>656</sup>

ff) Ergebnis: Abgrenzung der Medien im Konvergenzzeitalter:

Funktions-/Gefahrenbetrachtung

Die verfassungsrechtliche Abgrenzung von Presse und Rundfunk im Bereich der Online-Kommunikation erfolgt technikneutral nach einer Gefahren- und Funktionsbetrachtung anhand des schwerpunktmäßigen Erscheinungsbildes des jeweiligen Angebots. Eine Zuordnung anhand der klassischen Medienbegriffe unterstellt das gesamte Web unbeschrieben konkreter Eigenheiten schlicht der Rundfunkfreiheit samt ihres Ordnungsmodells. Die Begründung einer Internetfreiheit – ungeachtet ihrer normativen Grundlage – bringt zur Wahl des Regulierungsmodells ebenfalls keinerlei Vorteil.

Damit im Internet verbreitete Inhalte aber den Medienfreiheiten überhaupt zugeordnet werden können, müssen die Inhalte journalistisch-redaktionell gestaltet sein.

c) *Geschütztes Verhalten*

Mediengrundrechte verstärken grundsätzlich die Meinungsäußerungsfreiheit<sup>657</sup> und führen bei ihrer Ausübung zur Meinungsbildung Dritter. Anhand dieser Funktion bestimmt sich der Schutz der Medienfreiheiten. Sie gestatten deshalb dem Einzelnen den Einsatz massenmedialer Verbreitungstechniken zur Kundgabe von Gedankeninhalten jeglicher Art<sup>658</sup> in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit. Die Medienfreiheiten schützen hierzu neben den geschützten medienpezifischen Tätig-

<sup>654</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 2888, 2890.

<sup>655</sup> *Weberling*, NJW 2018, S. 735 ff.

<sup>656</sup> Vgl. *Kahl*, Elektronische Presse und Bürgerjournalismus, S. 322 f.

<sup>657</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 5.

<sup>658</sup> Siehe dazu die Aufzählung in BVerfGE 59, 231, 258 – WDR: „*Nachrichtensendungen, politische Kommentare oder Sendereihen über Probleme der Vergangenheit, der Gegenwart oder der Zukunft, sondern ebenso in Hör- oder Fernsehspielen, musikalischen Darbietungen oder Unterhaltungssendungen.*“ Ferner BVerfGE 102, 347, 359 – Benetton I; 66, 116, 134 – Springer/Wallraff m. w. N. EGMR, Plenarentscheidung vom 8. Juli 1986, Nr. 9815/82, Rn. 41 – Lingsens ./. Österreich; Urteil vom 19. Februar 2013, Nr. 40397/12 – Neij ./. Schweden; Urteil vom 5. November 2002, Nr. 38743/97, Rn. 30 ff. – Demuth ./. Schweiz.

keiten<sup>659</sup>, wie die Informationsbeschaffung, Verarbeitung und die Verbreitung<sup>660</sup>, auch Vorfeld-<sup>661</sup> und Hilfstätigkeiten<sup>662</sup>. Dies führt dazu, dass Medien den Diskurs nicht bloß anregen, sondern auch aufrechterhalten, was für eine Demokratie unentbehrlich ist.<sup>663</sup> So beurteilt dies auch der EGMR, der die Presse als sog. „pu-

<sup>659</sup> Zur Tendenz-, Inhalts- und Gestaltungsfreiheit, siehe BVerfGE 52, 283, 296 f. – Tendenzbetrieb; 35, 202, 222 f. – Lebach; 12, 205, 260 f. – Deutschland-Fernsehen. Zur Einschränkung i. R. d. Rundfunkfreiheit vgl. BVerfGE 73, 118, 152 ff. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 59, 231, 258 – WDR. EGMR, Urteil vom 11. Januar 2000, Nr. 31457/96, Rn. 40 – NEWS Verlags GmbH & Co KG ./. Österreich.

<sup>660</sup> Hinsichtlich der Presse BVerfGE 20, 162, 176 – Spiegel; 10, 118, 121 – FDJ. Hinsichtlich des Rundfunks BVerfGE 119, 309, 318 f. – Gerichtsfernsehen; 103, 44, 59 – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal I; 91, 125, 134 – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen. EGMR, Urteil vom 24. Juni 2014, Nr. 27329/96, Rn. 62 – Rosianu ./. Rumänien; Urteil vom 10. Januar 2006, Nr. 50693/99, Rn. 24 – Halis Dogan u. a. ./. Türkei. Für den Rundfunk gelten die gleichen Grundsätze EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 Rn. 35 – Jersild ./. Dänemark. Siehe auch *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 15 m. w. N., Rn. 17; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23 Rn. 9. Zum Schutz des Integritätsverhältnisses von Informanten und dem jeweiligen Medium siehe BVerfGE 117, 244, 259 – Cicero; 20, 162, 175 f. – Spiegel; EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 14. September 2010, Nr. 38224/03, Rn. 50 – Sanoma Uitgevers ./. Niederlande; Urteil vom 16. Juli 2013, Nr. 73469/10, Rn. 80 – Nagla ./. Litauen. Zum Schutz der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit und dem Chiffregeheimnis BVerfGE 117, 244, 258 – Cicero; 107, 299, 330 – Handy-Überwachung; 66, 116, 132 ff. – Springer/Wallraff. EGMR, Urteil vom 27. November 2007, Nr. 20477/05, Rn. 53 – Tillack ./. Belgien. Zum Schutz der Verbreitung rechtswidrig erlangter Information, nicht hingegen dem Beschaffen gegen den Willen des Verfügungsberechtigten hingegen siehe BVerfGE 103, 44, 59 f. – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; 66, 116, 137, 139 – Springer/Wallraff. BGHZ 138, 311, 319 – Ausstrahlung nicht genehmigter Filmaufnahmen aus einer Ferienappartement-Anlage; BGH, Urteil vom 10. April 2018, – VI ZR 396/16 –, juris, Rn. 18 – Verbreitung ungenehmigter Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, Nr. 56925/08, Rn. 48 ff. – A.B. ./. Schweiz. Kritisch *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 13.

<sup>661</sup> Zu den funktional notwendigen Vorfeldarbeiten, wie die Gründung und Organisation sowie die Finanzierung von Medienunternehmen, siehe BVerfGE 97, 298, 312 f. – extra radio; 90, 60, 92 – Rundfunkgebühren; 74, 297, 342 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 59, 231, 258 ff. – WDR; 20, 162, 175 f. – Spiegel.

<sup>662</sup> Zu den notwendigen Hilfstätigkeiten, siehe BVerfGE 107, 299, 329 f. – Handy-Überwachung; 100, 313, 365 – Telekommunikationsüberwachung; 83, 298, 312 f. – extra radio; 77, 346, 354 f. – Pressegrasso. Von der Rundfunkfreiheit nicht umfasst sind fernmeldetechnische Tätigkeiten, vgl. BVerfGE 12, 205, 263 – Deutschland-Fernsehen. Extensiver *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 33. Ähnlich EGMR, Plenarentscheidung vom 22. Mai 1990, Nr. 12726/87, Rn. 47 – Autronic ./. Schweiz. Zusammenfassend und zustimmend *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 44.

<sup>663</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 117, 244, 258 – Cicero; 107, 299, 329 – Handy-Überwachung; 103, 44, 59 – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal I; 74, 297, 323 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; 73, 118, 152 ff. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 66, 116, 133 – Springer/Wallraff; 59, 231, 257 f. – WDR; 57, 295, 319 f. – FRAG; 52, 283, 296 – Tendenzbetrieb; 35, 202, 222 – Lebach; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen; 12, 113, 127 – Schmid-Spiegel; 10, 118, 121 – FDJ. Ähnlich BVerfGE 20, 162, 174 ff. – Spiegel. So auch

*blic watchdog*<sup>664</sup> bezeichnet und dem Rundfunk aufgrund seiner audiovisuellen Inhalte eine herausgehobene Bedeutung attestiert.<sup>665</sup> Die Medienfreiheiten sollen ermöglichen, dass der Bürger seine Entscheidungen auf Grundlage umfassender Information treffen und sich auch mit anderen, in den Medien präsentierten Meinungen auseinandersetzen kann.<sup>666</sup> Medien wirken dabei als orientierende Kraft in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung, was ihrem „verfassungsrechtlichen Auftrag“ entspricht, ohne dass hierdurch eine Indienstnahme der Medienfreiheiten ermöglicht wird.<sup>667</sup> Medien müssen grundsätzlich staatsfrei sein.<sup>668</sup>

In Frage steht in dieser Bearbeitung zuvörderst, ob auch die Verbreitung von „Fake News“ zu den von den Medienfreiheiten geschützten Verhaltensweisen zählt oder Wahrheitspflichten bestehen, die den Schutz für publizierte „Fake News“ versperren, wodurch bloß der subsidiäre Schutz durch die Allgemeine Handlungsfreiheit aktiviert wäre.

#### aa) Wahrheitspflicht für Medien

##### (i) Bundesverfassungsgericht

Wie bereits im Rahmen der Prüfung der Einheitlichkeit von Meinungs- und Medienfreiheiten erörtert, hält das BVerfG grundsätzlich an seinen zur Meinungsverbreitung aufgestellten Maßgaben fest.<sup>669</sup> Medien sollen nach ihm schon aufgrund

---

EGMR, Plenarentscheidung vom 8. Juli 1986, Nr. 9815/82, Rn. 41 – Lingsens ./ Österreich; Plenarentscheidung vom 26. April 1979, Nr. 6538/74, Rn. 65 – Sunday Times ./ Vereinigtes Königreich; Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 49 – Handyside ./ Vereinigtes Königreich; Urteil vom 23. April 1992, Nr. 11798/85, Rn. 43 – Castells ./ Spanien.

<sup>664</sup> EGMR, Urteil vom 26. November 1991, Nr. 13585/88, Rn. 59 – Observer and Guardian ./ The United Kingdom; EGMR NJW 2013, 768, 770 Rn. 31 – Standard Verlags GmbH ./ Österreich; NJW 2012, 1053, 1055 Rn. 102, 1056 Rn. 110 – v. Hannover ./ Deutschland II.

<sup>665</sup> EGMR, Urteil vom 17. September 2009, Nr. 13936/02, Rn. 97 – Manole u. a. ./ Mazedonien; EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 Rn. 31 – Jersild ./ Dänemark.

<sup>666</sup> Ausführlich auch zum Prozess der Meinungsbildung siehe BVerfGE 20, 162, 174 f. – Spiegel. Siehe ferner BVerfGE 52, 283, 296 – Tendenzbetrieb; 12, 205, 206 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>667</sup> BVerfGE 20, 162, 174 f. – Spiegel spricht dabei auch von einer „öffentlichen Aufgabe“; BVerfGE 31, 314, 325 ff. – Tätigkeit der Rundfunkanstalten. Ähnlich EGMR, Plenarentscheidung vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 49 – Handyside ./ Vereinigtes Königreich. Siehe auch *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 171.

<sup>668</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – Spiegel; so auch zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk siehe BVerfGE 31, 314, 325 f. – Tätigkeit der Rundfunkanstalten; 59, 231, 258 – WDR; 90, 60, 61, 96 ff. – Rundfunkgebühren; 121, 30, 51 – Hessisches Privatrundfunkgesetz. Ähnlich auch schon BVerfGE 12, 205, 224 f. – Deutschland-Fernsehen. Jetzt fordert das Bundesverfassungsgericht nur noch eine „Staatsferne“, siehe BVerfGE 9, 36 – ZDF-Staatsvertrag. Siehe aber auch die abweichende Meinung von *Paulus* in BVerfGE 136, 9, 67 Rn. 17. Ausführlich für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 179–182.

<sup>669</sup> Siehe Abschnitt „Die Wahrheitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts“ unter Punkt C. III. 2. c) bb) (i). BVerfGE 85, 1, 12 f. – Bayer-Aktionäre; 54, 208, 219 f. – Böll; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel. Siehe restriktiver hingegen BGH NJW 1977, 1288, 1289, der ebenso im Interesse der



ihres verfassungsrechtlichen meinungsbildenden Auftrages wahrheitsgemäß informieren, so dass bewusst und erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen nicht unter den Schutzbereich der Medienfreiheiten fallen sollen.<sup>670</sup> Es geht dem BVerfG damit insbesondere um die Sicherstellung einer gewissen Sorgfalt im Rahmen der Medientätigkeit, um das „Normziel“ der effektiven Meinungsbildung zu erreichen.<sup>671</sup> Das von der Pressefreiheit gedeckte Recht, andere Grundrechtsträger durch Nachrichten und Tatsachenmitteilungen zu informieren, schließt nach dem BVerfG schon begrifflich die Verbreitung von Desinformation aus, da fingierte Tatsachen keine Tatsachen seien.<sup>672</sup>

Das Gericht rückt damit die journalistischen Sorgfaltsmaßstäbe, die sich in den Landespressegesetze finden, in den Fokus geschützten Verbreitungsverhaltens.<sup>673</sup> Sie bilden ein Indiz für den verfassungsrechtlichen Umfang der Pressefreiheit. Werden sie durchschnittsgemäß erfüllt, werden keine Desinformationen verbreitet, so dass eine subjektive Sorgfaltspflicht zum objektiv gewünschten Ergebnis führt.<sup>674</sup> Der im Zeichen der Digitalisierung stehende private Medienmarkt hat besondere Arbeitsbedingungen hervorgebracht, wozu insbesondere ein immenser Zeit-, Kosten- und Konkurrenzdruck zählen.<sup>675</sup> Für die Gewinnerzielung ist im Bereich der Telemedien beispielsweise eine höchstmögliche Klickrate erforderlich. Private Medienanbieter müssen daher grundsätzlich versuchen, als erstes zu publizieren, so dass häufig nicht genügend Zeit für eine hinreichende Verifikation der Informationen besteht. Journalisten sollen dabei nicht leichtfertig mit der Wahrheit umgehen. Was unter diesen Umständen tatsächlich leichtfertig ist, dürfte sich allerdings nur schwer feststellen lassen.<sup>676</sup>

Steht ohnehin die Frage im Raum, ob eine Äußerung zulässig ist, wendet das BVerfG grundsätzlich und ungeachtet des Verbreitungsmediums die Meinungsfreiheit an, sofern die Meinung eines Dritten nicht lediglich referiert wird.<sup>677</sup> Im

---

Öffentlichkeitsunterrichtung auch Grenzen der Prüfungspflicht anzugeben versucht. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 94. Missverständlich *Herzog*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (55. EL), Art. 5 Rn. 146 f., der von leichter und nicht von grober Fahrlässigkeit spricht.

<sup>670</sup> Vgl. insbesondere für den Rundfunk, dessen Zweck in der „*umfassenden, wahrheitsgemäßen Information*“ liege, BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 198 – Fernsehwerbung; 83, 238, 296 – WDR. Für die Presse BVerfGE 54, 208, 219 f. – Böll; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel; BGHZ 139, 95, 101.

<sup>671</sup> Vgl. BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; 87, 181, 198 f. – Fernsehwerbung; 83, 238, 296 – WDR.

<sup>672</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2. Rn. 140.

<sup>673</sup> Angedeutet in BVerfGE 61, 1, 7 ff. – Wahlkampf.

<sup>674</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 141.

<sup>675</sup> Vgl. schon BVerfGE 54, 209, 220 – Böll; BVerfG NVwZ 2004, 607.

<sup>676</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz zu Medienfreiheiten“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (1).

<sup>677</sup> BVerfGE 85, 1, 12 f., 22 – Bayer-Aktionäre; 71, 162, 179 ff. – Autobiographie eines Chefarztes; 43, 130, 137 – Flugblatt. Vgl. auch BVerfG NJW-RR 2010, 470 Rn. 58 f.



Ergebnis statuiert das BVerfG keine reine Wahrheitspflicht mit Auswirkungen auf den Schutzbereich, sondern bleibt seiner Linie von Schutzbereichsausschlüssen für rein objektive bewusste Falschdarstellungen treu.

(ii) Erkenntnistheoretisch-relativistischer Ansatz

Ein erkenntnistheoretisch-relativistischer Ansatz, wie er zur Meinungsfreiheit vertreten wird, besteht für die Tatsachenverbreitung durch Medien nicht. Einhellig ist sowohl die Verlautbarung von Wertungen als auch von Tatsachenbehauptungen von den Medienfreiheiten erfasst. Deshalb besteht für ihn schon kein gesondertes Bedürfnis. Gleichwohl wäre nach ihm in Analogie zu den entsprechenden Ausführungen zur Meinungsfreiheit die Wahr- oder Unwahrheit verbreiteter Information unerheblich.

(iii) EGMR

In der Rechtsprechung des EGMR sind in Bezug auf die Medienfreiheiten Sorgfalts- und damit einhergehend auch Wahrheitspflichten anerkannt;<sup>678</sup> er geht insofern ausdrücklich von einem Konzept des sog. „*responsible journalism*“<sup>679</sup> aus. Das bedeutet aber nicht, dass sich diese Journalismusplichten auf Schutzbereichsebene auswirken. Nach seinem extensiven Schutzbereichsverständnis von Art. 10 Abs. 1 EMRK verlagert der EGMR alle Beschränkungsmöglichkeiten auf die Abwägungsebene, so auch die Frage nach der Sorgfalts- und Wahrheitspflicht, die sich laut EGMR aus der Schrankenbestimmung des Art. 10 Abs. 2 EMRK ergeben soll.<sup>680</sup> Die nachträgliche Untersagung von bewusst oder erwiesen unwahren Behauptungen kann in der demokratischen Gesellschaft grundsätzlich als notwendig erachtet werden.<sup>681</sup> Dabei erkennt er aber auch die heute vorherrschenden, vom Konkur-

<sup>678</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 6. Mai 2003, Nr. 48898/99, Rn. 44 f. – Perna ./ Italien; Urteil der Großen Kammer vom 28. September 1999, Nr. 28114/95, Rn. 49 f. – Dalban ./ Rumänien; Urteil vom 26. Februar 2002, Nr. 29271/95, Rn. 40 – Dichand u. a. ./ Österreich; Urteil vom 28. März 1990, Nr. 10890/84, Rn. 55 – Groppera ./ Schweiz. Allgemein *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 25, Rn. 31. Dabei gelten für alle Medienfreiheiten dieselben Maßstäbe, vgl. EGMR (GK) NStZ 1995, 237, 238 Rn. 31 – Jersild ./ Dänemark.

<sup>679</sup> EGMR, Urteil vom 24. Januar 2017, Nr. 64746/14, Rn. 36 – Travaglio ./ Italien; Urteil vom 19. April 2011, Nr. 3316/04, Rn. 50 – Bozhkov ./ Bulgarien; Entscheidungen vom 10. März 2009, Nr. 3002/03, Nr. 23676/03, Rn. 42 – Times Newspaper Ltd. ./ Vereinigtes Königreich. So auch EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 20. Mai 1999, Nr. 21980/93, Rn. 64 – Bladet Tromsø and Stensaas ./ Norwegen; Urteil der Großen Kammer vom 27. März 1996, Nr. 17488/90, Rn. 48 – Goodwin ./ Vereinigtes Königreich.

<sup>680</sup> Vgl. EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 6. Mai 2003, Nr. 48898/99, Rn. 44 f. – Perna ./ Italien; Urteil der Großen Kammer vom 28. September 1999, Nr. 28114/95, Rn. 50 – Dalban ./ Rumänien.

<sup>681</sup> So vor allem für die „*category of clearly established historical facts – such as the Holocaust*“, die nach der Rechtsprechung des EGMR unter Art. 17 EMRK zu subsumieren seien, wobei dennoch der Hinweis auf die Schranken und die Notwendigkeit der Beschränkung in der demokrati-

renzdruck geprägten journalistischen Arbeitsbedingungen an, die er konsequenterweise in die jeweilige Güterabwägung einstellt.<sup>682</sup> Eine Wahrheitspflicht mit Auswirkungen auf den Schutzbereich des Art. 10 Abs.1 EMRK besteht jedenfalls nicht.

(iv) Ergebnis: Wahrheitspflicht für Medien

Eine absolute Wahrheitspflicht vertritt keiner der Ansätze. Das BVerfG beantwortet die Frage der Schutzbereichseröffnung wiederum anhand seiner „Beitragsformel“, der EGMR vertritt grundsätzlich eine Rechtfertigungslösung und verlagert Fragen des „*responsible journalism*“ auf die Ebene der Abwägung.

bb) Subsumtion der Verbreitung von „Fake News“ anhand der dargestellten Maßstäbe

Die Erkenntnisse zur Wahrheitspflicht als Schutzbereichsvoraussetzung ermöglichen eine Antwort auf die Frage, ob „Fake News“ von den Medienfreiheiten geschützt werden.

(i) Bundesverfassungsgericht

Das BVerfG eröffnet nach seinen Maßstäben an die „Beitragsformel“ den Schutzbereich der Mediengrundrechte grundsätzlich nicht für rein objektive, bewusst und erwiesen unwahre Tatsachenmitteilungen, mithin nicht für wertfreie „Fake News“. Kann einer solchen Tatsachenbehauptung im Wege der Auslegung eine Wertung entnommen werden, greifen die Medienfreiheiten ein. Deshalb wird der Beitrag zur Meinungsbildung für Missinformation angenommen und der Schutzbereich eröffnet; die konkreten Umstände werden in der Güterabwägung relevant. Das BVerfG erklärt, dass grundsätzlich bereits der Auswahl von Angeboten und der Präsentationsweise eine Tendenz entnommen werden kann, so dass letzterer Fall die Regel darstellen dürfte.<sup>683</sup>

(ii) EGMR

Der EGMR eröffnet hingegen bei der Kundgabe aller Arten von „Fake News“, ob rein objektiv oder wertend, den Schutzbereich der Medienfreiheiten. Auch wenn die Desinformationsverbreitung unter Umständen die Missbrauchsklausel des Art. 17

---

schen Gesellschaft erfolgt, vgl. EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 23. September 1998, Nr. 24662/94, Rn. 38, Rn. 47 – Lehideux und Isorni ./ Frankreich: Unzulässigkeitsentscheidung vom 13. Dezember 2005, Nr. 7485/03, Rn. 3 f. – Witzsch ./ Deutschland; NJW 2004, 3691, 3693 – Garaudy ./ Frankreich. Siehe auch *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar, Kap. 18 Rn. 25, Rn. 126.

<sup>682</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 16. Juni 2015, Nr. 64569/09, Rn. 142 – Delfi AS ./ Estland; Entscheidungen vom 10. März 2009, Nr. 3002/03, Nr. 23676/03, Rn. 45 – Times Newspaper Ltd. ./ Vereinigtes Königreich.

<sup>683</sup> Vgl. zu den Maßstäben BVerfGE 59, 231, 258 – WDR; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

EMRK aktivieren könnte, ist dennoch der Schutzbereich eröffnet. Art. 17 EMRK wirkt sich nach jüngerer Rechtsprechung erst im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung aus.<sup>684</sup>

cc) Stellungnahme zum differenten Schutz von „Fake News“

Das BVerfG beantwortet die Frage, ob wertfreie „Fake News“ dem Schutzbereich der Medienfreiheiten unterstehen, anders als der EGMR, weshalb sich die Frage aufdrängt, welche Methode zu einem angemessenen Schutz führt. Das bereits gefundene Ergebnis zur Einbeziehung von Desinformation in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ergab, dass der Schutzbereich extensiv im Sinne einer Mitteilungsfreiheit verstanden werden muss.<sup>685</sup> Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, kann sich für die Medienfreiheiten nichts Anderes ergeben. Sie verstärken schließlich die Meinungsfreiheit. Auch sie sollen die individuelle Selbstverwirklichung ermöglichen, was auch durch bewusste mediale Falschdarstellung geschehen kann. Nur dieses Verständnis wird der negativen Freiheitsdogmatik gerecht. Zwar sind Tatsachenmitteilungen grammatikalisch nicht *expressis verbis* von der Pressefreiheit geschützt. Gleichwohl unterfallen sie ihr nach Ansicht des BVerfG aufgrund ihrer meinungsbildenden Funktion im Verfassungsgefüge.<sup>686</sup> Der Schutz der Rundfunkfreiheit erfasst Tatsachenäußerungen bereits grammatikalisch durch den Terminus der „Berichterstattung“. Dass aber allein wahre Information geschützt sei, ergibt sich weder unmittelbar aus dem Grundgesetz selbst noch aus individualrechtlichen Erwägungen.<sup>687</sup> Andernfalls wäre das Grundrecht nicht mehr zweckfrei – dass Mediengrundrechte zur Meinungsbildung führen, ihr *de facto* dienen, ist ein kausaler Wirkungszusammenhang und lässt aus ihnen keine Funktionsgrundrechte werden. Selbst wenn man die Wirkmacht der Medien als Argument zugunsten einer wahren Informationstätigkeit entgegenhält, muss nach hier vertretener Ansicht die pauschale Annahme bestritten werden, dass unwahre Tatsachenbehauptungen keinen Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung leisten könnten.<sup>688</sup> Im Übrigen besteht die Möglichkeit, dass sich Desinformation aufgrund der Vielzahl von Marktteilnehmern im Bereich der Online-Medien eigenständig dadurch korrigiert, dass weit überwiegend der Wahrheit entsprechende Inhalte verbreiten werden. Eine mit anderen schutzbereichsausschließenden Verhaltensweisen vergleichbare Gefährdung für die Meinungsbildung, wie etwa bei der Verwendung außerargu-

<sup>684</sup> Siehe Abschnitt „Art. 17 EMRK zwischen Nichtanwendungs- und Rechtfertigungsmodell“ unter Punkt C. III. 2. c) bb) (iii) (2).

<sup>685</sup> Siehe Abschnitt „Ergebnis: Stellungnahme zum differenzierten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (vii).

<sup>686</sup> Siehe ständige Rechtsprechung BVerfGE 66, 116, 133 – Springer/Wallraff; 10, 118, 121 – FDJ.

<sup>687</sup> In diese Richtung *W. Thieme*, DÖV 1980, S. 150. Anders zu deuten wohl *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 37, der auf eine herausgehobene Bedeutung der Berichterstattung erkennt.

<sup>688</sup> Siehe Abschnitt „Kritik an der Konsistenz der „Beitragsformel“ und ihrer Ergebnisse“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (4). Ähnlich auch *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 36 ff.

mentativer Druckmittel<sup>689</sup>, kann nicht pauschal angenommen werden. Auch wenn Mediengrundrechtsträgern eine besondere Verantwortung zukommt, verpflichten Grundrechte ihre Träger nicht, sondern berechtigen sie. Würde man anhand der Verletzung von journalistischen Sorgfaltspflichten Schutzbereichspräklusionen vornehmen, drohen grundrechtsfreie Räume zu entstehen. Dies widerspräche dem Grundanliegen der Kommunikationsfreiheiten.

Den Schwierigkeiten, wie der Berücksichtigung konkreter Umstände, die Aufstellung eines konkreten Sorgfaltsmaßstabs und dessen Einhaltung sowie die Wirkung des jeweiligen Mediums und den widerstreitenden Interessen Dritter, wie der Meinungsbildung, kann auf Rechtfertigungsebene flexibler begegnet werden.<sup>690</sup> Die Rechtfertigungslösung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich sowohl für die Presse- als auch für die Rundfunkfreiheit angezeigt, da sich die Rundfunkfreiheit nur auf die institutionelle Ausgestaltung bezieht, nicht aber auf die Beschränkung subjektiver Rechte – Letzteres bestimmt sich nach der freiheitlichen Dogmatik grundsätzlich anhand der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG.<sup>691</sup> Demgemäß ist der Ansatz des EGMR, auch die Verbreitung von Desinformation in den Schutzbereich der Medienfreiheiten einzubeziehen, vorzugswürdig.

dd) Ergebnis: Geschütztes Verhalten

Eine schutzbereichsversperrende Wahrheitspflicht besteht nach meinem Dafürhalten nicht. Auch die Verbreitung wertfreier „Fake News“ wird von den Medienfreiheiten geschützt.

*d) Ergebnis: Materieller Schutzbereich der Mediengrundrechte*

Die Mediengrundrechte müssen nicht zuletzt wegen des technischen Fortschritts speziell im Kontext der Digitalisierung und der telemedialen Konvergenzen entwicklungs- und technikoffen ausgelegt werden; einer besonderen Internetfreiheit bedarf es nicht. Das einschlägige Mediengrundrecht bestimmt sich nach einer Funktions- und Gefahrenbetrachtung, die sich am Erscheinungsbild des speziellen Medienangebotes orientiert. Letzteres impliziert die Gefahren, die von ihm für die Meinungsbildung ausgehen und gibt ein Indiz über die Zuordnung in das Regulierungsregime. Für die Abgrenzung der Medien- zur Meinungsfreiheit ist das

<sup>689</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Anwendung außerargumentativer Druckmittel“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (3).

<sup>690</sup> So ausdrücklich BVerfGE 91, 125, 135 – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal: „Die geschilderten Gefahren können vielmehr nur weitergehende Beschränkungen des Grundrechts, nicht aber eine Verengung seines Schutzzumfangs rechtfertigen.“ Ähnlich auch schon BVerfGE 85, 386, 397 – Fangschaltung.

<sup>691</sup> Vgl. zur Ausgestaltung BVerfGE 73, 118, 157 – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen; 57, 295, 322 f. – FRAG; Bullinger, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 163 Rn. 121 ff.; Wendt, in: v. Münch/Kunig I, Art. 5 Rn. 50; Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 66, Rn. 191. Zur Differenzierung von Eingriff und Ausgestaltung, vgl. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 96 ff.; Mager, Einrichtungsgarantien, S. 262 f.

Merkmal der journalistisch-redaktionellen Gestaltung geeignet. Der Verhaltensschutz bestimmt sich grundsätzlich anhand der verfassungsrechtlichen Funktion des Mediums. Nach dem hier präferierten Ansatz muss der sachliche Schutzbereich der Medienfreiheiten auch für wertfreie „Fake News“ offenstehen.

#### **4. Ergebnis: Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne**

Der persönliche Schutzbereich steht jeder natürlichen Person sowie nichtstaatlich beherrschten, juristischen Person mit Sitz in der EU offen. Der sachliche Schutz der Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne ist extensiv im Sinne von „Mitteilungsfreiheiten“ auszulegen. Auch die Verbreitung von „Fake News“ unterfällt deshalb den zweckfreien Schutzbereichen, ohne aber einen absoluten Schutz zu manifestieren.

## **IV. Neuere Arten der Online-Kommunikation und ihre grundrechtliche Verortung**

Häufig stehen neue technische Verhaltensweisen der Kommunikation und ihrer Vermittlung im Zusammenhang mit der Desinformationsverbreitung. Deshalb muss hinterfragt werden, ob auch sie unter die Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinne fallen. Dabei soll sowohl die Vermittlungstätigkeit von Informationsintermediärdiensten (1.) als auch die Aussagenverbreitung über „Social Bots“ (2.) überprüft werden.

### **1. Informationsintermediärtätigkeiten**

Als Intermediäre sind diejenigen Dienste zu verstehen, die Angebote und Beiträge Dritter an einen Rezipienten aufgrund einer Auswahlentscheidung vermitteln.<sup>692</sup> Hierzu zählen insbesondere soziale Netzwerke, Videosharing-Dienste und Suchmaschinen. Es muss geklärt werden, ob und wie weit sich die Betreiber dieser Dienste auf die Kommunikationsgrundrechte berufen können.

<sup>692</sup> LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 251, 254; Paal, MMR 2018, S. 568. Offener noch Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 19; Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Zwischenbericht vom Dezember 2015, S. 41; *dies.*, Bericht vom Juni 2016, S. 31; Müller-Terpitz, AfP 2017, S. 380.

*a) Persönlicher Schutzbereich*

Der persönliche Schutz der Kommunikationsgrundrechte steht privaten, staatsfreien Informationsintermediären grundsätzlich offen. Handelt es sich bei den Betreibern um juristische Personen, gilt Art. 19 Abs. 3 GG. Hinsichtlich der Eröffnung im Einzelnen sei auf die obigen Ausführungen zum persönlichen Schutzbereich verwiesen.<sup>693</sup>

*b) Sachlicher Schutzbereich*

In sachlicher Hinsicht ist relevant, ob der Vermittlungsakt einer der Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (aa)) oder der Meinungsfreiheit (bb)) unterfällt.

## aa) Medienfreiheiten, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Eine eigene Intermediärsfreiheit besteht nach der Konzeption des Grundgesetzes nicht. Dennoch ähnelt die Vermittlungstätigkeit der Informationsintermediäre auf den ersten Blick der Verbreitungsweise der klassischen Massenmedien, die ihre Gedankeninhalte breitenwirksam an viele Rezipienten publizieren (sog. „*One-to-Many*“-Kommunikation).<sup>694</sup> Nach der veralteten, bloß am Verbreitungsweg orientierten Medienabgrenzung könnte der Intermediärdienst als Rundfunk qualifiziert werden, was jedoch dem dynamischen Auslegungserfordernis der mediengrundrechtlichen Schutzbereiche nicht Rechnung trüge.<sup>695</sup> Wendete man die hier vertretene Abgrenzung nach dem Erscheinungsbild eines Mediums an, so ergäbe sich aber auch kein klares Ergebnis, unter welche Freiheit die Vermittlungstätigkeit fällt. Denn die Vermittlung kann auf unterschiedliche Weise vorgenommen werden: Entweder wird in der Ausgabemaske eine Liste von Angeboten erstellt, die zu einem bestimmten Suchbegriff als Ergebnis ermittelt wurde, oder die Beiträge werden direkt inhaltlich einsehbar aufgereiht. Die vermittelten Angebote stellen in beiden Fällen Medienformen aller Art dar, sowohl audiovisuelle oder auch nur Lese- und Standbildmedien.

Die Vermittlungstätigkeit kann dabei keiner Verbreitung im medienrechtlichen Sinne gleichgesetzt werden. Medien charakterisieren sich gerade dadurch, dass zu meist eigene, unmittelbar wahrnehmbare Gedankeninhalte verbreitet werden oder solche, die sich das Medium zu eigen gemacht hat.<sup>696</sup> Dies tut der Informationsintermediär im Rahmen der bloßen Vermittlungsleistung nicht.<sup>697</sup> Vielmehr werden Informationsangebote Dritter auf Anfrage oder im persönlichen „Feed“ in gereihter Form weitergegeben, die zum jeweiligen Zeitpunkt abhängig vom Algorithmus als relevant erachtet werden. Diese aufgereihten Inhalte stellen aber erkennbar keine

<sup>693</sup> Siehe Abschnitt „Persönlicher Schutzbereich“ unter Punkt C. III. 1.

<sup>694</sup> Ausführlich *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 77 f., S. 79 ff. m. w. N.

<sup>695</sup> Siehe Abschnitt „Internetfreiheit und Medienfreiheiten im Internet“ unter Punkt C. III. 3. b). Vgl. auch ohne nähere Begründung BVerfGE 152, 152, 193 f. Rn. 94 f. – Recht auf Vergessen I.

<sup>696</sup> Anders offenbar *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 86 f.

<sup>697</sup> Vgl. nur BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

eigenen dar oder solche, die sich der Dienst zu eigen gemacht hätte. Ein Vermittlungsdienst kann damit nicht als eigenständiges Medium, sondern vielmehr als Infrastruktur oder Hilfestellung für das Auffinden von Informationen im Internet qualifiziert werden. Dabei kommt ihm gleichwohl eine tragende Funktion für die Meinungsbildung im Internet zu. Über seine Informationsausgabe, insbesondere über die Reihung, schwingt er sich zum „Gatekeeper“ der Informationswahrnehmung im fragmentierten Internet auf. Er bestimmt mithin zumindest mittelbar, welche Informationen wahrgenommen werden. Er wird damit rundfunkrechtlich gesprochen zum „Faktor der Meinungsbildung“.<sup>698</sup> Das allein bedingt aber keine Zuordnung unter den Schutz einer der Medienfreiheiten.<sup>699</sup>

bb) Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG

Die Vermittlungstätigkeit könnte von der Meinungsfreiheit geschützt sein, wenn die Programmierung des Algorithmus eine dem Intermediär zurechenbare, antizipierte (i) Meinungsäußerung (ii) darstellt. Zudem wird untersucht, ob der Intermediär sich durch Handeln außerhalb der Vermittlungstätigkeit auf die Meinungsfreiheit berufen kann (iii) und wie die „Fake News“-Vermittlung (iv) grundrechtlich geschützt ist. Nicht Gegenstand dieser Betrachtung ist die kommerzielle Kommunikation von Intermediären.<sup>700</sup>

(i) Der automatisierte Vermittlungsvorgang als Kommunikationsakt des Intermediärs

Die Informationsvermittlung verläuft ohne ein eigenständiges erneutes Dazwischentreten des Anbieters auf Grundlage eines vorher angelegten Such- und Auswahlalgorithmus. Es stellt sich daher die Frage, ob die automatisierte Vermittlung ein Kommunikationsakt i. S. d. Art. 5 GG darstellt und sich der Vermittler überhaupt auf die automatisierte Vermittlungsleistung berufen kann. Nur dann wäre der Schutzbereich eröffnet. Eine verfassungsrechtliche Formel, wann eine antizipierte Äußerung besteht, findet sich weder im Grundgesetz noch in der Rechtsprechung

<sup>698</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 57, 295, 320 – FRAG; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>699</sup> Vgl. *Kühling*, ZUM 2021, S. 461. Aufgrund dieser Stellung den Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnend BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 37. Differenzierend zwischen verschiedenen Schwerpunktausrichtungen *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 107–113.

<sup>700</sup> Siehe zur verfassungsrechtlichen Einordnung eigener kommerzieller Kommunikation BVerfGE 102, 347, 359 – Benetton I; 30, 336, 352 – Sonnenfreunde. Dagegen zur Vermittlung von Drittwerbung den Schutz von Art. 5 GG ablehnend *Fechner*, in: Stern/Becker, GR-Kommentar, Art. 5 Rn. 360. Zur algorithmisierten Vermittlung (sog. „Programmatic Advertising“) *Hans/Ukrow/Knapp/Cole*, Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, S. 45 ff. Zum Rückgang statisch eingebetteter Werbeangebote und zum Vorrang dynamischer Werbeangebote, bei der eine Zielgruppe zur Vermittlung der Werbeanzeige klar eingegrenzt werden muss, vgl. Facebook, Ad-Targeting, auf: Facebook.com.



des BVerfG. Dem Verwender von technischen Mitteln, der sich auf die Meinungsfreiheit beruft, muss die „hilfsmittelgesteuerte“ Aussage zumindest zugerechnet werden können. Aber auch eine Zurechnungsnorm für ein über technische Hilfsmittel ausgeübtes grundrechtliches Verhalten findet sich in der Verfassung nicht.

(1) Kriterienkatalog für und gegen eine Zurechnung als antizipierte Aussage  
Es gilt daher Kriterien für und wider einer Zurechnung herauszuarbeiten.

(a) Eigenständige Handlung auf Grundlage antizipierter, intellektueller  
Eigenleistung

Maßgeblich für eine Zurechnung erscheint zunächst, ob es sich bei der Aussage um eine eigenständige Handlung auf Grundlage einer intellektuellen Eigenleistung handelt, die lediglich zeitlich vorgelagert vorgenommen wurde. Insoweit spricht für eine Zurechnung einerseits, dass der Intermediär die Leistung eigenständig anbietet und damit grundsätzlich auch für sein Angebot verantwortlich sein muss.<sup>701</sup> Dagegen wird jedoch angeführt, dass es gerade an einer willentlichen und eigenständigen Handlung des Intermediärs fehle.<sup>702</sup> Die Auflistung der Ergebnisse sei ein rein automatisierter Vorgang, der nicht auf einer intellektuellen Eigenleistung eines Individuums basiere.<sup>703</sup> Dem muss jedoch entgegnet werden, dass der Algorithmus zumeist durch den Betreiber programmiert wurde und ständig verändert wird.<sup>704</sup> In dieser Programmierung oder kontinuierlichen Veränderung des Algorithmus liegt eine intellektuelle Eigenleistung, durch welche die Auswahlkriterien festgelegt werden, anhand derer Suchergebnisse zustande kommen. Zwar listet der Betreiber die Ergebnisse nicht eigenhändig auf und nimmt deshalb nicht jedes Mal aufs Neue eine eigene Suche sowie Auswahl vor. Dies unterscheidet die automatisierte Vermittlungsleistung von ihrer händischen Variante, die von der Meinungsfreiheit geschützt ist.<sup>705</sup> Jedoch hat der Intermediär die abstrakten Rahmenbedingungen bereits antizipiert in dem Algorithmus determiniert, indem er Faktoren festgelegt hat, die die Relevanz des Inhalts im selektierten Anzeigenquorum bemessen.<sup>706</sup> In diesem Festlegen sowie in den Veränderungen liegen antizipierte Leistungen, die sich in den folgenden Vermittlungen perpetuieren. Dies spricht klar für eine Zurechnung.

<sup>701</sup> In diese Richtung BGHZ 185, 291, 298 Rn. 20; *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, S. 185.

<sup>702</sup> *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 246.

<sup>703</sup> OLG Hamburg MMR 2007, 315, 315 – Haftung für Google-Snippets.

<sup>704</sup> Vgl. *Körber*, WRP 2012, S. 671 zu den Veränderungen des *Google*-Suchalgorithmus 1–2x pro Tag. *Lewke*, InTer 2017, S. 210 f.

<sup>705</sup> Zum händisch erstellten Anwaltsranking, siehe BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 7. November 2002, – 1 BvR 580/02 –, juris, Rn. 8 ff.

<sup>706</sup> Siehe näher *Milstein*, CR 2013, S. 721. *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 71.

## (b) Effektive Kontrolle

Ferner ist das Kriterium der effektiven Kontrolle für die Zurechnung relevant. Selbst wenn der Intermediär den Algorithmus oder seine Veränderungen nicht selbst programmiert, arbeitet Letzterer in seinem Willen. Er macht ihn sich damit zu eigen und übt die Kontrolle über ihn, seine Updates sowie über die von ihm erfolgende Listung der Ergebnisse aus. Das Kriterium der effektiven Kontrolle dient dem BGH als wesentliches haftungsrechtliches Zurechnungsmerkmal antizipierter Äußerungen.<sup>707</sup> Im Umkehrschluss muss sich der Kontrollinhaber auch auf die grundrechtliche Äußerungsfreiheit berufen können.

## (c) Vergleich zu den Grundsätzen zur automatisierten Willenserklärung

Nach *Milstein/Lippold* hilft ferner ein Vergleich zu den Grundsätzen einer automatisierten Willenserklärung im Rahmen von Online-Auktionen, da sich diese Grundsätze auf die Konfiguration des Vermittlungsalgorithmus entsprechend übertragen lassen.<sup>708</sup> Danach liegt eine dem Erklärenden, Auktionsersteller oder Bieter, zurechenbare Willenserklärung unabhängig von ihrer Artikulation durch ein Programm vor, wenn der Vorgang von seinem Willen gesteuert wird.<sup>709</sup> Indem er eine Angebotsseite freischaltet, erklärt er ein rechtsverbindliches Angebot für den Abschluss eines Kaufvertrages nach § 433 BGB mit dem Höchstbietenden.<sup>710</sup> Entsprechendes gilt spiegelbildlich für den Bieter, der seine Annahme unter der auflösenden Bedingung eines höheren Angebotes erklärt, was automatisiert über Programme erfolgen kann.<sup>711</sup>

Die Konfiguration des Algorithmus zur Vermittlung von Inhalten durch den Intermediär kann nicht anders gewertet werden als das Freischalten der Angebots- oder einer daraufhin abgegebenen Annahmeerklärung im Rahmen einer *eBay*-Auktion. Denn auch dies geschieht in seinem Willen und ist ihm haftungsrechtlich zuzurechnen, so dass er sich im Umkehrschluss auch grundrechtlich auf seine algorithmisierten Erklärungen berufen können muss.

(2) Ergebnis: Der automatisierte Vermittlungsvorgang  
als eigener Kommunikationsakt

Die Zurechnung der Vermittlungsleistung zum Informationsintermediär gelingt; im Programmieren des Vermittlungsalgorithmus liegt eine antizipierte Äußerung.

<sup>707</sup> Vgl. BGHZ 185, 291, 298 Rn. 20.

<sup>708</sup> Ebd. m. w. N.

<sup>709</sup> BGH NJW 2002, 363, 365.

<sup>710</sup> Offengelassen in ebd., S. 364. Siehe aber BGH MMR 2015, 167, 168 Rn. 14; MMR 2014, 165 Rn. 28 ff.

<sup>711</sup> Zu Annahme siehe nur OLG Hamm, Urteil vom 10. Januar 2012, – I-4 U 145/11; OLG Oldenburg, Urteil vom 28. Juli 2005, – 8 U 93/05.

(ii) Vorliegen einer Meinungs- oder Tatsachenäußerung  
im Such- und Auswahlalgorithmus

Umstritten ist, ob die in dem Algorithmus enthaltene Äußerung als Meinung oder Tatsache qualifiziert werden muss. Nach hier vertretener Ansicht spielt dies auf Schutzbereichsebene keine Rolle, da von der Meinungsfreiheit umfasst sein soll, was dem Mitteilungsbedürfnis einer Person entspringt ungeachtet einer subjektiven oder rein objektiven Prägung. Gleichwohl könnte man auf Grundlage der „Beitragsformel“ des BVerfG zu abweichenden Ergebnissen gelangen, wenn es sich bei der Vermittlung um eine Tatsachenwiedergabe handelt, die keinen Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung leistet. Daher soll geklärt werden, ob dem Algorithmus nicht subjektive Wertungen zugrunde liegen, so dass der Meinungsschutz jedenfalls eröffnet wäre.

(1) Bestimmung nach dem objektiven Empfängerhorizont

Ob eine Meinung vorliegt, richtet sich weder allein nach der subjektiven Intention des Äußernden noch nach dem subjektiven Verständnis ihres Empfängers, sondern nach dem objektiven Sinn der Äußerung, der sich nach dem Horizont eines verständigen, durchschnittlichen und unvoreingenommenen Publikums – hier: dem herkömmlichen Rezipienten des Vermittlungsaktes – ergibt.<sup>712</sup> Eine vollkommen isolierte Betrachtung von Algorithmus und des auf ihm basierenden Vermittlungsakts ist daher nicht möglich. Auch eine isolierte Betrachtung verschiedener Bestandteile der Äußerung würde der Sinnermittlung nicht gerecht.<sup>713</sup>

(a) Argumente zugunsten einer Tatsachenbehauptung

Wie der Durchschnittsnutzer eines Informationsintermediärdienstes die Vermittlung auffasst, wird nicht einheitlich beantwortet. Zumindest für Suchergebnisse in Suchmaschinen wird argumentiert, dass die algorithmisierte Erstellung der Suchergebnisse schon dem Willen der Suchmaschinenbetreiber zufolge nur auf Grundlage objektiver, nicht subjektiv-wertender Kriterien erfolge.<sup>714</sup> An dieser Argumentation stört, dass es für die verfassungsrechtliche Einstufung gerade nicht allein auf die Bedeutung der Aussage ankommt, die der Äußernde ihr zuschreibt, sondern der verständige Durchschnittsrezipient ihr beimisst.

Nach den Oberlandesgerichten Hamburg und München sei dem verständigen Nutzer einer Suchmaschine schon aufgrund ihres Namens luzide, dass ihr Betreiber mit der Vermittlung keine eigene Aussage treffen wolle, sondern sie vielmehr als Verifikator fremder Information zu bestimmten Suchbegriffen diene.<sup>715</sup> Diese Annah-

<sup>712</sup> BVerfGE 107, 275, 281 – Benetton II; 94, 1, 9 – DGHS; 93, 266, 295 f. – „Soldaten sind Mörder“.

<sup>713</sup> Siehe Abschnitt „Untrennbarkeit“ unter Punkt C. III. 2. c) aa) (i) (1) (a).

<sup>714</sup> *Nolde/Siebers*, Sperrverfügungen im Internet, S. 66 f.

<sup>715</sup> Vgl. BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain; OLG München

me ähnelt der Argumentation des BVerfG in der Entscheidung zu *Warnhinweisen für Tabakerzeugnisse*<sup>716</sup>. In ihr stellt es klar, dass eine fremde und keine eigene Meinung vorliegt, wenn erkennbar ist, dass es sich bei publizierten Aussagen um Inhalte von Dritten handelt.<sup>717</sup> Die von Intermediären aufgelisteten Beiträge sind regelmäßig als fremde Kommunikationsinhalte zu qualifizieren. Danach könnte die Erzeugung der Suchergebnisliste in ihrer Reihung als eigene Tatsache angesehen werden, da ein Algorithmus eine bloß objektive Rechenoperation darstellt, die den nutzergenerierten Input in einen gereihten Output umwandelt.<sup>718</sup> Vor allem, wenn die Reihung nur anhand von objektiven Kriterien, wie beispielsweise dem *PageRank*-Verfahren<sup>719</sup>, erfolgt, liegt die Objektivität dieses Verfahrens nahe. Telemediale Suchergebnisse würden dann schließlich nur anhand ihrer erreichten Besuchszahlen gereiht.

(b) Argumente zugunsten einer Meinung

Allerdings hat das BVerfG in einem Beschluss vom 7. November 2002 entschieden, dass in dem redaktionellen Erstellen einer Rangliste grundsätzlich eine subjektive Wertentscheidung abgegeben wird.<sup>720</sup> Schließlich werden Kriterien ausgewählt, anhand derer die Platzierungen erfolgen. Diese Auswahl ist stets subjektiv.<sup>721</sup> Denn auch die *„Fundierung der Wertungen in tatsächlichen Erhebungen ändert [...] nichts daran, dass Werturteile formuliert werden“*<sup>722</sup> und eben keine Tatsachen. Mit anderen Worten manifestiert sich in der Auswahl eines Kriteriums zur Erstellung des Reihungoutputs eine subjektive Entscheidung des Betreibers. Diese im Algorithmus getroffene Vorabbewertung des Intermediärs offenbart sich in jedem seiner Vermittlungsakte, selbst wenn er mit der Kriterienselektion eine objektiv-neutrale Betrachtung bezweckt und mit der Vermittlung Neutralität suggerieren will.<sup>723</sup> Diese kann niemals rein objektiv sein, was auch einem verständigen Empfänger einleuchten dürfte.<sup>724</sup>

Heute ordnen die Vermittlungsdienste die Informationen insbesondere nach dem Kriterium der Relevanz, wobei sich diese aus unterschiedlichen, eigens vom Intermediärdienst ausgewählten Parametern zusammensetzt, worin sich die Sub-

MMR 2012, 108, 109; OLG Hamburg MMR 2011, 685, 686; MMR 2007, 315, 315; *Noldel/Siebers*, Sperrverfügungen im Internet, S. 67.

<sup>716</sup> BVerfGE 95, 173 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

<sup>717</sup> Ebd., S. 182 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

<sup>718</sup> *Cormen/Leiserson/Rivest/Stein*, Algorithms, S. 5; *Peifer*, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedtcke/Lehmann, FS Schricker, S. 146.

<sup>719</sup> Zum PageRank-Verfahren siehe Abschnitt „Algorithmisierte Informationsselektion seitens des Informationsintermediärs“ unter Punkt B. V. 1. a).

<sup>720</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. November 2002, – 1 BvR 580/02 –, juris, Rn. 8 f. So richtigerweise auch *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, S. 185.

<sup>721</sup> BVerfG, ebd. So auch BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II. Vgl. die Ähnlichkeit zu BVerfGE 59, 231, 258 – WDR; 12, 205, 260 – Deutschland-Fernsehen.

<sup>722</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. November 2002, – 1 BvR 580/02 –, juris, Rn. 9.

<sup>723</sup> So auch *E. Goldman*, Yale Journal of Law and Technology Vol. 8 (2006), S. 189, S. 192.

<sup>724</sup> So nun grundsätzlich auch BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II.

ektivität verstärkt ausdrückt. Die Bemessung von Relevanz selbst ist dabei weder vollständig dem Wahrheitsbeweis zugänglich, noch lässt sie sich mit empirischen und naturwissenschaftlichen Erfahrungssätzen eindeutig bemessen und ist damit stets subjektiv und damit Werturteil.<sup>725</sup> Konkret ergibt sich die Relevanz von Vermittlungsangeboten in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten vorwiegend aus den persönlichen Präferenzen des jeweiligen Nutzers; Suchmaschinen reihen kumulativ auf Grundlage von subjektiven, wie beispielsweise den im *Cache* befindlichen bereits aufgerufenen Angeboten, sowie objektiven Merkmalen, wie den Besuchszahlen eines Angebots in Relation zu anderen Vergleichsangeboten.<sup>726</sup> Die Suchergebnisse ergeben sich also nicht mehr allein auf Grundlage des reinen *PageRank*-Verfahrens.<sup>727</sup> Aber selbst diesem auf den ersten Blick objektiv anmutenden Verfahren liegt die Betreiberwertung zugrunde, dass Angebote anhand ihrer Klickzahlen gelistet werden. Spezifisch für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste könnte zwar noch eingewendet werden, dass sich die präsentierten Beiträge aus den Nutzervorlieben ergeben, der Nutzer folglich selbst gewisse Tendenzen in seinem Verhalten manifestiert und ihm deshalb die Beiträge zukommen. Aber auch hierunter verbirgt sich die ursprüngliche Wertentscheidung des Dienstbetreibers in Bezug auf die Vermittlung. Ferner gilt der Schutz der Meinungsfreiheit auch für denjenigen, der zwar nicht selbst Meinungen kundtun, aber einen Raum eröffnet, in dem der Meinungs austausch ermöglicht wird, was für den Schutz durch die Meinungsfreiheit vor allem im Hinblick auf soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste spricht.<sup>728</sup> Die in Bezug auf die Annahmen der Oberlandesgerichte Hamburg und München und zugunsten einer Tatsachenbehauptung angeführte Rechtsprechung zu *Warnhinweisen für Tabakerzeugnisse* lässt sich nicht ohne weiteres auf die vorliegende Konstellation übertragen, weil dort ein staatlicher Eingriff in Form von Aufdrucken über die Schädlichkeit des Tabakkonsums in die negative Meinungsfreiheit aller Tabakerzeugnisproduzenten in Streit stand. Hierbei hatten die Tabakerzeuger keine Wahl. Vorliegend handelt es sich hingegen um die Ausübung der positiven Meinungsäußerungsfreiheit, wobei es jedem Intermediär offensteht, die Kriterien für die Informationsvermittlung und -reihung selbst festzulegen, wodurch sich der Subjektbezug als Ausdruck der eigenen Meinung des Intermediärs grundsätzlich ergibt.

<sup>725</sup> Vgl. hierzu auch US District Court for the Western District of Oklahoma, *Search King vs. Google Technology Inc.* Case No. CIV-02-1457-M; US District Court for the Northern District of California, *KinderStart.com LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF; *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, S. 185 m. w. N.

<sup>726</sup> Siehe nur Google, Startleitfaden zur Suchmaschinenoptimierung (SEO), auf: Support.Google.com. Vgl. Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, *Der rechtliche Rahmen für Video-sharing-Plattformen*, S. 11.

<sup>727</sup> Zu den mathematischen Grundlagen und Entwicklungen, siehe *Haenelt*, *PageRank: Der Google-Ranking-Algorithmus*, S. 3 ff.

<sup>728</sup> Vgl. beispielsweise BGHZ 181, 328, 341, Rn. 37 – „spickmich.de“.

(2) Stellungnahme zum Schutz des Vermittlungsaktes durch die Meinungsfreiheit  
 Vermittlungstätigkeiten eines Intermediärs können daher als eine ihm zurechenbare Meinungskundgabe der Meinungsfreiheit unterstehen. Allerdings ließe diese Ansicht den Zweck der Vermittlung vollständig außer Acht. Hierbei ist maßgeblich auf das Geschäftsmodell des Intermediärs im konkreten Fall abzustellen. Ist die Vermittlung danach bloß darauf gerichtet, die potentiellen Interessen seiner Nutzer unabhängig von bestimmten Meinungen möglichst weitgehend zu befriedigen, um damit eine Dienstleistung im wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens so attraktiv wie möglich zu gestalten, will der Intermediär gerade keine eigene Meinung zum Ausdruck bringen.<sup>729</sup> Daher hat das BVerfG jüngst in seinem Beschluss zum *Recht auf Vergessen II* einem Intermediärdienst den Schutz durch die Meinungsfreiheit im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zurecht unter der Begründung versagt, dass der Intermediär trotz der Subjektivität seiner Vermittlungsleistung nicht die Verbreitung bestimmter Meinungen bezwecke.<sup>730</sup> Soweit sich der Intermediär die Tendenzen der von ihm vermittelten Inhalte nicht zu eigen macht, handelt es sich nicht um seine eigenen. Das BVerfG geht insoweit mit der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte München und Hamburg davon aus, dass auch der Durchschnittsrezipient nicht von einer Meinungskundgabe durch den Intermediär ausgehen wird. Auch seine Stellung als „unverzichtbare Mittelsperson“ für den Meinungsaustausch ändert hieran nichts.<sup>731</sup>

Aus diesen Gründen hat das BVerfG die Intermediärstätigkeit zurecht allein dem Schutz der Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zugeordnet.<sup>732</sup>

Dies bedeutet indes nicht, dass sich ein Intermediär bei der Vermittlung nie auf die Meinungsfreiheit berufen könnte. Die Entscheidungsgründe des Beschlusses statuieren weder einen allgemeingültigen Grundsatz, dass das Geschäftsmodell eines jeden Intermediärs nicht die Verbreitung bestimmter Meinungen bezwecken könnte, noch schließen sie aus, dass sich entsprechende Geschäftsmodelle verändern oder sich Intermediäre die Aussagen der von ihm vermittelten Drittangebote zu eigen machen könnten. In aller Regel dürfte aber praktisch ein bloß gewinnorientiertes Verhalten des Intermediärs vorliegen, so dass die Meinungsfreiheit für die Vermittlungsleistung selbst nur in atypischen Fällen eröffnet sein wird. Dieser praxisgerechten Annahme soll hier gefolgt werden.

### (iii) Schutz von Meinungsäußerungen unabhängig von der Vermittlung

Ungeachtet seiner Vermittlungstätigkeit kann ein Intermediär eigene Meinungen dadurch artikulieren, dass er etwa in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen festlegt, welche Verbreitung von Äußerungen er nicht duldet und die Möglichkeit des

<sup>729</sup> BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II.

<sup>730</sup> Ebd.; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

<sup>731</sup> Anders aber BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 37.

<sup>732</sup> Im Fall Art. 16 GrCh, vgl. ebd, S. 256 f. Rn. 103 f. – Recht auf Vergessen II.

Entfernens entsprechender dennoch geäußelter Inhalte vorsieht.<sup>733</sup> Diese unter dem Stichwort der Gemeinschaftstandards (Community Standards) diskutierte Praxis findet vor allem in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten statt. Ein solches Vorgehen untersteht dem Schutz der Meinungsfreiheit.<sup>734</sup> Dies gilt aber nur, soweit der Dienst hiermit tatsächlich seinen eigenen Standpunkt kundtun will und nicht aus rein ökonomischen Rationalitäten löscht.<sup>735</sup>

#### (iv) "Fake News" und Intermediärstätigkeit

Entsprechend der obigen Annahmen werden „Fake News“-Angebote zwar durch Intermediärdienste vermittelt. Die Inhalte der Drittangebote selbst sind aber grundsätzlich nicht Teil der Meinungsäußerung des Intermediärs, da es sich für den objektiven Empfänger erkennbar nicht um eine eigene Aussage des Intermediärs handelt. Da seine Vermittlungstätigkeit aber zumindest als Hilfsleistung bei der Ausübung der Kommunikationsfreiheiten seiner Nutzer lanciert, nimmt sie als solche am Grundrechtsschutz seiner Nutzer teil.<sup>736</sup>

#### cc) Ergebnis: Sachlicher Schutzbereich

Die Vermittlungstätigkeit der Informationsintermediäre untersteht in praxisgerechter Auslegung nicht dem Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten. Zwar liegt in der Programmierung des Such-, Auswahl- und Filteralgorithmus eine antizipierte Meinungsäußerung des Intermediärs, auf die er sich grundrechtlich berufen könnte, da die Kriterienauswahl für die Anordnung automatisiert-vermittelter Information stets subjektiv ist. Jedoch will ein Intermediärdienst mit seiner Vermittlung grundsätzlich erkennbar nicht eigene Meinungen verbreiten, sondern seiner wirtschaftlichen Attraktivität wegen unabhängig von bestimmten Meinungen die potentiellen Interessen seiner Nutzer befriedigen. Deshalb sind auch vermittelte „Fake News“-Angebote nicht von seiner Meinungsfreiheit gedeckt. Anders wäre dies nur, wenn sich der Intermediär vermittelte Angebote ausdrücklich zu eigen macht oder er Eigenwerbung im Rahmen seines Dienstes verbreitet oder wenn er durch Gemeinschaftstandards kundtut, welche Äußerungen er in seinem Dienst nicht duldet.

<sup>733</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 74; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 86; BGH NJW 2012, 1725, 1726 Rn. 14 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 178.

<sup>734</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 74; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 86; *Elsaf/Labusga/Tichy*, CR 2017, S. 237; kritisch *Augsberg/Petras*, JuS 2022, S. 106.

<sup>735</sup> Vgl. hierzu etwa BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

<sup>736</sup> Vgl. auch BVerfGE 152, 216, 258 f. Rn. 106 ff. – Recht auf Vergessen II.



c) *Ergebnis: Informationsintermediärtätigkeiten*

Informationsintermediäre können sich in persönlicher, aber grundsätzlich nicht ohne weiteres in sachlicher Hinsicht auf die Meinungsfreiheit berufen.

## 2. Aussagenverbreitung via „Social Bots“

Ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Desinformationsverbreitung stellt der Einsatz von „Bot“-Programmen dar. Ohne dass sich bisweilen eine gefestigte Definition zu den „Social Bots“ etablieren konnte, handelt es sich dabei um Programme, die vor allem in sozialen Medien dazu eingesetzt werden, um voreingestellte Nachrichten und Meinungen zu verbreiten.<sup>737</sup>

a) *Persönlicher Schutzbereich*

„Bots“ sind als Computerprogramme nicht grundrechtsfähig.<sup>738</sup> Jedoch werden diese Programme – sofern nicht von staatlicher Seite bedient – von (inländischen) privaten Grundrechtsträgern eingesetzt, die die vorzunehmenden Kommunikationsakte konfigurieren. Sie können die Kommunikationsfreiheiten in persönlicher Hinsicht beanspruchen.<sup>739</sup>

b) *Sachlicher Schutzbereich*

Der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit wäre eröffnet, wenn in der Aussage des „Bots“ eine antizipierte Aussage des ihn verwendenden Grundrechtsträgers liegt (aa)), die Verwendung der „Bot“-Software als eine Täuschung über die Äußerungsmodalitäten nicht zum Ausschluss des Schutzes durch die Meinungsfreiheit führt (bb)) und keine anderen Gründe für einen Schutzbereichsausschluss vorliegen (cc)). Der sachliche Schutz der Meinungsfreiheit erstreckt sich nach der hier vertretenen Ansicht auch auf Desinformation.<sup>740</sup>

<sup>737</sup> Dankert/Dreyer, K&R 2017, S. 73; Steinbach, ZRP 2017, S. 102 mit Hinweis auf Woolley/Howard, International Journal of Communication 10 (2016), S. 4882 ff.; Milker, ZUM 2017, S. 216; Röttgen/Juelicher, DSRITB 2017, S. 228, siehe zu weiteren Einsatzweisen, S. 228 f.; Egli/Rechsteiner, AJP/PJA 2017, S. 249 f. m. w. N. Drexler, ZUM 2017, S. 532. Siehe ferner Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 4, S. 10.

<sup>738</sup> So auch Dankert/Dreyer, ebd., S. 75; Milker, ebd.

<sup>739</sup> Siehe Abschnitt „Persönlicher Schutzbereich“ unter Punkt C. III. 1.

<sup>740</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum differenten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) und Abschnitt „Ergebnis: Schutz von Tatsachenaussagen und -behauptungen“ unter Punkt C. III. 2. c) ee).

## aa) Antizipierte Aussage des „Bot“-Verwenders

Es ist zu klären, ob das Konfigurieren des „Bot“-Programmes in Bezug auf den zu verbreitenden Inhalt eine antizipierte Aussage des verwendenden Grundrechtsträgers darstellt.

## (i) Kriterienkatalog für und gegen eine Zurechnung als antizipierte Aussage

Hierfür gelten die oben herausgearbeiteten Zurechnungskriterien.<sup>741</sup>

## (1) Antizipierte intellektuelle Eigenleistung im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz

„Social Bots“ werden aufgrund ihrer automatisierten Verbreitungsweise teils unter dem Stichwort der „künstlichen Intelligenz“<sup>742</sup> (KI) diskutiert, was *prima facie* gegen eine Zurechnung sprechen könnte. Denn mit einer solchen Intelligenz wird oft verbunden, dass Programme eigenständige, von ihrem Verwender unabhängige Handlungen vornehmen können. Wenn sich allerdings herausstellt, dass diese Systeme intellektuelle Eigenleistungen des Verwenders lediglich reproduzieren, spräche dies für die Zurechnung.<sup>743</sup>

## (a) Definition von Künstlicher Intelligenz

Zunächst muss geklärt werden, was unter künstlicher Intelligenz („KI“) im Zusammenhang mit der „Bot“-Kommunikation zu verstehen ist. Dabei konnte sich bislang, insbesondere in der Rechtswissenschaft, keine einheitliche Definition der „KI“ etablieren.<sup>744</sup> Als künstlich intelligent gilt häufig pauschal alles, was softwaregestützt abläuft, also durch Algorithmen betrieben wird.<sup>745</sup> Algorithmen sind dabei nur vorprogrammierte Handlungsabläufe, mithin sich wiederholende Rechenoperationen.<sup>746</sup> Danach würde nahezu jedes programm-basierte Verhalten dem Begriff unterfallen, angefangen von der Wiederholung von einfachen Programmbefehlen

<sup>741</sup> Siehe Abschnitt „Kriterienkatalog für und gegen eine Zurechnung als antizipierte Aussage“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1).

<sup>742</sup> Zur Wortschöpfung siehe *A. M. Turing*, *Mind* 59 (1950), S. 433–460; *McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon*, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* (31. August 1955), S. 10. Zur Geschichte der „KI“ *Kaplan*, *Artificial Intelligence*, S. 13 ff., S. 39 ff. Zu den Unterschieden von „KI“ und „AI“ siehe *Görz/Nebel*, *Künstliche Intelligenz* (2015), *Grundriss/Einführung*.

<sup>743</sup> Siehe Abschnitt „Effektive Kontrolle“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1) (b).

<sup>744</sup> Vgl. *Pieper*, *InTer* 2018, S. 11; *Gesmann-Nuissl*, *InTer* 2018, S. 105; *Reichwald/Pfisterer*, *CR* 2016, S. 211; *Spindler*, *CR* 2015, S. 767. Den Begriff verwendend, ohne ihn zu determinieren BRReg, Eckpunkte der Bundesregierung für eine Strategie Künstliche Intelligenz (Stand 18. Juli 2018).

<sup>745</sup> Siehe beispielhaft die Ausführungen zu nichtlernfähigen „Social Bots“ bei *Lewke*, *InTer* 2017, S. 209 f. Diese undifferenzierte Handhabung erkennt auch *Gesmann-Nuissl*, *ebd.*

<sup>746</sup> So auch *Hoffmann-Riem*, *AöR* 142 (2017), S. 2 f.; *Pieper*, *DSRITB* 2017, S. 563 f. Zur Grundverschiedenheit von Algorithmen und KI siehe nur *Reichwald/Pfisterer*, *CR* 2016, S. 209.

bis hin zu selbstlernenden Maschinen. Die erheblichen Unterschiede zwischen diesen beiden Extremen und den dazwischenliegenden Formen, die nach einer differenzierten rechtlichen Herangehensweise verlangen, liegen auf der Hand.<sup>747</sup>

Schon nach dem grammatikalischen Verständnis von „künstlicher Intelligenz“ muss ein System mit einem eigenen Intellekt ausgestattet sein, der es ihm ermöglicht, bestimmte Aufgaben auf eigene Weise zu lösen. Denn eine Intelligenz beschreibt die Fähigkeit, abstrakt und vernünftig zu denken und daraus zweckvolles Handeln zu deduzieren.<sup>748</sup> Reagiert die Software nur auf einfache Programmbefehle und durchläuft dabei die vorbestimmten Handlungsoperationen, basiert der Output allein auf der Fremdbestimmung des Verwenders. Das System erbringt dabei keinerlei Eigenleistung, die es als intelligent qualifizieren ließe.

Maßgeblich für die Qualifikation einer künstlichen Intelligenz ist demnach, dass sich das Verhalten zum Erreichen eines vorgegebenen Ziels im Gegensatz zur beschriebenen „deterministischen“ Software gerade nicht mehr eindeutig vorhersagen lässt.<sup>749</sup> Eine solche Vorhersage ist nicht mehr eindeutig möglich, wenn das System lernfähig ist. So gelten vollständig autonome Systeme zwingend als künstlich intelligent, weil sie dynamisch agieren, eigenständig Kausalitätsketten in Gang setzen, Problemlösungen und Zielvorgaben selbstständig herbeiführen und Handlungen nach eigenem Ermessen ausüben können.<sup>750</sup> Dafür müssen sie über ein eigenständiges Reflexionsmanagement verfügen.<sup>751</sup>

Der Terminus der künstlichen Intelligenz lässt sich daher am ehesten mit der Lernfähigkeit eines Systems über- oder gleichsetzen. Diese Lernfähigkeit erlangen sie durch ihre sog. „implizite Programmierung“. Nach dieser „erlernt“ ihr Basisalgorithmus aus einem historisch gewachsenen Datensatz – seinem Gedächtnis – ein bestimmtes Verhalten, indem er Muster und Zusammenhänge zwischen den Inputdaten – seiner Erkenntnis- oder Informationsquelle – und dem zu erzeugenden Output erkennt und das „Erkannte“ in ein Verhalten transformiert.<sup>752</sup> Für den Input muss der Algorithmus auf (*gelabelte*) Daten zugreifen können, wofür die Digitalisierung und *Big Data* von kaum zu überschätzendem Wert sind.<sup>753</sup> Denn das Ergebnis des „künstlichen Denkprozesses“ ergibt sich aus dem beispiellos schnellen Abgleich der – aufgrund der Digitalisierung vorhandenen unüberschaubaren Men-

<sup>747</sup> So auch *Gesmann-Nuissl*, InTer 2018, S. 105.

<sup>748</sup> Vgl. Brockhaus, Enzyklopädie, Band 13, S. 376.

<sup>749</sup> Vgl. *Lippold/Nölscher*, JZ 2023, S. 513; *Gesmann-Nuissl*, InTer 2018, S. 106; *Wahlster*, Informatik-Spektrum 2017, S. 409; *Pieper*, DSRITB 2017, S. 557, S. 560, S. 562 f.; *Spindler*, CR 2015, S. 767 mit Hinweis auf *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, S. 228 und *Gleiß Weigend*, ZStW 126 (2014), S. 564 f. Im Umkehrschluss auch aus *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), S. 3.

<sup>750</sup> *Gesmann-Nuissl*, ebd.; *Pieper*, InTer 2018, S. 12; *Reichwaldl/Pfisterer*, CR 2016, S. 210 f. Siehe ferner aus informationstechnischer Perspektive *Wahlster*, ebd.

<sup>751</sup> Anschaulich auch zum menschlichen „PDCA-Zyklus“ siehe *Gesmann-Nuissl*, ebd. Zumindest als Teilbereich vollautonomer Systeme begreifend *Fettke*, MwStR 2018, S. 466.

<sup>752</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), S. 3; *Lewke*, InTer 2017, S. 208.

<sup>753</sup> Siehe Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksacke 18(24) 132, S. 1 (Frage 1); *Hoffmann-Riem*, ebd., S. 6 f. m. w. N.; *Keßler*, MMR 2017, S. 589 f.

ge an – zugriffsbereiten Daten.<sup>754</sup> Je häufiger eine Struktur (ein Muster) erkannt wird, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass es sich in einem entsprechenden Verhalten ausdrückt.<sup>755</sup> Die hierfür erforderliche Datengrundlage kann entweder von Menschenhand aufbereitet oder durch das System selbst erschlossen werden. Letzteres wird als maschinelles Lernen bezeichnet.<sup>756</sup>

Bei der heutigen Form von „KI“ handelt es sich im Grundsatz um eine simulierte Intelligenz, da viele „KI-Systemalgorithmen“ auf einer Simulation neuronaler Netzwerke basieren, die einem biologischen Gehirn – aber deutlich trivialer – ähneln.<sup>757</sup> Die bislang entwickelte „KI“ lässt sich grundsätzlich noch als „schwache KI“ bezeichnen. Dynamische Entwicklungen können zwar kurzfristig zu Änderungen führen, jedoch sind Systeme noch nicht derart autonom, dass sie Aufgaben und Probleme vollständig aus eigenem Antrieb lösen. Sie sind kein flexibel handelndes, mit einem eigenen Reflexionsmanagement ausgestattetes System („starke KI“),<sup>758</sup> wengleich die medial aufgeladene Debatte dies immer wieder zu suggerieren sucht.<sup>759</sup> Das Maß an „KI“ ist insoweit der Gradmesser für die Autonomie eines Systems.

#### (b) Anwendung auf „Social „Bots“

So spricht etwa für eine Zurechnung einer durch einen „Bot“ verbreiteten Aussage zu seinem Verwender, dass die Funktion der „Social Bot“-Programme darauf ausgeht, Aussagen zu reproduzieren und Kommunikationshandlungen zu tätigen, die der Konfigurator ihnen aufgegeben hat. Es handelt sich primär (noch) um „Bots“ mit „schwacher künstlicher Intelligenz“.

Gegen eine Zurechnung könnte dennoch sprechen, dass die unmittelbare Verbindung der verbreiteten Aussage von „Bot“ und Mensch fehlt. Denn der sich auf die Kommunikationsgrundrechte berufende Grundrechtsträger verbreitet die Aussage nicht mehr unmittelbar selbst. Vielmehr reproduziert ein Programm zeitlich versetzt und regelmäßig unter einer fingierten Identität die ihm vorgegebenen Inhalte in automatisierter Weise oder wandelt diese teils mittels sog. *Markov Chains Algorithms*<sup>760</sup> in mitunter mannigfaltiger Weise.<sup>761</sup> Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass der

<sup>754</sup> Lewke, InTer 2017, S. 208. Vgl. hierzu auch das Beispiel der Bilderkennung im Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages, ebd.

<sup>755</sup> Ebd.

<sup>756</sup> Lewke, ebd., S. 209.; ebd. Siehe dort auch zum sog. „Deep Learning“ als besonderer Form des maschinellen Lernens. Vgl. ferner die Darstellung bei Fettke, MwStR 2018, S. 465 f.

<sup>757</sup> Ebd.; Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages, ebd.; Görz/Nebel, Künstliche Intelligenz, Grundriss/Einführung. Andere Ansicht Kessler, MMR 2017, S. 594 f. U. Pieper, InTer 2018, S. 14.

<sup>758</sup> Vgl. Lippold/Nölscher, JZ 2023, S. 513; Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages, ebd., S. 1 (Frage 1), S. 3 (Frage 5).

<sup>759</sup> Vgl. nur Heinemann, Was passiert, wenn Maschinen ein Bewusstsein entwickeln?, auf: Badische Zeitung.de, Artikel vom 14. Juli 2019.

<sup>760</sup> Siehe hierzu nur Lampi, Analysing Twitter Bots as Electronic Literature, S. 10.

<sup>761</sup> Vgl. Dankert/Dreyer, K&R 2017, S. 75.

„Bot“ im Rahmen einer Diskussion seine Aussagen ständig wiederholt. Er weist eine quantitativ größere Meinungsstärke auf als ein individueller Kommunikator. Zudem kann das Individuum anderen Meinungen im Rahmen einer zwischenmenschlichen Diskussion den Vorzug geben und damit von der eigenen Tendenz abrücken, was bei einem „Bot“ nur durch erneute Konfiguration und damit nicht in vergleichbarer Unmittelbarkeit möglich ist. Denn das Programm verbreitet Aussagen bis zur Neukonfigurierung weiter. Die beabsichtigte individuelle Selbstverwirklichung im Rahmen einer Diskussion, die zur Meinungsbildung auf beiden Seiten führen soll, wird mit diesem Tun infrage gestellt. Auch kann unterstellt werden, dass das hinter dem „Bot“ stehende Individuum nicht den Überblick über jede Einzeläußerung seines computergesteuerten Verbreitungsmittels haben wird.

Allerdings schließt eine bloß algorithmisierte Verbreitung das Vorliegen einer intellektuellen, antizipierten Eigenleistung des hinter dem „Bot“ stehenden Verwenders – und damit eine Zurechnung – nicht aus.<sup>762</sup> Vielmehr spricht für eine Zurechnung, dass der Verwender im Rahmen der Konfiguration eine Aussage festlegt, die der „Bot“ anhand abstrakter Kriterien bloß repetiert oder je nach Ausgestaltung seines Basisalgorithmus in unterschiedlicher Form in Diskurse einbaut, um sie besser in bestimmte Kontexte einzubetten.<sup>763</sup> Hierin liegt eine antizipierte Kommunikationsleistung des Verwenders. Die von dem Programm verbreiteten Inhalte stellen dabei sein geistiges Eigentum dar. „Social Bots“ sind zudem nur in geringem Maße lernfähig und können lediglich vorformulierte Aussagen in anderen Worten und anderem Satzbau ausdrücken. Diese Fähigkeit stellt im Vergleich zu der vollständig fremdbestimmten algorithmischen Handlungsoperation zwar ein Mehr dar; ein eigenständiges Reflexionsmanagement besteht dennoch nicht. Die Kernaussagen bleiben dabei erhalten. Der „Bot“ fungiert damit lediglich als verstärkendes Sprachrohr des hinter ihm stehenden Individuums für seine antizipierte, eigene Kommunikationshandlung.<sup>764</sup> Die menschliche Entscheidung, ob, wie, wann und wo eine Aussage getätigt wird, wird grundsätzlich nur in die Konfiguration vorverlagert und an bestimmte Kriterien, zumeist *Keywords*, geknüpft.<sup>765</sup> Nur anhand dieser Muster arbeitet der „Bot“ und verbreitet die vorgegebenen Inhalte. Dies spricht für eine Zurechnung der „Bot“-Äußerung zum Verwender. Dass die Verbreitung in einer dem Menschen unmöglichen Geschwindigkeit und Quantität über den Algorithmus gelingt und der Verwender nicht immer den Überblick über jede Äußerung hat, kann deshalb nicht erheblich sein. Es handelt sich dabei um neuartige Kommunikationsmodalitäten, die der durch Verwender frei gewählten Aussagenverbreitung durch „Bots“ immanent sind. Auch bei Informationsintermediärdiensten, bei denen eine Zurechnung des automatisierten Vermittlungsvorganges

<sup>762</sup> Siehe Abschnitt „Eigenständige Handlung auf Grundlage antizipierter, intellektueller Eigenleistung“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1) (a).

<sup>763</sup> *Milker*, ZUM 2017, S. 216; *ders.*, InTer 2017, S. 200; *Lewke*, InTer 2017, S. 210.

<sup>764</sup> *Steinbach*, ZRP 2017, S. 101 f. Ähnlich *Lewke*, InTer 2017, S. 210 f.

<sup>765</sup> *Lewke*, ebd.; *Milker*, ZUM 2017, S. 216; *ders.*, InTer 2017, S. 201. Ähnlich *Körber*, WRP 2012, S. 670.

als Kommunikationsakt des Intermediärs erfolgt, verhält sich dies nicht anders.<sup>766</sup> Die enorme Aussagenquantität, die zu einer Diskussionsverzerrung ohne weiteres menschliches Zutun führen kann, ist keine Frage der Zurechnung, sondern der Abwägung mit Gegenrechten.<sup>767</sup>

(c) "Social Bots" mit „starker KI“

Anders könnte dies hingegen bei den „Bot“-Programmen zu beurteilen sein, die mit einer „stärkeren künstlichen Intelligenz“, also mit einer größeren Lernfähigkeit, ausgestattet sind.<sup>768</sup> Diese befähigt Programme nach einem gewissen Lernprozess dazu, eigene Inhalte zu produzieren. Der „Bot“ repetiert nicht nur die vorprogrammierten Aussagen, sondern ist in einer Weise lernfähig, die es ihm ermöglicht, auch Argumente für die ihm vorgegebenen Aussagen zu entwickeln, ohne dass der Verwender sie vorgeben muss. Der „Bot“ kann damit an Diskussionen teilnehmen und dabei die vorprogrammierten Tendenzen verändern. Die Kommunikation einer solchen „KI“ ist von derjenigen eines Menschen kaum zu unterscheiden. Der Grad, inwieweit sich eine Aussage durch den Programmeinfluss von der konfigurierten Grundaussage entfremdet, spielt insoweit für die Zurechnung eine zentrale Rolle: Ist sie ganz und gar nicht mehr mit der ursprünglich eingestellten Aussage vergleichbar, muss die Zurechnung als antizipierte eigene Aussage verneint werden. Hierfür streitet zum einen der Vergleich zur ordnungsrechtlichen Rechtsfigur des Zweckveranlassers.<sup>769</sup> Denn der Verwender setzt die Ursache dafür, dass der „Social Bot“ in menschengleicher Form (Fehl-)Informationen verbreitet. Er bezweckt dies subjektiv und ist sich aufgrund der Konfiguration des „Bots“ bewusst, dass es zu ihrer Verbreitung kommen wird.

Bringt der „Bot“ eigene, neue Argumente vor, die eine ursprünglich programmierte Meinung stützen, werden sie vom Nutzer wohl regelmäßig zumindest in Kauf genommen, wobei sich die Frage nach der objektiven Vorhersehbarkeit vorgebrachter Aussagen am jeweiligen Einzelfall messen lassen muss. Je stärker die Veränderung ist, desto gewichtiger wiegt das Indiz dafür, dass der Verwender dies nicht gewollt hat. Gleichwohl lässt sich die subjektive Komponente sowie die objektive Vorhersehbarkeit dieses Umstandes auch in dieser Konstellation nur anhand des jeweiligen Einzelfalles beurteilen.

<sup>766</sup> Siehe Abschnitt „Eigenständige Handlung auf Grundlage antizipierter, intellektueller Eigenleistung“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1) (a).

<sup>767</sup> So auch BVR a. D. f. *Kirchhof* im Interview mit C. Rath, „Lügen sind nicht geschützt“, auf: taz.de, Artikel vom 15. Dezember 2018.

<sup>768</sup> Vgl. die Studie von *Shum/He/Li*, *Frontiers of Information Technology & Electronic Engineering* 19 (2018), S. 19 ff.; *Milker*, *InTer* 2017, S. 200. Anschaulich *Lewke*, *InTer* 2017, S. 209 ff.

<sup>769</sup> Zur Figur des Zweckveranlassers siehe *W. Jellinek*, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, S. 310 ff.; Preuß. OVG 85, 270, 271 – Sarotti-Mohr; BVerfGK 8, 195, 201; BVerfG NVwZ 2000, 1406, 1407; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 663, 663 f.

Zum anderen spricht dafür der Vergleich zur mittelbaren Täterschaft aus § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Grundsätzlich bedient sich der „Bot“-Verwender durch sein Einwirken eines – aufgrund der fehlenden Qualität des Menschseins des „Bots“ – tatbestandslos handelnden Werkzeuges. Dessen Tathandlung und -erfolg wird dem Verwender nach der Rechtsprechung des BGH zur Anstiftung auch im Falle von Exzessen des Werkzeuges solange zugerechnet, wie das Verhalten innerhalb der Streubreite des nach allgemeiner Lebenserfahrung zu Erwartenden liegt.<sup>770</sup> In aller Regel dürften sich hiernach die gleichen Ergebnisse wie anhand der Rechtsfigur des Zweckveranlassers erzielen lassen. Maßgebend für die Zurechnung der Aussagen von „Social Bot mit starker KI“ ist daher eine Einzelfallbetrachtung anhand der Kriterien des Zweckveranlassers und der mittelbaren Täterschaft.

## (2) Effektive Kontrolle

Der Verwender behält zudem dauerhaft die nach dem BGH für die Zurechnung maßgebende effektive Kontrolle über das – auch künstlich intelligente – Programm.<sup>771</sup> Er kann seinen Betrieb stets beenden oder umkonfigurieren. Entscheidend ist nur, ob eine durch den „Bot“ entfremdete Aussage noch als eigene gilt.

## (3) Grundsätze zur automatisierten Willenserklärung

Auf die Kommunikation durch „Bots“ lassen sich – wie schon für die Zurechnung des automatisierten Vermittlungsvorganges zu einem Informationsintermediär – auch die Grundsätze zur automatisierten Willenserklärung übertragen.<sup>772</sup> Der Abschluss der Konfiguration eines Kommunikationsverbreitungsprogrammes samt seinem Entlassen in die sozialen Medien kann grundsätzlich nicht anders bewertet werden als etwa das Freischalten einer Angebotserklärung im Rahmen von Online-Auktionen. Beides entspricht grundsätzlich dem eindeutigen Willen des Verwenders, was für eine Zurechnung der durch einen „Bot“ verbreiteten Aussage zu seinem Verwender spricht. Soweit „Bots mit starker KI“ verwendet werden, kommt es aber darauf an, ob die konkrete entfremdete Aussage noch als eine ihrem Verwender zurechenbar eigene gewertet werden kann.

## (4) Vergleich zu anderen Massenverbreitungstechniken

Ferner bieten sich für die Frage der Zurechnung einer antizipierten Aussage im Rahmen der Verwendung von „Bots“ Vergleiche zum grundrechtlichen Schutz von Betreibern anderer Verbreitungstechniken, wie beispielsweise den Informationsintermediärdiensten (aa)) und der klassischen Medienreproduktion (bb)), an.

<sup>770</sup> Vgl. BGH NStZ 1991, 123, 124 mit Anmerkung *Puppe*. So auch *Kudlich*, in: *v. Heintschel-Heinegg*, BeckOK StGB (54. Ed.), § 25 Rn. 42. Vgl. die ähnliche Konstellation in BGHSt 9, 240, 242.

<sup>771</sup> Siehe Abschnitt „Effektive Kontrolle“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1) (b).

<sup>772</sup> Siehe Abschnitt „Vergleich zu den Grundsätzen zur automatisierten Willenserklärung“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1) (c).



## (a) Informationsintermediärdienste

Einerseits ist ein Vergleich zur Zurechnung der automatisiert erstellten Suchergebnisse zu den Suchmaschinenbetreibern fruchtbringend.<sup>773</sup> Denn „Bots“ und Suchmaschinen funktionieren in ähnlicher Weise: In einem „Bot“-Programm werden Handlungsoptionen des Verbreitungsmittels durch den Verwender konkret festgelegt. Damit trifft er Einstellungen über dessen Wirken. Das hinter dem „Bot“ stehende Individuum initiiert in verantwortlicher Weise das Handeln des „Bots“, übt die effektive Kontrolle über das Programm aus und kann es jederzeit anders konfigurieren. Insbesondere artikuliert der Verwender des „Bots“ eine Aussage in der „Bot“-Programmierung zunächst selbst, bevor das Programm sie nach außen trägt. Insofern liegt mit Blick auf den Output in manueller und intellektueller Hinsicht sogar noch eine vergleichsweise höhere Eigenleistung vor als bei Suchmaschinen. Denn der Trollbetreiber legt sehr genau fest, was der „Bot“ unter welchen abstrakten Voraussetzungen äußert und entlässt diese Inhalte aus seiner Sphäre nach außen. Diese werden vor allem reproduziert. Wenn also bereits dem Nutzer angezeigte Suchergebnisse dem Suchmaschinenbetreiber als Kommunikationsakt zugerechnet werden, dann *a fortiori* die Verbreitungen eines Bots zu dem ihn einsetzenden Nutzer.

## (b) Klassische Medienreproduktion

Ein Vergleich zur Reproduktionstechnik der Medien bestätigt dieses Ergebnis.<sup>774</sup> Presse- oder Rundfunkmedien werden ebenfalls in vervielfältigter und wiederholter Weise verbreitet, ohne dass der jeweilige Redakteur seine Aussage noch einmal selbst und unmittelbar wiederholen oder bestätigen muss. Nicht anders stellt es sich beim „Bot“ dar. Auch die ihn einsetzende Person tätigt eine Aussage innerhalb der Konfiguration des „Bots“ und bedient sich zur Vervielfältigung lediglich einer technischen Verbreitungshilfe einer antizipierten Äußerung, ohne dass diese abermals bestätigt werden muss.<sup>775</sup>

## (5) Entwicklungsoffene Schutzbereichsauslegung

Zur freien Wahl der Aussagemodalitäten gehört auch die Entscheidung über die verwendete Verbreitungstechnik.<sup>776</sup> Der Schutzbereich ist technikneutral und dynamisch zu bestimmen, um mit den gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen Schritt halten zu können und keine grundrechtlichen Schutzlücken entstehen

<sup>773</sup> Siehe Abschnitt „Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG“ unter C. IV. 1. b) bb).

<sup>774</sup> In diese Richtung deutet *Steinbach*, ZRP 2017, S. 102.

<sup>775</sup> So auch ebd. Zum Streit hinsichtlich einer antizipierten Aussage, siehe *Milker*, ZUM 2017, S. 217.

<sup>776</sup> Vgl. beispielsweise BVerfGE 128, 226, 264 – Fraport. Siehe ferner *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 74 f.; *Milker*, ebd.; *ders.*, InTer 2017, S. 201. *Lewke*, InTer 2017, S. 211.

zu lassen.<sup>777</sup> Dies gilt, auch wenn die klassische Zuordnung der Meinungsfreiheit zur Individualkommunikation im „Social Web“ mittlerweile aufgehoben und der Rezipientenkreis erweitert ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass es Programme gibt, die es Einzelpersonen ermöglichen, Äußerungen innerhalb eines Wimpernschlags in einer Quantität zu verbreiten, die ihnen eigenhändig unmöglich wäre. Hierunter darf der verfassungsrechtliche Kommunikationsschutz nicht leiden. Auch dies streitet klar für die Zurechnung. Dass die „Bot“-Software andere individuell, ohne Verbreitungsverstärker kundgetane Aussagen in der Internetdebatte verdrängen kann, ist grundrechtsdogmatisch korrekt eine Frage der Abwägung, nicht des Schutzbereiches.

#### (6) Vergleich zur Rechtsfigur des sog. Zweckveranlassers und der mittelbaren Täterschaft

Auch spricht – sofern man in der Verwendung des „Bots“ nicht schon eine unmittelbare Verursachung erblickt – der Vergleich zur ordnungsrechtlichen Rechtsfigur des Zweckveranlassers<sup>778</sup> sowie der mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB für eine Zurechnung der „Bot“-Aussage zum „Bot“-Verwender.<sup>779</sup>

#### (7) Unbeachtlichkeit des verwendeten Namens

Keine Rolle für die Zurechnung spielt das Verwenden eines vom Verwender abweichenden Namens. Ebenso unbeachtlich ist, ob der Troll mit dem Namen des hinter ihm stehenden Grundrechtsträgers etikettiert ist, da es bei der Frage der Zurechnung nicht darauf ankommen kann, ob der Verwender eine Aussage gegen sich gelten lassen will. Ferner besteht aufgrund der Modalitätenwahlfreiheit grundsätzlich die Möglichkeit unter einem Pseudonym zu kommunizieren, so dass der verwendete Name für den grundrechtlichen Schutz unerheblich sein muss. Das Verwenden eines erfundenen Profils für den „Bot“ darf deshalb zumindest im Rahmen der Zurechnung keine Auswirkungen haben und stellt kein Zurechnungskriterium dar.

<sup>777</sup> Vgl. *Vofßkuhle*, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz, S. 105 f. Vgl. die Rechtsprechung des BVerfG zu den Mediengrundrechten BVerfGE 83. 238, 299 – WDR; 74, 297, 350 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg. Zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, vgl. BVerfGE 54, 148, 153 f. – Eppler m. w. N. *Dankert/Dreyer*, ebd., S. 75; *Steinbach*, ZRP 2017, S. 102; *Milker*, ebd. Nach *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 186 darf die Bestimmung des Rundfunkbegriffs nicht an die Verbreitungstechnik geknüpft werden, um Schutzlücken aufgrund technischen Fortschritts auszuschließen. Anders dagegen *Papier/Schröder*, epd-medien 2010, S. 16 ff., S. 23, S. 26 ff.; *Kunisch*, Rundfunk im Internet, S. 146; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 88, Rn. 90b; *Brand*, Rundfunk i. S. d. Art. 5 GG, S. 242 ff.

<sup>778</sup> Zur Figur des Zweckveranlassers siehe *W. Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 310 ff.; Preuß. OVG 85, 270, 271 – Sarotti-Mohr; BVerfGK 8, 195, 201; BVerfG NVwZ 2000, 1406, 1407; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 663, 663 f.

<sup>779</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ mit „starker KI“ unter Punkt C. IV. 2. b) aa) (1) (c).

## (ii) Ergebnis: Antizipierte Aussage des „Bot“-Verwenders

Der Verwender behält die effektive Kontrolle über die Verbreitung und hat die Inhalte als intellektuelle Eigenleistungen zur Reproduktion für bestimmte Fälle antizipiert vorgeben. Er setzt damit den Anlass zu ihrer Verbreitung, so dass sie ihm zugerechnet werden können. Unerheblich ist auch aufgrund der Entwicklungsoffenheit des Grundrechtsschutzes, dass der unmittelbare Verbreitungsakt nicht durch den jeweiligen Grundrechtsträger selbst vorgenommen wird, da diese Voraussetzung technikbezogene Schutzlücken entstehen ließe. Das Kommunikationsverhalten beim Einsatz von Bots unterscheidet sich nicht wesentlich von dem der Informationsintermediäre und den klassischen Medien. Die Aussage kann dem Verwender zugerechnet werden. Dies gilt selbst dann, wenn die programmierte Aussage durch den Einsatz von Systemen mit „schwacher künstlicher Intelligenz“ teils verändert wird. Bei Inhalten, die von Programmen mit einer „stärkeren künstlichen Intelligenz“ ausgestattet sind, kann für die Zurechnung auf die Rechtsfiguren des Zweckveranlassers oder der mittelbaren Täterschaft zurückgegriffen werden.

bb) Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen  
Fraglich ist bei der Verbreitung durch einen „Bot“ aber, ob der materielle Schutz auch dann offensteht, wenn die Rezipienten durch die multiple Kreierung fingierter Identitäten über die wahre Identität des Verbreiters getäuscht werden. Die Täuschung ist in zweierlei Hinsicht denkbar: Entweder wird eine erfundene Identität verwendet oder eine tatsächlich bestehende fremde, ohne dass der tatsächliche Namen- und Identitätsinhaber davon weiß.

In beiden Varianten täuscht der „Bot“-Verwender über zwei Tatsachen: Er verwendet einen unrichtigen Namen und macht glaubend, dass die Aussage unmittelbar durch einen Menschen verbreitet wurde, um selbst anonym zu bleiben und nicht für den Einsatz des „Bots“ verantwortlich gemacht werden zu können.<sup>780</sup> Die Identität des geistigen Urhebers der Aussage wird verschleiert. Im Falle des Verwendens einer fremden Identität wird eine reale Person als vermeintlich äußerndes Subjekt suggeriert und ihr damit sogar eine nicht getätigte Aussage in den Mund gelegt. Es liegt in allen Varianten eine Täuschung über die Modalitäten der Aussage vor, die gegen die Eröffnung des Schutzbereiches sprechen könnte. Dies gilt umso mehr, wenn man der hier nicht vertretenen Ansicht des BVerfG folgen würde, dass das Verlautbaren bewusster oder evidenter Unwahrheiten nicht unter dem Schutz der Meinungsfreiheit steht. Es wird zwar nicht offenkundig die Unwahrheit artikuliert. Jedoch schwingt diese konkludent in der Namenstäuschung und der dadurch suggerierten menschlichen Existenz des unmittelbaren Kommunikators mit. Ferner kann mit der teils unermüdlichen Artikulation einer Aussage unter verschiedensten „Bot“-Profilen zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich bei ihr um die gesellschaftliche Mehrheitsmeinung handelt.

<sup>780</sup> *Steinbach*, ZRP 2017, S. 102; Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 14.

Gegen eine solche Begrenzung des Schutzbereiches muss aber ins Feld geführt werden, dass aufgrund der Meinungsäußerungsfreiheit jeder Grundrechtsträger in der Wahl der Modalitäten einer Aussage grundsätzlich frei ist. Jeder soll die Umstände seiner Äußerung so wählen können, die ihr die stärkste Wirkung zukommen lässt.<sup>781</sup> Deshalb ist anerkannt, dass grundsätzlich auch eine anonyme oder pseudonymisierte Äußerung im analogen Lebensbereich geschützt ist.<sup>782</sup> Dass ein solches Verhalten im digitalen Raum vorgenommen wird, dem die Anonymität ohnehin immanent sei, kann daran nichts ändern.<sup>783</sup> Niemand muss bei Äußerung unter seinem Klarnamen auftreten, da andernfalls „chilling effects“ eintreten würden.<sup>784</sup> Der Schutz der Anonymität beantwortet jedoch noch nicht, ob die Modalitätenwahlfreiheit auch die Täuschung über die Äußerungsmodalitäten gegenüber Rezipienten einschließt.

(i) Kommunikation unter falschem Namen (Identitätsfiktion/Fingierte Profile)

Eine Modalitätentäuschung liegt beispielhaft in dem Anlegen eines Profils mit falscher Identität. Die grundrechtlich geschützte Pseudonymisierung stellt ein Weniger zur Identitätsfiktion dar, was gegen die Teilnahme am Schutz der Meinungsfreiheit sprechen könnte.<sup>785</sup>

Allerdings wird gegen die Unterscheidung vorgebracht, dass keine strukturelle Ungleichheit zwischen dem Äußern unter Pseudonym und dem des „Bots“ unter erfundenem Profil bestehe, da beiden Arten der Täuschungscharakter immanent sei.<sup>786</sup> In der Verwendung eines Pseudonyms liege gleichfalls eine verfälschende An-

<sup>781</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 210 – Lüth, mit Verweis auf *Häntzschel*, HbdStR II, S. 655; BVerfGE 25, 256, 264 f., 268 – Blinkfüer; 61, 1, 7 – Wahlkampf; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 90, 1, 14 f. – Jugendgefährdende Schriften; 93, 266, 289 – „Soldaten sind Mörder“; 97, 391, 398 f. – Mißbrauchsvorwurf.

<sup>782</sup> Vgl. BVerfGE 95, 28, 36 – Werkszeitungen; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 92; *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75 erkennt jedoch auf eine möglicherweise geringere Schutzwürdigkeit im Rahmen der Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern.

<sup>783</sup> Vgl. nur BGHZ 181, 328, 340, 36 ff. – „spickmich.de“; 202, 242, 256 Rn. 41 – Ärztebewertung II; 209, 139, 154 Rn. 40 – Ärztebewertungsportal III; BVerfG, Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. August 2010, – 1 BvR 1750/09 –, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Oktober 2010, – 15 U 80/08 –, juris, Rn. 52; *Paulus*, in: ebd., Rn. 384.

<sup>784</sup> Einen anderen Fall betrifft die sog. Bestandsdatenauskunft aus § 22 ff. TTDSG, vorher §§ 111 ff. TKG a. F. (außer Kraft getreten am 1. Dezember 2021 aufgrund Gesetzes vom 23. Juni 2021, BGBl. I S. 1858), nach der insbesondere Strafverfolgungsbehörden Auskunft über die Bestandsdaten von Nutzern eines Telekommunikations- oder Telemediendienstes verlangen können, wenn dies zur Ermittlung von Straftaten erforderlich ist. Siehe hierzu auch die Entscheidungen BVerfGE 130, 151, 178 Rn. 107 ff. – Bestandsdatenauskunft I und BVerfGE 155, 119, 176 ff. Rn. 122 ff. – Bestandsdatenauskunft II, nach denen jedenfalls kein umfassendes Recht auf Anonymität bei illegalem Handeln besteht.

<sup>785</sup> *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103 *e contrario*.

<sup>786</sup> Ebd. Deutlich zurückhaltender *Milker*, InTer 2017, S. 202.

gabe über die Identität des Äußernden.<sup>787</sup> Unter dieser Argumentation dürfte man Äußerungen, die mittels eines „Bots“ unter erfundener Identität verbreitet werden, den sachlichen Schutzbereich nicht verwehren.

Allerdings kann dem Gedanken in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.<sup>788</sup> In der Verwendung eines Pseudonyms liegt lediglich der offenkundige Wille, nicht unmittelbar öffentlich identifiziert werden zu können. Bei Pseudonymen handelt es sich in der Regel nicht um realistische Namen, sondern eher um „Nicknames“ oder Kürzel. Hierin liegt aber noch kein Vorspiegeln unwahrer Tatsachen und damit keine Täuschung.

Die einzige Konstellation, in der ein Pseudonym verwendet und eine Täuschung angenommen werden kann, ist der Fall, in dem ein erfundener, realistischer Name benutzt wird, durch den der täuschende Eindruck entsteht, als stamme eine Äußerung von einer anderen Person als seinem wirklichen Urheber. Aber auch dann steht für den Äußernden das Anonymitätsinteresse im Vordergrund. Gemein ist der Verwendung eines Pseudonyms und der Fiktion einer Identität damit nicht der Täuschungscharakter, sondern der Wille des Urhebers, anonym zu bleiben. Wenn aber die Anonymitätswahrung von der Modalitätenwahlfreiheit umfasst ist, muss das konsequenterweise auch für das Kommunizieren unter falschem Namen als Täuschung über die Aussagemodalitäten gelten. Dies erklärt sich schon aus dem historisch gewachsenen Anliegen der Meinungsfreiheit: Man soll sagen können, was man denkt und damit grundsätzlich unbefangen und ohne Furcht vor Repressalien zur Meinungsbildung beitragen können.<sup>789</sup> Diese Angst besteht regelmäßig nicht, wenn die Identität im Kommunikationsakt nicht preisgegeben werden muss. Überdies liegt in dem Erfinden von Modalitäten genaugenommen die stärkste Form der Modalitätenwahl. Wenn man diesen Grundsatz befolgt, kann auch diese Form der Modalitäten-täuschung keine Auswirkungen auf die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs zeitigen. Inwieweit sich die Verwendung eines falschen Namens auf die Schutzwürdigkeit der Aussage auswirkt, ist im Rahmen der Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles zu bewerten.

(ii) Kommunikation unter fremdem Namen (Namenstauschung)

Teils werden „Bots“ unter einer fremden Identität eingesetzt, worin ebenfalls eine Modalitäten-täuschung liegt, da die Aussage nicht von demjenigen stammt, dessen Name für die Verbreitung genutzt wird. Dieses Verhalten ist von der Modalitätenwahl umfasst. Allerdings verfügt der „Bot“ in dieser Konstellation nicht bloß über eine real erscheinende Identität, sondern firmiert unter der Identität einer existenten Person, der die Aussage unabhängig ihrer Qualität als Meinung oder unwahrer

<sup>787</sup> Steinbach, ebd.; Dankert/Dreyer, K&R 2017, S. 75.

<sup>788</sup> In diese Richtung auch Hegelich, Social Media im Wahlkampf, S. 42.

<sup>789</sup> Eine Auskunft über Bestandsdaten macht dies beispielsweise bei schwerwiegenden rechtswidrigen Taten indes nicht unmöglich, vgl. BVerfGE 155, 119, 201 ff. Rn. 177 ff. – Bestandsdatenauskunft II.

Tatsachenmitteilung schlicht untergeschoben wird. Der Verwender bezweckt damit, seiner Äußerung eine besondere Suggestivkraft zu verleihen.<sup>790</sup> Diese Verknüpfung stellt eine eigene, objektiv unwahre Tatsachenbehauptung dar, die nach der „Beitragsformel“ des BVerfG nicht von der Meinungsfreiheit geschützt sei.<sup>791</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht sind solche Aussagen dennoch von der Meinungsfreiheit geschützt. Einschränkungen sind dogmatisch korrekt im Rahmen der Abwägung zu erzielen, in der die zu dieser Problematik vom BVerfG etablierten Grundsätze eingreifen: Wird einer Person eine Aussage untergeschoben, überwiegt ihr Recht am eigenen Wort und ihr Recht der persönlichen Ehre, die beide ihren Ursprung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht finden, die Meinungsäußerungsfreiheit, da die Äußerung nicht schutzwürdig ist.<sup>792</sup>

### (iii) Vorspiegeln der Qualität des Menschseins des Kommunikators

Bei der „Bot“-Nutzung besteht ein weiterer Unterschied zum Pseudonym: Hinter Letzterem steht unmittelbar ein Mensch. Beim „Bot“ wird durch die falsche Namensangabe hingegen konkludent auch die Tatsache vorgespiegelt, dass es sich bei dem unmittelbaren Verbreiter um ein Individuum handelt. Nach einer Literaturmeinung stelle dies neben der Modalitätentäuschung eine zusätzliche unwahre Tatsachenbehauptung, die nach der „Beitragsformel“ des BVerfG nicht mehr vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst sei.<sup>793</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht verfängt erstens schon das Hauptargument nicht: Auch konkludente, unwahre Tatsachenbehauptungen sind vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst. Dabei ist unerheblich, dass über die menschliche Existenz getäuscht wird.<sup>794</sup> Zweitens wird selbst unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG zum Tatsachenschutz verkannt, dass nach seiner Begründung die Namensnennung von der unter diesem Namen getätigten Äußerung zu differenzieren ist, da sie weder eine eigenständige Äußerung noch einen Bestandteil der getätigten Äußerung darstellt.<sup>795</sup> Drittens handelt es sich bei dem Vorgeben des Menschseins des Kommunikators um eine von der Meinungsfreiheit geschützte Modalitätenwahl. Der „Bot“ ist lediglich als technisches Hilfsmittel, das von der

<sup>790</sup> Zur erhöhten Suggestivkraft unanonymer Aussagen, vgl. BVerfGE 97, 391, 398 f. – Mißbrauchsvorwurf.

<sup>791</sup> *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75 unter Bezugnahme auf BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology; 90, 241, 247 – Ausschwitzlüge, obwohl es in diesen Entscheidungen nicht um das Unterschieben einer Äußerung geht. Siehe hierzu besser BVerfGE 54, 208, 217 f. – Böll.

<sup>792</sup> Vgl. BVerfGE 54, 208, 217 f. – Böll; 54, 148, 155 f. – Eppler; 34, 269, 282 f. – Soraya.

<sup>793</sup> Vgl. *Milker*, InTer 2017, S. 201; *Brings-Wiesen*, Meinungskampf mit allen Mitteln und ohne Regeln?, auf: Juwiss Blog, Beitrag vom 30. November 2016.

<sup>794</sup> Anders hingegen *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 74 f., die die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen nicht als vom Schutzbereich gedeckt ansehen, die Verbreitung von Meinungen durch einen „Bot“ unter einem *Fake Profil* hingegen als zulässig erachten. Siehe auch *Röttgen/Juelicher*, DSRITB 2017, S. 229 f.

<sup>795</sup> BVerfGE 97, 391, 397 – Mißbrauchsvorwurf.

Modalitätenfreiheit gedeckt ist, zwischen Individuum und Kommunikat geschaltet. Wäre nur der offenkundige Einsatz von Kommunikationssoftware geschützt, wäre die mit der Modalitätenwahl verbundene Prämisse der Wahl der stärksten Aussagewirkung schon auf Schutzbereichsebene eingeschränkt. Dabei wird der Aussage beim „Bot“-Einsatz in zweierlei Hinsicht eine stärkere Wirkung verliehen: Zum einen kann im Vergleich zur Verbreitung von Inhalten durch eine Einzelperson eine breitenwirksamere Artikulation stattfinden. Zum anderen wird durch die Äußerung unter menschlich-wirkendem Nutzerprofil gerade die Suggestivkraft des Kommunikats im Vergleich zu einer transparent von einem „Bot“ stammenden Äußerung erhöht. Zudem steht hinter dem „Bot“ ein Grundrechtsträger, der die Äußerung antizipiert hat und dabei schlicht anonym bleiben möchte.<sup>796</sup> Inwieweit dieses Verhalten im konkreten Fall schutzwürdig ist, ist im Rahmen einer Gesamtabwägung mit kollidierenden Rechtsgütern zu ermitteln.

(iv) Ergebnis: Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen

Die Täuschung über Äußerungsmodalitäten versperrt den Kommunikationsschutz nicht. Die konkreten Umstände des „Bot“-Einsatzes finden in der Abwägung Berücksichtigung.

cc) Schutzbereichsexklusion durch besondere Sozialwidrigkeit von „Social Bots“

Aufgrund der jüngsten Entwicklungen des „Bot“-Einsatzes zur Meinungsmache in unmittelbarem Zusammenhang mit demokratischen Entscheidungen des Souveräns wird teilweise der Verfall des aufklärerischen Leitbildes der Kommunikation durch die technische Manipulation der Diskursinfrastrukturen beklagt.<sup>797</sup> Dieses Leitbild setzt stillschweigend das Vorhandensein einer Kommunikationsverfassung voraus, nach der Grundrechte einen Auftrag an die Güte der Kommunikation beinhalten und die freie Kommunikation zuvörderst zum Zwecke der öffentlichen Meinungsbildung und der überindividuellen Demokratie und nicht primär des Individuums wegen angeordnet ist.<sup>798</sup> Unter dieser Prämisse, die an das Verständnis der Kommunikationsgrundrechte als „dienende Freiheiten“<sup>799</sup> erinnert, wird teilweise als Schutzvoraussetzung gefordert, dass die Programmierer die Sozialverträglichkeit ihres Algorithmus nachweisen sollen.<sup>800</sup> Andernfalls solle ein Schutzbereichsausschluss eingreifen.

<sup>796</sup> So auch *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75.

<sup>797</sup> Vgl. ebd.

<sup>798</sup> In diese Richtung *Hoffmann-Riem*, in: Stein/Denninger/ders., AK, Art. 5 Rn. 9. Dagegen *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 18 ff.

<sup>799</sup> Siehe Abschnitt „Kommunikationsfreiheiten als „dienende Freiheiten“?“ unter Punkt C. II.

<sup>800</sup> Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 14.



## (i) Die Wahrheit als Leitbild der Sozialverträglichkeit

Diese Verträglichkeit könnte beispielweise an das Kriterium der Wahrheit – sowohl des Aussageinhalts als auch der Modalitäten – geknüpft werden.<sup>801</sup> Eine derartige Vorgabe darf jedoch nicht bestehen, da Kommunikation nach diesem Verständnis nicht mehr zweckfrei wäre und ein positiv-illiberales Freiheitsverständnis manifestieren würde. Denn ein ausgewiesener verfassungsunmittelbarer Sozialwidrigkeitsvorbehalt der Grundrechte findet sich nicht, so dass ein solches Verständnis auf die implizite Anwendung der dogmatisch bereits abgelehnten *Immanenzlehren* hinausliefe.<sup>802</sup> Die Sozialverträglichkeit ist wie auch schon die Effektivität der Meinungsbildung und auch die Demokratiedienlichkeit allenfalls eine „außergrundrechtliche Erwartung“ an die Kommunikationsfreiheiten. Sie begründet keine Voraussetzung zur Schutzbereichseröffnung.<sup>803</sup> Deshalb wird sowohl die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen als auch die Täuschung über die Aussagemodalitäten von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt. Im Übrigen wird auch anstößige und sozialunverträgliche Kommunikation geschützt.<sup>804</sup> Zudem muss berücksichtigt werden, dass der Rezipient im Rahmen der Internetkommunikation, in der stets die Frage nach der Echtheit von Profilen auftritt, grundsätzlich keine Authentizität der Inhalte erwartet.<sup>805</sup>

Die prognostizierten, aber nicht nachgewiesenen Kommunikationsgefahren müssen vielmehr im Rahmen der Güterabwägung berücksichtigt werden. Dabei ist die „Sozialverträglichkeit“ einerseits ein stark unbestimmter Terminus, der seinerseits besonders restriktiv auszulegen ist. Andererseits würde ein derartiger Sozialverträglichkeitsvorbehalt den Sinn der Kommunikationsfreiheiten infrage stellen, da nur die gesellschaftliche Mehrheitsmeinung bestimmen kann, was sozialunverträglich bedeutet. Eine Sozialverträglichkeitsprüfung liefe daher bereits von sich aus Gefahr, die Tragweite dieser Grundrechte, die das Fundament der freiheitlich-demokratischen Grundordnung darstellen, zu verkennen. Gerade im demokratischen Kontext würde dem Staat „Tür und Tor“ geöffnet, missliebige Inhalte zu verhindern.<sup>806</sup> Dies widerspräche dem Anliegen der Kommunikationsgrundrechte, die sich ja gerade dadurch auszeichnen, dass ein Jeder sagen können soll, was er denkt und damit gerade auch Minderheitsmeinungen geschützt sind.<sup>807</sup> Kommunikation würde deutlich zurückhaltender geführt, da die Grundrechtsträger zu befürchten

<sup>801</sup> Diese Argumentationsrichtung deutet auch *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103 an.

<sup>802</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (4).

<sup>803</sup> Siehe Abschnitt „Ergebnis: Kommunikationsfreiheiten als „dienende Freiheiten“?“ unter Punkt C. II. 3.

<sup>804</sup> Vgl. nur BVerfGE 128, 300, 334 Rn. 77 – Wunsiedel.

<sup>805</sup> *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103.

<sup>806</sup> Diese Gefahr sehen auch *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75.

<sup>807</sup> Zur Sozialwidrigkeitskontrolle allgemein *Dankert/Dreyer*, ebd.; weitergehend *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103.

hätten, aufgrund sozialer Unverträglichkeit der Äußerungen schutzlos zu sein. Daher ist der Ansatz der Sozialverträglichkeit abzulehnen. Die Wahrheit kann nicht als Leitbild und Grenze des sachlichen Schutzbereiches der Meinungsfreiheit dienen.

#### (ii) Die Nachweispflicht der Sozialverträglichkeit

Ferner stellt eine Nachweispflichtigkeit die Auferlegung positiver Pflichten dar, ohne deren Erfüllung ein Verhalten nicht grundrechtlich geschützt wäre. Auf die Umformung der negativen in eine positive Freiheit wurde bereits hingewiesen.<sup>808</sup> Als einzig tragfähige Begründung könnte vorgebracht werden, dass man die „Bot“-Kommunikation als Teil der geschützten Meinungsfreiheit als ausgestaltungsbedürftig ansieht und dieser Art der Kommunikation eine positive Rechtsordnung zugrunde legen müsste, mit der die „Bot“-Tätigkeit institutionell ausgestaltet werden sollte. Eine solche Argumentation hinkt jedoch. Für eine solche Analogie zur Rundfunkrechtsprechung müsste in äquivalenter Begründung glaubhaft gemacht werden, dass diese Kommunikationsform eine vergleichbare Wirkmacht aufweist, was aber im Vergleich zum audiovisuellen Rundfunkangebot fernliegt. Zudem handelt es sich bei einer solchen Nachweispflicht ohnehin um eine Beschränkung der subjektiven Freiheit, so dass eine solche Pflicht – entgegen vieler<sup>809</sup> – an den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen wäre und keine Frage des grundrechtlichen Schutzbereiches darstellt.<sup>810</sup> Dabei ist eine Nachweispflichtigkeit des Verwenders oder Programmierers unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten schwierig zu rechtfertigen. Denn Algorithmen sind nicht *per se* sozialschädlich, sondern erst ihr konkreter Einsatz kann eine Sozialwidrigkeit begründen.<sup>811</sup> Zudem müsste eine Prüfstelle eingerichtet werden, die den Nachweis kontrolliert. Wenn die Algorithmen erst verwendet werden dürfen, wenn sie als sozialvertraglich qualifiziert wurden, würde dies das Zensurverbot aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG verletzen. Ferner werden Algorithmen häufig verändert.<sup>812</sup> Wenn jede Änderung einer neuen Prüfung unterläge, bedeutete dies einen besonders hohen Arbeitsaufwand für die Prüfstelle, was die Umsetzbarkeit dieser Kontrolle infrage stellt.

#### (iii) Grenzen des Schutzbereiches

Die Grenzen der Schutzbereiche der Kommunikationsgrundrechte liegen dort, wo Äußerungen eine diskursschädigende Wirkung entfachen. Dies kann bei der Verwendung außerargumentativer Druckmittel angenommen werden, die den Be-

<sup>808</sup> Siehe Abschnitt „Die positiv-illiberale „Beitragsformel“ (Wahrheitsdoktrin)“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii).

<sup>809</sup> Siehe nur *Burmeister*, in: ders., FS-Stern, S. 835, S. 850 ff.; *Hufen*, in: Hill/Hufen/Müller/Ullmann, Meinungsfreiheit, S. 1, S. 3, S. 5; *Bloch*, Meinungsvielfalt contra Medienmacht, S. 125.

<sup>810</sup> Vgl. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 191, Rn. 195. Siehe zur Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff bei *Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 262 f.

<sup>811</sup> In diese Richtung deutet *Milker*, ZUM 217, S. 218.

<sup>812</sup> Vgl. *Körber*, WRP 2012, S. 671 zu den Veränderungen des Google-Suchalgorithmus 1–2x pro Tag. *Lewke*, InTer 2017, S. 210 f.

troffenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen.<sup>813</sup> Ein solches Verhalten lässt sich als „sozialwidrig“ qualifizieren. Der Meinungsschutz ist in diesen Fällen aber deshalb ausgeschlossen, weil nicht die geistige Auseinandersetzung im Vordergrund steht, sondern die Meinungserzwingung durch *vis compulsiva*.

Eine vergleichbare Konstellation liegt vor, wenn es zum Ausschluss der Meinungsbildung durch die Marginalisierung individueller Meinungsäußerungen käme, mit anderen Worten, der Meinungspluralismus gefährdet wäre.<sup>814</sup> Davon kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn die Schwelle zur faktischen Knappheit individueller Meinungen unterschritten oder es zu Einschüchterungseffekten kommen würde. Ein „Bot“ könnte durch die massenhafte Verbreitung einer Äußerung möglicherweise viele andere, von Individuen verbreitete Einzeläußerungen als irrelevant erscheinen lassen. Dass dies tatsächlich geschieht, ist zwar denkbar, lässt sich aber nur schwer nachweisen und ist empirisch noch nicht untersucht.<sup>815</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein „Bot“ immer nur einen technischen Verbreitungsassistenten eines Individuums darstellt. Dabei können alle gesellschaftlichen Kräfte „Bots“ einsetzen, so dass im Ergebnis der Meinungspluralismus gewährleistet bliebe. Die Meinungsbildung bleibt dabei grundsätzlich weiterhin möglich, unabhängig davon, ob Meinungen automatisiert oder händisch artikuliert werden. Eine eindeutige Verzerrung oder Gefährdung der Meinungsvielfalt als solcher, der auf den Einsatz von „Bots“ zurückgeführt werden kann, ist aktuell hingegen nicht ersichtlich – ein kritisches Untermaß ist nicht erreicht.<sup>816</sup> Inwieweit individuell getätigte Aussagen weniger wahrgenommen werden, die Gefahr einer quantitativen Verzerrung der gesellschaftlichen Meinungswirklichkeit oder die für sie bestehenden potentiellen Gefahren sind vielmehr Gegenstand der gesetzgeberischen „Bot“-Regulierung und im Rahmen der Abwägung von Äußerungsfreiheit und Meinungsbildung zu berücksichtigen. Allein die quantitative Marginalisierung individueller Meinungen durch automatisiert verbreitete Äußerungen reicht nicht aus, um „Bot“-Aussagen den sachlichen Schutz der Meinungsfreiheit zu entziehen.

Eine Vereitelung individueller Aussagen könnte jedoch auch in der Einschüchterung der Rezipienten an der Diskursteilnahme liegen, die dadurch entsteht, dass ihre Meinungen nicht der durch das Programm vielfältigsten, vermeintlichen Mehrheitsmeinung entsprechen (sog. quantitative Legitimität).<sup>817</sup> Auch diese horizontal wirkenden „chilling effects“ sind diskurshemmend. Hieraus unmittelbar

<sup>813</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Anwendung außerargumentativer Druckmittel“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (3).

<sup>814</sup> Dahingehend zunächst noch *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103.

<sup>815</sup> Siehe nur *Hegelich*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 049, S. 6; *Sängerlaub*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 048, S. 6.

<sup>816</sup> In diese Richtung *Hegelich*, Social Media im Wahlkampf, S. 41; *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 254; *Muhle*, VHW-FWS 2018, S. 246 f.

<sup>817</sup> *Klaas*, MMR 2019, S. 88; *Brings-Wiesen*, Meinungskampf mit allen Mitteln und ohne Regeln?, auf: Juwiss Blog, Beitrag vom 30. November 2016.

einen Schutzbereichsausschluss zu folgern, könnte die grundrechtliche Meinungsäußerungsfreiheit jedoch stark entwerten. Diese Effekte zu verhindern, ist Aufgabe des regulierenden Gesetzgebers.<sup>818</sup>

(iv) Ergebnis: Schutzbereichsexklusion durch besondere Sozialwidrigkeit von „Social Bots“

Außer bei der Verwendung außerargumentativer Druckmittel findet kein Ausschluss aus dem sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit statt. Potentiell und faktisch vielfaltsschädigende Einflüsse müssen auf Ebene der Abwägung berücksichtigt werden.<sup>819</sup>

c) Ergebnis: Aussagenverbreitung via „Social Bots“

Für den Grundrechtsträger, dem eine durch einen „Bot“ verbreitete Aussage zugerechnet wird, ist der persönliche Schutzbereich eröffnet. Die Konfiguration des „Bots“ stellt eine antizipierte Aussage eines Grundrechtsträgers dar, sofern sich nicht der Staat des „Bots“ bedient. Für die Desinformationsverbreitung gilt in Bezug auf die Eröffnung des Schutzbereiches nichts Anderes als bei ihrer Verbreitung unmittelbar durch einen Grundrechtsträger. Auch die Täuschung über die Ausagemodalitäten ist insoweit für die Eröffnung des Schutzbereiches unerheblich, da das Fingieren von Umständen die größtmögliche Form der Betätigung der von den Kommunikationsgrundrechten geschützten Modalitätenwahlfreiheit darstellt. Für die Aussagenverbreitung mittels „Social Bots“ kann daher der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit beansprucht werden.

### **3. Ergebnis: Neuere Arten der Online-Kommunikation und ihre grundrechtliche Verortung**

Während die Vermittlung von Beiträgen durch Informationsintermediäre grundsätzlich nicht von den Kommunikationsfreiheiten im engeren Sinne geschützt wird, ist der Einsatz von „Social Bots“ als Hilfsmittel der Aussagenverbreitung von der Meinungsfreiheit geschützt.

<sup>818</sup> Ebd.; ähnlich auch *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103.

<sup>819</sup> So auch *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75.

## **V. Ergebnis: Verfassungsrechtliche Einordnung der Verbreitung von „Fake News“ und anderer Online-Kommunikationsformen**

Die unterschiedlichen Kommunikationsverhalten müssen verfassungsrechtlich differenziert betrachtet werden. Das Phänomen der „Fake News“ ist vielschichtig und profitiert allem voran von der Online-Kommunikation. Dabei stellt die Verbreitung von Desinformation selbst einen dem individuellen Mitteilungsbedürfnis des Einzelnen entspringenden Kommunikationsakt dar. Das Sich-Mitteilen bezweckt gerade den grundrechtlichen Schutz der Kommunikation. Auch wenn Kommunikation grundsätzlich auf die Meinungsbildung Dritter abzielt, darf keine weitere, ungeschriebene Voraussetzung wie eine Wahrheitspflicht zur Sicherung einer „guten“ Meinungsbildung als verfassungsunmittelbare Schranke der Kommunikationsgrundrechte induziert werden. Die Verfassung differenziert nicht zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung, sondern beabsichtigt die Ermöglichung zweckfreier Kommunikation. Für alle Kategorien von Desinformation ist der Schutzbereich deshalb zu eröffnen. Dies gilt auch unabhängig von dem jeweils verwendeten technischen Verbreitungsmittel. Aussagen, die über einen „Social Bot“ verbreitet werden, stehen unter dem Schutz der Meinungsfreiheit. Anders liegt der Fall für die Vermittlungstätigkeit der Informationsintermediäre, die in der Praxis kein Interesse daran haben, nur bestimmte oder eigene Meinungen zu verbreiten, sondern bloß aus ökonomischen Rationalitäten heraus die Interessen ihrer Nutzer befriedigen wollen und deshalb nur von der Unternehmensfreiheit von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt sind. Die Medienbegriffe müssen im Zeitalter der Online-Kommunikation entwicklungs offen und technikneutral ausgelegt werden und Regulierungsregime anhand der konkreten Gefährdungslagen bestimmt werden. Dabei verstärken Mediengrundrechte die Meinungsäußerungsfreiheit, so dass sich in Bezug auf die Verbreitung von „Fake News“, unerheblich ob wertend oder nicht, keine Abweichungen zu den hier vertretenen Ansätzen zur Meinungsfreiheit ergeben können. Verbreitete Desinformation birgt zwar Gefahren für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, respektive die individuelle, aber auch die darauffolgende gesellschaftliche Meinungsbildung. Dies darf jedoch unter der Prämisse eines zweckfreien Grundrechtsschutzes kein Ausschlusskriterium für grundrechtliche Schutzbereiche bilden, sondern muss dogmatisch korrekt als kollidierendes, regelmäßig schutzwürdiges Gegenrecht in die Abwägung zur Rechtfertigung von Einschränkungen eingestellt werden. Alles in allem muss die Meinungsfreiheit besser im Sinne einer allgemeinen Mitteilungsfreiheit verstanden und eine Gegenposition, wie etwa die Meinungsbildung, auf Abwägungsebene berücksichtigt werden.

## D. Verfassungsrechtliche Beschränkbarkeit von „Fake News“-Aussagen

Im folgenden Abschnitt wird auf Grundlage der vorherigen Ergebnisse der verfassungsrechtliche Beschränkungsrahmen für die Verbreitung von „Fake News“ dargestellt, um hieraus Erkenntnisse für die an späterer Stelle diskutierten Regulierungsvorschläge *de lege ferenda* ziehen zu können.<sup>820</sup> Auch die in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung von der Verfassung gewährten und für diese Ordnung essentiellen Freiheitsrechte wie die Kommunikationsgrundrechte können in verhältnismäßiger Weise beschränkt werden. Eine absolute Geltung würde die aus dem subjektiven Wertgehalt der Grundrechte entstehenden positiven Schutz- und Abwehransprüche von anderen Grundrechtsträgern gegen den Staat, die sich auch auf der horizontalen Ebene auswirken, *ad absurdum* führen. Dem Staat obliegt aufgrund der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension eine Schutzpflicht zur Absicherung jedes grundrechtlich geschützten Verhaltens, folglich auch für die Güter, die häufig mit freier Kommunikation kollidieren, wie beispielsweise den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>821</sup> Zu einer verfassungskonformen Beschrän-

---

<sup>820</sup> Siehe Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation *de lege ferenda*“ unter Punkt G.

<sup>821</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 205, 220 – Lüth. Zu der Entwicklung dieses Schutzkonzepts siehe grundlegend BVerfGE 33, 303, 333 – numerus clausus I. Siehe ferner BVerfGE 96, 56, 62 – Vater-

kung von grundrechtlich geschütztem Verhalten bedarf es grundsätzlich einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Interessen, bei der ein effektiver, aber schonender Ausgleich der Positionen zu erzielen ist und keines der Güter vollständig zurücktreten darf, sog. praktische Konkordanz.<sup>822</sup> Dies gilt gem. Art. 1 Abs. 3 GG für alle staatliche Gewalt, insbesondere für die Legislative. Hierzu werden zunächst die im Widerstreit mit der desinformativen Kommunikation stehenden Verfassungsgüter dargestellt (I.), bevor der verfassungsrechtliche Beschränkungsrahmen (II.) und die Grenzen der Einschränkung (III.) erörtert werden.

## I. Verfassungsrechtliche Kollisionsgüter zu Desinformation

Im Folgenden werden nur die besonders häufig mit der Desinformationsverbreitung kollidierenden Güter beleuchtet, in deren Schutz ein legitimer Zweck für vom Gesetzgeber vorzunehmende Kommunikationsbeschränkungen liegt.

### 1. Schutz vor Verletzungen der Persönlichkeit und Hetze

Auf der einen Seite steht als übergeordnetes Schutzziel die Verhinderung von Hetze und der individuellen Verunglimpfung durch verbreitete Desinformation. Diese Ziele entspringen insbesondere dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (a)) sowie

---

schaftsauskunft; 92, 26, 46 – Zweitregister; 88, 203, 251 ff. – Schwangerschaftsabbruch II; 79, 174, 201 f. – Straßenverkehrslärm; 77, 381, 402 – Gorleben; 66, 369, 380 – Wählernötigung; 56, 54 73, 78, 80 – Fluglärm; 53, 30, 57 – Mühlheim-Kärlich; 46, 160, 164 – Schleyer; 40, 11, 41 – Wahlprüfung; 39, 1, 41 f. – Schwangerschaftsabbruch. Zum eingeschränkten Prüfungsumfang siehe ferner BVerfGE 50, 290, 332 f. – Mitbestimmung. In BVerfGE 77, 170, 215 – Lagerung chemischer Waffen heißt es überdies: „*Der mit einer [...] Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch ist im Blick auf diese Gestaltungsfreiheit nur darauf gerichtet, daß die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutze des Grundrechts trifft, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind. Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, daß allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann*“ (Hervorhebungen durch den Verfasser). Vgl. auch Isensee, in: ders./Kirchhof, HbdStR IV, § 73 Rn. 43, Rn. 70; HbdStR IX, § 191 Rn. 1, Rn. 174 ff.; Callies, JZ 2006, S. 321 f. mit Hinweis auf Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR II, § 26 Rn. 31 f.; siehe S. 323 ff. zum Streit über die dogmatische Herleitung der Schutzpflichten sowie S. 326 f. zur Erforderlichkeit der Balancierung der unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen von freiheitssichernden Abwehransprüchen des Bürgers gegen den Staat auf der einen und positiven Schutzpflichten des Staates, die zur Einschränkung von Freiheit der Bürger führen, auf der anderen Seite. Schmidt-Jortzig, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 48. Zur Grundvoraussetzung des Bestands wirksamer Grundrechte für eine Demokratie, siehe Starck, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 33 Rn. 4.

<sup>822</sup> BVerfGE 142, 74, 101 Rn. 82 – Sampling; 134, 204, 223 Rn. 68 – Werkverwertungsverträge; 129, 78, 101 f. – Le Corbusier; 93, 1, 21 – Kreuzifix; 81, 278, 292 – Bundesflagge. Zum Prinzip der praktischen Konkordanz siehe Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 2 Rn. 72, § 10 Rn. 317 ff.



dem Verfassungsgut des zu wahrenen öffentlichen Friedens (b)). Beide Positionen sind dabei stark in der Menschenwürde verwurzelt und dienen vor allem dem Schutz des Individuums selbst.<sup>823</sup>

*a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG*

Materiell umfasst das vom Grundgesetz nicht eigenständig benannte Allgemeine Persönlichkeitsrecht den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem jeder Mensch die Möglichkeit zur persönlichen Lebensführung sowie Entwicklung und Wahrung seiner persönlichen Individualität erhalten soll.<sup>824</sup> Seine Ausprägung in Form des Rechts auf Selbstdarstellung,<sup>825</sup> respektive der Rechte der persönlichen Ehre, am eigenen Wort und Bild, bildet seit jeher den häufigsten Konfliktfall im Zusammenhang mit der Ausübung von Kommunikationsfreiheiten.<sup>826</sup> Denn dieses Recht dient allgemein dem Schutz vor verfälschenden oder entstellenden Fremddarstellungen sowie vor herabsetzenden Werturteilen und unwahren Tatsachenbehauptungen.<sup>827</sup> Neben Fällen unter Beteiligung der klassischen Medien tritt dieser Konflikt heutzutage in besonders ausgeprägter Form im Rahmen der Internetkommunikation auf. Dritte können vor allem über soziale Medien durch die Verbrei-

<sup>823</sup> Das BVerfG stellt hinsichtlich des öffentlichen Friedens auf den Schutz vor Rechtsgutsverletzung oder die Entstehung erkennbarer Gefährdungslagen für Rechtsgüter ab, vgl. BVerfGE 124, 300, 330 – Wunsiedel. Siehe jüngst auch die konsolidierenden BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats hinsichtlich der Rechtsprechung zur Schmähkritik und Formalbeleidigung, BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 14, Rn. 21, – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 15 und – 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 15, Rn. 22; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14. Juni 2019, – 1 BvR 2433/17 –, juris, Rn. 18.

<sup>824</sup> Zur Ableitung dieses Rechts aus der Menschenwürde siehe BVerfGE 35, 202, 224 ff., 232 – Lebach; 27, 1, 6 – Mikrozensus 6, 32, 41 – Elfes.

<sup>825</sup> Zur Ableitung dieses unbenannten Freiheitsrechtes aus benannten Grundrechten, siehe BVerfGE 54, 148, 153 – Eppler; 35, 202, 219 ff., 238 ff. – Lebach; 34, 269, 280 ff. – Soraya; 34, 238, 246 – Tonband; 33, 367, 376 – Sozialarbeiter; 27, 1, 6 – Mikrozensus. Zu jüngeren Entwicklungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung siehe BVerfGE 115, 320, 341 ff. – Rasterfahndung II; 113, 29, 45 ff. – Anwaltsdaten; 65, 1, 41 ff. – Volkszählung. Zum Recht der Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme siehe BVerfGE 120, 274, 302 ff. – Online-Durchsuchungen.

<sup>826</sup> Zum Recht am eigenen Wort und Bild, siehe BVerfGE 101, 361, 380 ff. – Caroline von Monaco II; 54, 208, 217 – Böll; 34, 238, 246 – Tonband. Zum Recht der persönlichen Ehre, siehe BVerfGE 114, 339, 346 – Stolpe-Beschluss; 93, 266, 293 – „Soldaten sind Mörder“; 82, 272, 284 – Postmortale Schmähkritik. Zum Recht des Schutzes vor verfälschenden Darstellungen siehe BVerfGE 99, 185, 194 – Scientology; 97, 391, 403 – Mißbrauchsvorwurf; 97, 125, 148 f. – Caroline von Monaco I; 54, 148, 153 – Eppler; 34, 269, 282 f. – Soraya. Zum Recht auf Gegendarstellung, siehe BVerfGE 63, 131, 142 f. – Gegendarstellung.

<sup>827</sup> BVerfGE 114, 339, 352 – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 197 ff. – Scientology; 94, 1, 8 – DGHS; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 54, 208, 217 f. – Böll (Zuschreibung eines unrichtigen Zitates); 42, 163, 170 – Herabsetzendes Werturteil; 34, 269, 282 f. – Soraya (erfundenes Interview); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 15.

tion von Lügen breitenwirksam in ihrer Ehre verletzt werden. Das Recht auf Selbstdarstellung erstreckt sich – mit gewissen Einschränkungen – auch auf juristische Personen.<sup>828</sup>

*b) Öffentlicher Frieden, Art. 1 und 20 GG sowie Präambel*

Ferner wurde mit dem *Wunsiedel*-Beschluss der „öffentliche Frieden“ als eigenständiges Verfassungsgut bestätigt.<sup>829</sup> Ihn nennt das Grundgesetz zwar nicht explizit. Er ergibt sich aber implizit aus tragenden Verfassungsgrundsätzen und benannten Verfassungsgütern.<sup>830</sup> Er kann also eine kollidierende Position zur Desinformationsverbreitung darstellen.

So hat das BVerfG in dem besagten Beschluss entschieden, dass die Verletzung der fundamentalen Verfassungsgrundsätze, vor allem Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 20 GG, durch Kommunikation Ausnahmen von dem in Art. 5 Abs. 2 GG niedergelegten Sonderrechtsverbot erlaubt.<sup>831</sup> Diese lassen sich dogmatisch aber nur rechtfertigen, wenn das entsprechende Sondergesetz eine einfach-gesetzliche Ausformung eines kollidierenden Verfassungsguts darstellt, zu denen es den öffentlichen Frieden in engerem Sinne<sup>832</sup> damit erhebt.

Unter dem öffentlichen Frieden sei die Gewährleistung von Friedlichkeit zu verstehen, bei der es im kommunikativen Kontext um den vorgelagerten Schutz des friedlichen Miteinanders und damit vor Äußerungen geht, die darauf angelegt sind, rechtsgutsgefährdende Handlungen einzuleiten oder entsprechende Gefährdungslagen zu begründen, also den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch zu markieren.<sup>833</sup> Nicht darf es dabei bloß um die Konfrontation mit beunruhigenden Ansichten gehen, selbst wenn sie gefährlich und auf eine grundlegende Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, da der freiheitlich-demokratische Staat auch solche Tendenzen aushalten muss.<sup>834</sup> Gemeint sind vor allem solche Aussagen, bei

<sup>828</sup> Nicht abschließend BVerfGE 106, 28, 42 ff. – Mithörrichtung. Vgl. hingegen grundsätzlich bejahend die zivilrechtliche Rechtsprechung BGHZ 98, 94, 97; BGH GRUR 1994, 394, 395; BGH GRUR 2014, 802 Rn. 8; GRUR 2015, 92 Rn. 19; GRUR 2015, 289 Rn. 12 – Hochleistungsmagneten; OLG Hamburg, Urteil vom 16. Dezember 2008, – 7 U 49/08 –, juris, Rn. 59 ff. Ebenso BVerwGE 131, 171 Rn. 16 f.; OVG Lüneburg NJW 2009, 2697; *Di Fabio*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 2 Abs. 1 Rn. 224.

<sup>829</sup> BVerfGE 124, 300, 325 – *Wunsiedel*. Vgl. auch BVerfG NJW 2012, 1498, 1500 Rn. 25; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 20; *Wandres*, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens, S. 211 ff. Kritisch zur Begründung *Michael*, ZJS 2010, S. 159 ff.

<sup>830</sup> *Klaas*, MMR 2019, S. 87 ff. Allgemein *Murswiek*, in: Merten/Papier, HbdStR II, § 28 Rn. 66 ff., Rn. 70.

<sup>831</sup> BVerfGE 124, 300, 327 f. – *Wunsiedel*.

<sup>832</sup> Ebd., S. 334 f. – *Wunsiedel*.

<sup>833</sup> BVerfGE 124, 300, 333, 335 – *Wunsiedel*; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 17, Rn. 27.

<sup>834</sup> BVerfGE 124, 300, 332 f. – *Wunsiedel*; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 25 f., Rn. 30.

denen die Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung infrage steht,<sup>835</sup> also solche, die als Aufruf oder Emotionalisierung bei den Angesprochenen die Bereitschaft zu handeln auslösen, Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte einschüchtern.<sup>836</sup> Bei der Leugnung, Verharmlosung oder Billigung der Verbrechen der Gewalt- und Willkürherrschaft im Dritten Reich ist dies nach dem BVerfG indiziert.<sup>837</sup> Dies lässt sich jedenfalls auf die Verletzung der Ehre der Opfer, in Einzelfällen unter Umständen sogar auf die Verletzung ihrer Würde<sup>838</sup> zurückführen, wobei die Wechselwirkung bedingt, dass eine solche Feststellung auf eindeutige Fälle beschränkt sein muss.<sup>839</sup> Bei der Verharmlosung des Holocausts muss die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens hingegen erst positiv festgestellt werden.<sup>840</sup>

Häufig ist die Absenkung der Hemmschwellen getragen durch das Schüren von Hass gegen eine „Rasse“<sup>841</sup>, die Abstammung oder ethnische Herkunft von Personen. Dabei befeißigen sich die Hetzer komplementär der Desinformationsverbreitung. Die damit erzielten Verunglimpfungen tasten das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen regelmäßig an. Stellen diese Äußerungen Formalbeleidigungen und Schmähkritiken dar, ist der Kern des Persönlichkeitsrechts, die persönliche Ehre, angetastet, weshalb die Äußerungsfreiheiten grundsätzlich hinter das Persönlichkeitsrecht zurücktreten müssen.<sup>842</sup> Mit der Aufstachelung zum Rechtsbruch verbunden ist der staatliche Schutzauftrag zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>843</sup>

## 2. Freie Meinungsbildung

Auf der anderen Seite steht die freie Meinungsbildung als übergeordnetes Gut. Sie besteht in zwei unterschiedlichen Ausprägungen: Erstens in der individuellen (a)) und zweitens in der überindividuellen, gesellschaftlichen Meinungsbildung (b)).

<sup>835</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 17, Rn. 19, Rn. 28 f.

<sup>836</sup> Ebd.; BVerfGE 124, 300, 333 – Wunsiedel.

<sup>837</sup> Vgl. Ebd., S. 337 – Wunsiedel; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 23, Rn. 29 f.; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 26, Rn. 30 ff.

<sup>838</sup> Offengelassen in BVerfGE 124, 300, 344 – Wunsiedel.

<sup>839</sup> Ebd. Zum Prinzip der Wechselwirkung i. R. d. Beschränkung von Kommunikation, siehe Abschnitt „Theorem der Wechselwirkung“ unter Punkt D. III. 1. a).

<sup>840</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 23, Rn. 29 f.

<sup>841</sup> Zur jüngeren Diskussion um den Rassebegriff im Grundgesetz, siehe beispielhaft die Anträge auf Streichung des Begriffes der „Rasse“ aus sämtlichen nationalen und internationalen Rechtstexten und dessen Ersetzung durch einen zeitgemäßen Begriff, LT-SH Drs. 19/2317 und 19/2373.

<sup>842</sup> Siehe Abschnitte „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ und „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Formalbeleidigung“ unter den Punkten C. III. 2. c) dd) (iv) (4) und (e).

<sup>843</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 33.

Dabei ist die individuelle Meinungsbildung Ausgangspunkt für eine Äußerung und einen anschließenden Diskurs, der wiederum zur gesellschaftlichen Meinungsbildung führt, die ihrerseits die Grundlage der demokratischen Willensbildung darstellt. Diese in der Realität kongruent stattfindenden Meinungsbildungsprozesse sind verfassungsrechtlich gesichert.

*a) Individuelle Meinungsbildung, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG*

Zum „vertikalen“ Schutz der individuellen Meinungsbildung vor staatlichen Eingriffen durch die Meinungsfreiheit wurde bereits Stellung bezogen. Als Kehrseite der Meinungsäußerung des Einen ergibt sich die bezweckte Meinungsbildung eines Anderen, die Grundvoraussetzung für eine sich anschließende Aussage des Letzteren ist. Auch diesen „horizontalen“ Prozess muss der Staat absichern. Zur Gewährleistung einer freien Meinungsbildung verlangt Art. 5 Abs. 1 GG auf objektiv-rechtlicher Seite die Absicherung der Meinungsvielfalt.<sup>844</sup> Um einseitiger Meinungsbildung vorzubeugen, müssen Meinungsmonopole durch dezentrierende und den Wettbewerb am Meinungsmarkt belebende Maßnahmen verhindert werden.<sup>845</sup> Dies verlangt das Schaffen einer Rechtsordnung, die die Verstärkung der Äußerungsfreiheiten des Einzelnen vorsieht. Dass der Empfänger vor bestimmten Angeboten die Augen verschließt oder sich nur einseitig informiert, ist unerheblich. Er kann aufgrund seiner negativen Informationsfreiheit nicht vom Staat zum Konsum bestimmter Meinungen gezwungen werden.<sup>846</sup>

Eine erhebliche Beeinträchtigung der individuellen Meinungsbildung kann aber auch durch die massenhafte und breitenwirksame Desinformationsverbreitung eintreten. Auch vor dieser Verzerrung muss der Staat Schutz bieten, damit eine selbstbestimmte Meinungsbildung möglich bleibt. An dieser Stelle wirkt sich die Entscheidungspraxis des BVerfG aus, dass unrichtige Information grundsätzlich keinen Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung leiste: Es geht grundsätzlich um die Absicherung einer Meinungsbildung anhand zutreffender Tatsachen.<sup>847</sup> Zudem sinkt durch die Desinformationsverbreitung das Vertrauen in den Diskurs. Dabei ist die Integrität des Kommunikationsprozesses für die Mei-

<sup>844</sup> Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 132, Rn. 157.

<sup>845</sup> Vgl. BVerfGE 80, 124, 134 – Postzeitungsdienst; Paal, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 98 f.; Gounalakis, Konvergenz der Medien, S. 73. Zum Begriff des Meinungsmarktes, vgl. BVerfGE 57, 295, 323 – FRAG.

<sup>846</sup> Vgl. EKMR, Unzulässigkeitsentscheidung vom 7. April 1994, Nr. 20871/92, – Strohal ./. Österreich; Report vom 2. Juni 1993, Serie A 255-B – K ./. Austria, Rn. 45; OLG Karlsruhe NJW 1970, 64, 65; abw. Meinung Haas, BVerfGE 104, 92, 115, 117 – Sitzblockaden; Grabenwarter, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 81; Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), GG, Art. 5 Rn. 44; Paulus, in: Voßkuhle/Huber, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 96; Wendt, in: v. Münch/Kunig I, Art. 5 Rn. 19. Anders hingegen Sodan, in: ders./Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, Rn. 32.

<sup>847</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 – Auschwitzlüge; 85, 1, 15 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 54, 208, 219 – Böll; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel.

nungsbildung von besonderer Wichtigkeit. Hierbei müssen die veränderten technischen Kommunikationsmodalitäten, wie beispielhaft die massenhafte Verbreitung von Inhalten durch „Bots“, berücksichtigt werden, die einen erheblichen Einfluss auf die Meinungsbildung und sogar subversive Prozesse innerhalb der Gesellschaft ermöglichen.<sup>848</sup> Allerdings gefährdet nicht jede Lüge den Kommunikationsprozess. Rezipienten können Lügen nicht zuletzt aufgrund sichergestellter Meinungsvielfalt falsifizieren. Auch kann Desinformation einem satirischen oder edukativen Zweck dienen (Spinnenexperiment).

Der Ausgleich der Meinungsbildungs- und -äußerungsfreiheit kann sich nicht *per se* anhand einer Wahrheitspflicht beurteilen, da dann die Äußerungsfreiheit entgegen der Grundsätze der praktischen Konkordanz vollständig zurückträte. Vielmehr muss eine Abwägung der Desinformationsverbreitung mit konkret kollidierenden Verfassungsgütern stattfinden. Den Zielkonflikt zwischen den Äußerungsfreiheiten und dem Gut der individuellen Meinungsbildung muss der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums lösen.

#### b) *Gesellschaftliche Meinungsbildung*

Die gesellschaftliche Meinungsbildung ist nur mittelbares Erzeugnis des von den Kommunikationsfreiheiten bezweckten Diskurses. Als überindividuelles Gut ist sie jedoch nicht von der Meinungsfreiheit selbst geschützt. Gleichwohl stellt die gesellschaftliche Meinung die Summe individueller Meinungen dar. Ihre Verzerrung lässt sich auf die Verarbeitung einer Vielzahl individueller Meinungen zurückführen. Für den Schutz des gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozesses kann daher nichts Anderes gelten. Betrifft die Regulierung den Schutz der individuellen Meinungsbildung, betrifft sie die gesellschaftliche Meinung. Gleichwohl ließe sich die gesellschaftliche Meinungsbildung als Fundament der demokratischen Staatsordnung nach Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und dem darauf basierenden Recht der freien Wahl nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als eigenes Verfassungsgut ableiten.<sup>849</sup> Ob diese Ableitung überhaupt notwendig ist, muss vorliegend nicht beantwortet werden, da das Recht auf freie Wahl auch ein eigenständiges kollidierendes grundrechtsgleiches Individualrecht ist, zu dessen Schutz der Staat verpflichtet ist.

### **3. Recht auf freie Wahl, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG**

Für demokratische Wahlen bedarf es eines vorgeschalteten Prozesses der Meinungsbildung. Die Freiheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wie auch aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG legt fest, dass die Wählerentscheidung frei von äußerem Zwang und unbeeinflusst möglich sein muss.<sup>850</sup> Dies beinhaltet auch, dass die Wähler in einem

<sup>848</sup> Vgl. *Milker*, ZUM 2017, S. 220 mit Hinweis auf *Boehme-Nefler*, MMR 2009, S. 439 ff.

<sup>849</sup> In diese Richtung *Klaas*, MMR 2019, S. 88 f.

<sup>850</sup> BVerfGE 7, 63, 69 – Listenwahl; 44, 125, 139 – Öffentlichkeitsarbeit; 66, 369, 380 – Wählerernötigung. *Klaas*, ebd., S. 88.

freien Prozess der Meinungsbildung zu ihrem Willen finden können.<sup>851</sup> Wahrheitsgetreue Information spielt dafür eine maßgebliche Rolle. Nur von Wahlen, die auf einem tatsächlichen Willen des Souveräns basieren, geht eine demokratische Legitimation aus.<sup>852</sup> Dies verlangt neben der gegen den Staat gerichteten abwehrrechtlichen Komponente<sup>853</sup> aus objektiv-rechtlicher Perspektive, dass der Wähler auch vor dem von anderen Grundrechtsträgern ausgeübten Druck geschützt wird, der einen freien Wahlentscheidungsprozess gefährdet.<sup>854</sup> Die Wählerwillensbildung fällt grundsätzlich mit der individuellen Meinungsbildung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zusammen, so dass auf das Gesagte rekurriert werden kann. Insbesondere im Wahlzeitraum findet tendenziöse Werbung und Beeinflussung statt, wozu teils dekontextualisierte Informationen verwendet werden. Dabei dürfte den Rezipienten regelmäßig klar sein, dass die Meinungsbildung im Vordergrund steht, die – sofern Parteien und ihre Anhänger agieren – auch über Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich angeordnet ist. Er ist grundsätzlich fähig, Einflussnahmen von Privaten zu durchschauen.<sup>855</sup> Nichtsdestotrotz veranschaulicht die jüngere Zeitgeschichte im Zusammenhang mit demokratischen Zusammenhängen – genannt seien bloß das *Brexit*-Referendum und die US-Präsidentenwahl 2016 –, dass diese Annahme ins Wanken geraten kann. Dies verdeutlicht, das besondere Spannungsverhältnis zwischen freier Rede und (demokratischer) Meinungsbildung: Die demokratische Meinungsbildung bildet als das Resultat der ausgeübten Kommunikationsfreiheiten ein fragiles Gut, das der Gesetzgeber zu schützen verpflichtet ist. Dabei darf der Gesetzgeber Einschränkungen in die Kommunikation einerseits nur sehr behutsam vornehmen. Andererseits muss er aber das besondere Gefährdungspotential für den demokratischen Prozess durch die veränderten gesellschaftlichen Kommunikationsbedingungen berücksichtigen und darf Maßnahmen zur Gefahrenreduktion treffen.

#### 4. Nationale Sicherheit

Desinformation kann auch Belange der nationalen Sicherheit untergraben. Verstärkt werden könnte dies noch durch staatlich geförderte Desinformationskampagnen. Hierauf soll vorliegend aber nicht näher eingegangen werden.<sup>856</sup>

<sup>851</sup> BVerfGE 20, 56, 97 – Parteienfinanzierung II; BVerwGE 118, 101, 106.

<sup>852</sup> BVerfGE 7, 63, 69 – Listenwahl; 44, 125, 139 – Öffentlichkeitsarbeit; BVerwGE ebd.

<sup>853</sup> Siehe zum Grundsatz staatlicher Neutralität und wahrheitsgetreuer Information nur BVerfGE 44, 125, 139 – Öffentlichkeitsarbeit; BVerwGE ebd.

<sup>854</sup> Vgl. BVerfGE 40, 11, 41 – Wahlprüfung; 66, 369, 380 – Wählernötigung.

<sup>855</sup> Eine historische Aufbereitung findet sich in BVerfGE 103, 111, 127 ff. – Wahlprüfung Hessen; siehe ferner Verfassungsgericht Hamburg NVwZ-RR 1999, 354, 355.

<sup>856</sup> Siehe hierzu *Vasu et al.*, „Fake News“: National Security in Post-Truth Era, S. 9 ff.



## II. Beschränkungsrahmen der Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 2 GG

Zur Beschränkung der freien Kommunikation – und damit auch der Verbreitung von „Fake News“<sup>857</sup> – muss sich der Gesetzgeber im grundgesetzlich vorgegebenen – online wie offline geltenden – Beschränkungsrahmen von Art. 5 Abs. 2 GG halten. Einschränkungen der in Art. 5 Abs. 1 GG niedergelegten Äußerungsfreiheiten sowie des Inhalts von Meinungsäußerungen<sup>858</sup> sind nur durch allgemeine Gesetze, Bestimmungen zum Schutze der Jugend oder durch das Recht der persönlichen Ehre zulässig. Art. 5 Abs. 2 GG legt damit qualifizierte Schrankenvoraussetzungen fest.<sup>859</sup> Diese Bestimmung trägt der überragenden verfassungsrechtlichen Bedeutung der Kommunikation für die individuelle Selbstverwirklichung, aber auch für die demokratiestaatliche Ordnung Rechnung.

Selbst wenn man der Ansicht folgte, dass die Verbreitung wertfreier „Fake News“ nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit, sondern nur der Allgemeinen Handlungsfreiheit<sup>860</sup> nach Art. 2 Abs. 1 GG unterfalle, so ist dem Gesetzgeber im Hinblick auf eine etwaige gesetzliche Regulierung anzuraten, die im Vergleich zur Allgemeinen Handlungsfreiheit<sup>861</sup> höheren verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 GG – als eine Art „eigenverantwortliche Schrankenleihe“<sup>862</sup> – heranzuziehen, um mit dem gesetzten Recht alle Fälle der Verbreitung von „Fake News“ zu erfassen. Aufgrund der Relevanz zur Beschränkung von „Fake News“ soll der Fokus der Betrachtung des Vorbehalts auf den Beschränkungen durch allgemeine Gesetze und zugunsten des Ehrschutzes liegen.

<sup>857</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum differenten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 2. c) dd).

<sup>858</sup> BVerfGE 124, 300, 319 – Wunsiedel; 111, 147, 154 f. – Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot; 90, 241, 246 – Auschwitzlüge; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2001, – 1 BvQ 13/01 –, juris, Rn. 23.

<sup>859</sup> Vgl. zum Beispiel Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 3, Art. 6 Abs. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 S. 1, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 S. 2, Art. 13 Abs. 2, Abs. 3, Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2, Art. 15 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 GG.

<sup>860</sup> *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (40. Ed.), Art. 5 Rn. 6, 126. Offen gelassen in Wissenschaftlicher Dienst, WD 10 – 3000 – 046/16, S. 7 f.

<sup>861</sup> Siehe die Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 GG, die sich in der „verfassungsmäßigen Ordnung“ manifestiert, was dazu führt, dass zur Beschränkung ein – sogar materielles – einfaches verfassungskonformes Gesetz genügen würde. Zur Problematik der Schrankentrias und der weiten Auslegung, siehe grundlegend BVerfGE 6, 32, 42 f. – Elfes; BVerfGE 80, 137 – Reiten im Walde. Zur Persönlichkeitskerntheorie siehe nur *Peters*, in: Constantopoulos/Wehberg, FS Laun, S. 669. Zur Relevanztheorie siehe Sondervotum *Grimm*, in BVerfGE 80, 137, 165 – Reiten im Walde.

<sup>862</sup> Zu den dogmatischen Bedenken einer verfassungsrechtlich abgeleiteten Schrankenleihe, siehe BVerfGE 30, 173, 191 ff. – Mephisto; 32, 98, 107 – Gesundheitsbet; 52, 223, 246 – Schulgebet. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HbdStR IX, § 191 Rn. 138; *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR IX, § 201 Rn. 13.



## 1. Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG

Das BVerfG geht seit der *Lüth-Entscheidung* in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Gesetz allgemein ist, wenn es weder Sonderrecht darstellt, noch das von ihm geschützte Rechtsgut gegenüber den Kommunikationsfreiheiten nachrangig ist.<sup>863</sup> Dieser als sog. Kombinationslehre bezeichnete Ansatz verbindet die zuvor entwickelte Sonderrechts<sup>864</sup> und die Abwägungslehre.<sup>865</sup>

Aus der Sonderrechtslehre folgt, dass meinungsbeschränkende Gesetze meinungsneutral sein müssen.<sup>866</sup> Verboten Gesetze bestimmte Meinungen als solche, sind sie im Umkehrschluss Sonderrecht. Diese Maßgabe ist für eine funktionierende Demokratie unerlässlich, resultiert aber vor allem aus dem negativen Freiheitsverständnis der Grundrechte.<sup>867</sup>

Nach der Abwägungslehre müssen einschränkende Gesetze einem Rechtsgut zu schützen bestimmt sein, welches im Vergleich zu den von Art. 5 Abs. 1 GG umfassten Rechtsgütern höher zu gewichten ist.<sup>868</sup> Hierfür ist eine Abwägung erforderlich, bei dem das Ergebnis nicht allgemeingültig ist und den Gerichten ein Letztentscheidungsvorbehalt zukommt.<sup>869</sup>

<sup>863</sup> Vgl. BVerfGE 102, 347, 360 – Benetton I; 95, 220, 235 f. – Aufzeichnungspflicht; 85, 248, 263 – Ärztliches Werbeverbot; 71, 162, 175 – Autobiographie eines Chefarztes; 71, 206, 214 – Veröffentlichung der Anklageschrift; 62, 230, 243 f. – Boykottaufruf; 50, 234, 241 – Ausschluss eines Reporters; 7, 198, 209 f. – Lüth; ungenau formuliert noch in BVerfGE 33, 52, 66 – Zensur; 26, 186, 205 – Ehrengerichte.

<sup>864</sup> Siehe zum Ansatz von *Häntzschel* auf Grundlage von Art. 118 Abs. 1 S. 1 WRV, *Häntzschel*, AöR 10 (1926), S. 232 f.; *ders.*, in: Anschütz/Thoma, HbdStR II, § 105, S. 657 ff., S. 661. Siehe zum Ansatz von *Anschütz* auf Grundlage der Preußischen Verfassungsurkunde, *Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat I, S. 512. Siehe ferner *Rothenbücher*, VVDStRL 4 (1928), S. 20. Hierzu siehe *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 276 m. w. N.; *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 287 f.; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 50.

<sup>865</sup> Zu weiteren Ansätzen siehe *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 141, Rn. 143 f. m. w. N.

<sup>866</sup> Die Modelle von *Häntzschel*, *Rothenbücher* und *Anschütz* insoweit kombinierend *Anschütz*, VVDStRL 4 (1928), S. 75. Siehe zu den historischen Hintergründen *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 275 ff., Rn. 277 ff., Rn. 284 f., Rn. 292 jeweils m. w. N.; *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 279 ff., S. 287 f., der fehlerhaft schlussfolgert, dass Ehr- und Jugendschutzbestimmungen als Schranke i. S. d. Art. 5 Abs. 2 Var. 2 und 3 GG nicht allgemein sein müssten. Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 124, 300, 321 f. – Wunsiedel; 93, 266, 291 – „Soldaten sind Mörder“; 71, 162, 175 f. – Autobiographie eines Chefarztes; 62, 230, 243 – Boykottaufruf; 7, 198, 209 f. – Lüth.

<sup>867</sup> BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 –, juris, Rn. 517; *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (185. EL), GG Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 58, Rn. 91 ff.; *Paulus*, ebd.

<sup>868</sup> Zurückgehend auf *Smend*, VVDStRL 4 (1928), S. 51 f.; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 52. In diese Richtung BVerfGE 26, 186, 205 – Ehrengerichte. Kritisch *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 287 f. *Michael*, ZJS 2010, S. 157 erwägt, die Qualifikation eines allgemeinen Gesetzes erst i. R. d. Verhältnismäßigkeit vorzunehmen.

<sup>869</sup> Vgl. *Smend*, ebd., S. 53. Kritisch hierzu *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 55. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 140; *Sodan*, in: *ders.*, GG, Art. 5 Rn. 29; *Bethge*, in:

Die jüngere Rechtsprechung des BVerfG räumt der Sonderrechtslehre implizit den Vorrang vor der Abwägungslehre ein und relativiert Letztere. Dies erklärt sich – auch ohne ausdrückliche Stellungnahme des Gerichts<sup>870</sup> – daraus, dass die Zulässigkeit einer Beschränkung ohnehin durch eine nachgelagerte Abwägung anhand des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs überprüft wird.<sup>871</sup> Eine Norm ist danach allgemein, wenn sie sich weder gegen eine Kommunikationsfreiheit oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richtet, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dient.<sup>872</sup>

## 2. Recht der persönlichen Ehre, Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG

Die Kommunikationsfreiheiten – und damit auch das Verbreiten von Desinformation – finden ihre Grenzen ferner im Recht der persönlichen Ehre. Letzteres stellt eines der Hauptkollisionsgüter zur „Fake News“-Verbreitung dar. Dabei stellt sich erstens die Frage, ob es sich bei diesem Recht um einen eigenständigen Gesetzesvorbehalt handelt (a)). Zweitens fragt sich bejahendenfalls, ob hierauf gerichtete Schutzgesetze auch durch ein allgemeines Gesetz ausgeformt sein müssen (b)).

### a) Gesetzesvorbehalt

Auch für die Beschränkung der Kommunikation zugunsten der Ehre besteht ein Gesetzesvorbehalt. Den vereinzelt vertretenen abweichenden Ansichten, nach denen die Ehre aus sich heraus Kommunikation beschränken könne, ohne einfachgesetzlich ausgestaltet zu sein, ist eine Absage zu erteilen.<sup>873</sup> Auch wenn das BVerfG in einer *Strafgefangenen*-Entscheidung ausführte, dass im „Gegensatz zu den Schranken der ‚allgemeinen Gesetze‘ und der ‚Bestimmungen zum Schutze der Jugend‘ (...) dem Wortlaut (von Art. 5 Abs. 2 GG) nach (...) kein Gesetzesvorbehalt postuliert“<sup>874</sup> ist, führt es in derselben Entscheidung im Anschluss aus, dass allein aus dem Wortlautargument nicht gefolgert werden könne, „dass das Recht der persönlichen Ehre demjenigen, der eine Meinung äußert, vom Staat auch in den Fällen entgegengehalten werden kann, in denen es an einer gesetzlichen Konkretisierung fehlt.“<sup>875</sup>

---

Sachs, GG, Art. 5 Rn. 151; Clemens, in: Umbach/Clemens, GG I, Art. 5 Rn. 126.

<sup>870</sup> Vgl. beispielsweise zum Ergebnis von Abwägungen BVerfGE 114, 339, 348 – Stolpe-Beschluss: „Das Ergebnis dieser Abwägung lässt sich wegen der Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls nicht generell und abstrakt vorausbestimmen.“

<sup>871</sup> So auch die Kritik bei Jestaedt, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 55 f. m. w. N.

<sup>872</sup> BVerfGE 59, 231, 263 f. – Freie Rundfunkmitarbeiter. Ähnlich BVerfGE 97, 125, 146 – Caroline von Monaco I; 124, 300, 322 ff. – Wunsiedel. Kritisch hingegen Jestaedt, ebd., Rn. 63, der in den Ausführungen der Wunsiedel-Entscheidung eine vollständige Neuausrichtung erblickt.

<sup>873</sup> Diese Ansicht vertritt etwa Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S. 287 f. mit Verweis auf BVerfGE 33, 1, 16 – Strafgefangener.

<sup>874</sup> So BVerfGE 33, 1, 16 – Strafgefangener (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>875</sup> Ebd., S. 16 f. – Strafgefangener.

Allein letztere Annahme kann grundrechtsdogmatisch überzeugen. Denn unter rechtsstaatlichen sowie demokratischen Gesichtspunkten darf der Staat Freiheitsrechte sowohl nur aufgrund eines Gesetzes oder durch Gesetz beschränken (Vorbehalt des Gesetzes).<sup>876</sup> Dies entspricht dem Wesentlichkeitsgrundsatz. Kein Gesetz für eine Beschränkung zu fordern, wäre überdies anfällig für Missbrauch. Mit dieser Annahme würde sowohl der Exekutive als auch der Judikative Tür und Tor geöffnet, unter Berufung auf das Recht der persönlichen Ehre Kommunikation willkürlich zu beschränken.

Verstärkt werden kann die zwingende Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zugunsten des Ehrenschatzes vor allem durch den Vergleich zu den vorbehaltlos – aber richtigerweise nicht schrankenlos<sup>877</sup> – gewährleisteten Grundrechten. Diese sind über verfassungsimmanente Schranken einschränkbar. Voraussetzung ist jedoch eine die Beschränkung legitimierende, einfach-gesetzlich Konkretisierung der entsprechenden Verfassungsposition.<sup>878</sup> Wenn dies selbst für vorbehaltlos angeordnete Grundrechte gilt, kann sich für das in Art. 5 Abs. 2 GG benannte „Recht der persönlichen Ehre“ widerspruchsfrei nichts Anderes ergeben. Die persönliche Ehre entspringt dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das seinerseits eine verfassungsimmanente Schranke darstellt und dessen Schutz deshalb für die Legitimität der Beschränkung anderer Grundrechte ebenfalls eine einfach-gesetzliche Konkretisierung erfordert. Daran ändert auch die Erwähnung der persönlichen Ehre in Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG nichts. Auch der Wortsinn des „Rechts der persönlichen Ehre“ lässt sich dahingehend deuten, dass unter dem Begriff „Recht“ die Umschreibung für gesetzliche Normierungen zu verstehen ist.<sup>879</sup>

Gleichwohl sei zugegeben, dass die praktische Relevanz dieses Streits gegen Null tendiert, da die vorhandenen Normierungen, wie beispielsweise die strafrechtlichen Sanktionsnormen sowie die Generalklauseln im Zivilrecht, Ehrverletzungen bereits in breitem Maße abdecken, vgl. §§ 185 ff. StGB, § 823 Abs. 1 und 2 BGB und § 1004 BGB.

<sup>876</sup> Vgl. die Darstellungen in ebd., S. 16 f. – Strafgefangener; BVerfGE 133, 112, 132 Rn. 53 f. – Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; 108, 282, 311 f. – Kopftuch I; 98, 218, 251 f. – Rechtschreibreform; 95, 267, 308 – Altschulden; 83, 130, 142 – Josefine Mutzenbacher m. w. N.; 77, 170, 230 f. – Lagerung von Chemiewaffen; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 61.

<sup>877</sup> Siehe nur BVerfGE 83, 130, 142 – Josefine Mutzenbacher; 77, 240, 253 – Hamburger Bericht; 30, 173, 193 f. – Mephisto. Zusammenfassend *Kokott*, in: Merten/Papier, HbdGR I, § 22 Rn. 47, Rn. 60.

<sup>878</sup> Vgl. BVerfGE 133, 112, 132 Rn. 53 f. – Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; 108, 282, 311 f. – Kopftuch I; 98, 218, 251 f. – Rechtschreibreform; 95, 267, 308 – Altschulden; 83, 130, 142 – Josefine Mutzenbacher m. w. N.; 77, 170, 230 f. – Lagerung von Chemiewaffen.

<sup>879</sup> Vgl. schon die Beratungen des Grundsatzausschusses JöR I (1951), S. 85 ff.

*b) Ehrschutznormen in Form allgemeiner Gesetze*

Das „Recht der persönlichen Ehre“ steht nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 GG neben den allgemeinen Gesetzen, so dass es als eines von drei eigenständigen Einschränkungsvarianten gedeutet werden könnte, das gerade kein allgemeines Gesetz verlange.<sup>880</sup> In diese Richtung lassen sich Entscheidungen des BVerfG interpretieren, in denen die §§ 185 ff. StGB schlicht als Ehrschutzbestimmungen benannt wurden.<sup>881</sup>

Indes müssen nach dem BVerfG auch Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre – sowie zum Schutz der Jugend<sup>882</sup> – allgemeine Gesetze darstellen.<sup>883</sup> Nach ihm sind allgemeine, Ehr- sowie Jugendschutzbestimmungen nicht antagonistisch zu verstehen. Die §§ 185 ff. StGB stehen dieser Auslegung nicht entgegen, da es sich bei ihnen wie auch den meisten anderen Normierungen zum Jugend- und Ehrschutz um allgemeine Gesetze handelt.<sup>884</sup> Sie mussten daher nicht mehr ausdrücklich als allgemein qualifiziert werden.<sup>885</sup> Dennoch wird dem BVerfG vorgeworfen, mit seiner Auslegung die Schrankendogmatik zu nivellieren und die explizit festgelegten speziellen Gesetzesvorbehalte zu umgehen.<sup>886</sup>

Gegen diese Kritik spricht jedoch, dass durch sie die gesteigerten Anforderungen an ein allgemeines Gesetz negiert würden. Wäre das Recht der persönlichen Ehre ein eigener Vorbehalt, würde er mangels ausdrücklicher Restriktion einfaches Sonderrecht legitimieren. Dies wiegt umso schwerer, als dass es sich bei der persönlichen Ehre um das hauptsächlich mit den Kommunikationsfreiheiten konfligierende Gut handelt. Auch Sondergesetze zugunsten des Ehrschutzes können die politische Diskussion und die Bildung eines gesellschaftlichen Willens in beson-

<sup>880</sup> So auch *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 290; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 141; *Sodan*, in: ders., GG, Art. 5 Rn. 31; *Michael*, ZJS 2010, S. 157 f.

<sup>881</sup> Vgl. nur BVerfGE 19, 73, 74 – Kronprinz Rupprecht; 12, 113, 124 – Schmid-Spiegel.

<sup>882</sup> Vgl. BVerfGE 11, 234, 238 – Jugendgefährdende Schriften.

<sup>883</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300, 321 ff., 326 f. – Wunsiedel.

<sup>884</sup> Zu den Ehrschutzdelikten der §§ 185 ff. StGB siehe nur Siehe nur BVerfGE 94, 1, 8 – DGHS; 93, 266, 291 – „Soldaten sind Mörder“; 47, 130, 143 – KBW-Werbung; BVerfG NJW 2002, 3315, 3316 – Forum Steglitz. Vgl. zu anderen Ehrschutzbestimmungen BVerfGE 120, 180, 200 – Caroline von Monaco III; 117, 244, 260 – Cicero; 97, 125, 146 – Caroline von Monaco I. Vgl. auch die Darstellung bei *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 56 (Fn. 262) m. w. N. der Rechtsprechung. Siehe zum Ehrschutz *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 304 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

<sup>885</sup> Ähnlich verfährt das BVerfG auch in anderen Verfassungsbeschwerden, in denen offensichtlich ein beschränkendes allgemeines Gesetz vorliegt, siehe nur BVerfGE 12, 113, 124 – Schmid-Spiegel. Vgl. auch BVerfGE 94, 1, 7 f. – DGHS, bei der auch keine ausdrückliche Einordnung mehr vorgenommen wird: „Gemäß Art. 5 Abs. 2 GG findet sie (die Meinungsfreiheit) ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen, den Bestimmungen zum Schutz der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Dazu gehören auch die Vorschriften von § 823 Abs. 2 BGB, § 1004 BGB und § 186 StGB [...]“ (Her vorhebungen durch den Verfasser). Kritisch dazu *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 289.

<sup>886</sup> Vgl. *Rühl*, Tatsachen, S. 70 ff.; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 57, Rn. 59; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 151.

ders negativer Weise beeinträchtigen, was der demokratiewesentlichen Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht hinreichend Rechnung trüge.<sup>887</sup> Gerade aus Sorge vor der Entwertung freier Kommunikation soll ihre Beschränkung nur sehr behutsam getroffen werden. Schon der Verfassungsgeber wollte die neben den allgemeinen Gesetzen genannten Fallgruppen nur als exemplifizierende Fälle allgemeiner Gesetze verstanden wissen, um sicherzustellen, dass beschränkendes Recht diskriminierungsneutral verfasst ist. Komplementär hat er dies in Art. 3 Abs. 3 Var. 9 GG verankert. Auch er hat also die andernfalls bestehende Möglichkeit der Unterwanderung der höheren Voraussetzungen des Schrankenvorbehalts erkannt.<sup>888</sup> Insofern sprechen sowohl Verfassungsgebung und ein systematisches Argument für die Auslegung des BVerfG. Zudem bildet der Terminus des „allgemeinen Gesetzes“ lediglich eine auslegungsbedürftige Formel zur Beschränkung der Kommunikationsfreiheiten, wohingegen der Jugendschutz und die persönliche Ehre eigene materielle Verfassungsgüter darstellen. Die Schranke nennt die Formel vor den anderen beiden Gütern, so dass der Wortlaut dahingehend ausgelegt werden kann, dass sie die Rahmenvorgaben für die Beschränkungen zugunsten anderer Güter konkretisieren soll.

Darüber hinaus könnte die Absenkung der grundsätzlichen Anforderungen an eine Einschränkung des Grundrechts teils schwerwiegendere Folgen entfalten als beispielsweise die Streichung eines Grundrechts.<sup>889</sup> Während im Falle der Streichung eines Verfassungsguts der Gesetzgeber an den bestandsfesten Verfassungskern gebunden bleibt, ist er im Falle der Herabsetzung der verfassungsrechtlichen Schrankenvoraussetzungen an die niedrigeren Eingriffsvoraussetzungen gebunden, die einfachere und intensivere Beschränkungen zulassen.

<sup>887</sup> Siehe eindringlich BVerfGE 124, 300, 322 ff. – Wunsiedel.

<sup>888</sup> Vgl. den vom Parlamentarischen Rat nicht übernommenen Vorschlag des Vorsitzenden des Grundsatzausschusses *H. v. Mangoldt*: „Diese Rechte finden ihre Grenzen an den Grundsätzen der Verfassung, an den Strafgesetzen, usw.“, in der 25. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 24. November 1948, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle, Band 5/II, S. 670. In diese Richtung auch *Th. Heuss*, 5. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 29. September 1948, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle, Band 5/I, S. 113, der intendierte den „Gedanken des Ehrenschatzes, des Rechtes des einzelnen auf Wahrung seiner Ehre an der Stelle der Verfassung, die von dem Recht der freien Meinungsäußerung handelt, zum mindesten deklaratorisch zum Ausdruck“ zu bringen.

<sup>889</sup> Vgl. *Mursiwiek*, in Merten/Papier, HbdStR II, § 28 Rn. 67 f. mit Hinweis auf die verheerenden Wirkungen der Absenkung der Schrankenvoraussetzungen in BVerfGE 95, 48, 60 ff. – Restitution und Vertragsanfechtung; 94, 49, 102 ff. – Sichere Drittstaaten; 94, 12, 33 ff. – Bodenreform II; 84, 90, 120 ff. – Bodenreform I; 30, 1 – Abhörurteil. Vgl. aber *Mursiwiek*, ebd., Rn. 63–66 und Rn. 70, nach dem im Falle der Streichung oder Verkürzung etwaiger Grundrechte kein ersatzloses grundrechtliches Vakuum entstehe, da ihr Kern aufgrund der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG weiter über die Art. 1 und 20 GG fortgelte.

Zudem spricht für die Auslegungsvariante des BVerfG vor allem, dass auch verfassungsimmanente Schranken ausnahmsweise als ungeschriebene Schranke der nicht vorbehaltlos angeordneten Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG dienen können.<sup>890</sup> Dies lässt sich aus einem normenhierarchischen *Erst-Recht-Schluss* erklären, da eine Beschränkung durch Verfassungsrecht jedenfalls möglich sein muss, wenn sie bereits durch bestimmte einfache Gesetze möglich ist. Zur Präzisierung einer verfassungsimmanenten Schranke bedarf es zwar einer einfach-gesetzlichen Ausformung des konfligierenden Gutes, grundsätzlich aber nicht in der Form eines allgemeinen Gesetzes. Würde man dies grundsätzlich schon über die in Art. 5 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zulassen, wäre die Schranke der allgemeinen Gesetze vollständig obsolet. Da sich alle konfligierenden Güter aus der Verfassung ableiten lassen, ergibt sich ohnehin schon die Gefahr der Unterwanderung der Schranke. Da das Recht der persönlichen Ehre dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>891</sup> entspringt, könnten unter Heranziehung dieser Verfassungsposition grundsätzlich einfach-gesetzliche sonderrechtliche Beschränkungen ermöglicht werden. Der Aufzählung des Rechtsguts der persönlichen Ehre in Art. 5 Abs. 2 GG kommt daher vielmehr eine Verdeutlichungs- und Begrenzungsfunktion zu, dass gerade die Gesetze zum Ehrenschatz allgemein sein sollen. Die Enumeration hätte andernfalls unterbleiben können. So versteht das auch das Bundesverfassungsgericht, indem es erklärt, dass „Sonderrecht auch nicht auf das Recht der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 3 GG gestützt werden“<sup>892</sup> könne. Hieraus ließe sich sogar folgern, dass die einfach-gesetzlichen Konkretisierungen von kollidierenden Verfassungsgütern, die zur Beschränkung von Art. 5 Abs. 1 GG dienen sollen, grundsätzlich allgemein formuliert sein müssen. Der *Wunsiedel*-Beschluss verstärkt diese Annahme implizit, indem die Beschränkung der Meinungsfreiheit durch Sonderrecht nur ausnahmsweise in der einmaligen, nicht übertragbaren Konstellation<sup>893</sup> als zulässig erachtet wurde, da sich die Ausnahme vor dem Hintergrund historischer Gegebenheiten, der Statuierung des Grundgesetzes als Gegenentwurf zur Willkürherrschaft im Dritten Reich, dem Schutz der Menschenwürde der Opfer und zum Schutz des öffentlichen Friedens rechtfertigen ließ.<sup>894</sup> Mit anderen Worten: Wird mittels Kommunikation der durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungskernbestand, wie die Menschenwürde als tragendes Konstitutionsprinzip

<sup>890</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300, 321 ff. – Wunsiedel. Kritisch *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 56, Rn. 59. Dagegen noch *Starck*, in: Voßkuhle/Huber<sup>6</sup>, GG, Art. 5 Rn. 193.

<sup>891</sup> Vgl. nur BVerfGE 93, 266, 290 – „Soldaten sind Mörder“; 54, 148, 153 f. – Eppler.

<sup>892</sup> BVerfGE 124, 300, 321, 326 – Wunsiedel.

<sup>893</sup> Siehe ausführlich BVerfGE ebd., S. 327–331 – Wunsiedel. Kritisch zu den Erwägungen des Senats zu einer bestehenden Sonderkonstellation, *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 68.

<sup>894</sup> Vgl. BVerfGE ebd., S. 327 ff., 335 ff. – Wunsiedel. Das BVerfG versäumte an dieser Stelle die Definition der Menschenwürde und eine Abgrenzung zum Recht der persönlichen Ehre. Zum Erfordernis eines allgemeinen Gesetzes auch im Falle kollidierender Verfassungsgüter, vgl. *Jestaedt*, ebd., § 102 Rn. 64 f. Ob sich dieser Grundsatz auch auf andere menschenverachtende Herrschaftsformen erstrecken lässt, soll hier unbeachtet bleiben.



der Verfassung<sup>895</sup>, verletzt, bedarf es zu ihrer Beschränkung ausnahmsweise keines allgemeinen Gesetzes. Das resultiert vor allem aus dem Schutzauftrag des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, nach dem keine Verkürzung der Menschenwürde unter Berufung auf die Kommunikationsgrundrechte hinzunehmen ist.<sup>896</sup>

Wenn selbst zur Konkretisierung kollidierender Verfassungspositionen nur allgemeine Gesetze der Beschränkung der Kommunikationsfreiheiten dienen können, ergibt sich dies sowohl in einem *Umkehr-* als auch aus einem *Erst-Recht-Schluss* auch für die in Art. 5 Abs. 2 GG zur Beschränkung explizit benannten Rechtsgüter. Das pauschale Erfordernis allgemeiner Gesetze stellt vielmehr einen höheren Schutz sicher, als die Kritiker ihn im Falle des Durchdringens ihrer Zweifel erhalten würden.

### 3. Gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend, Art. 5 Abs. 2 Var. 2 GG

Kommunikationsbeschränkungen sind ausdrücklich auch zugunsten des Jugendschutzes nach Art. 5 Abs. 2 Var. 2 GG möglich. Dabei handelt es sich um ein „*wichtiges Gemeinschafts Anliegen*“<sup>897</sup>, das einerseits einen staatlichen Schutzauftrag, andererseits ein Rechtsgut von Verfassungsrang manifestiert.<sup>898</sup> Mangels herausgehobener Bedeutung von Jugendschutzbestimmungen zur Beschränkung der „Fake News“-Verbreitung soll diese Einschränkungsmöglichkeit hier nur knapp behandelt werden. Anhand der obigen Erörterungen zeigt sich, dass auch diese Variante keinen eigenständigen, Sonderrecht legitimierenden Gesetzesvorbehalt darstellt.<sup>899</sup> Auch Jugendschutzbestimmungen müssen grundsätzlich in Form allgemeiner Gesetze gefasst sein.

<sup>895</sup> BVerfGE 117, 71, 89 – Strafrestaussatzung; 109, 279, 311 – Großer Lauschangriff; 102, 370, 389, 392 – Zeugen Jehovas; 96, 375, 398 – Kind als Schaden; 72, 105, 115 – Strafaussatzung; 45, 187, 227 – Lebenslange Freiheitsstrafe; 39, 1, 43 – Schwangerschaftsabbruch; 35, 202, 221, 225 – Lebach.

<sup>896</sup> So auch *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 280.

<sup>897</sup> BVerfGE 30, 336, 348 – Sonnenfreunde; 77, 346, 356 – Pressegrosso.

<sup>898</sup> Zum Schutzauftrag BVerfGE 30, 336, 347 f. – Sonnenfreunde; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 61. Zum Rechtsgut von Verfassungsrang *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 60. Zusammenfassend *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 296.

<sup>899</sup> Anders aber *Jestaedt*, ebd., § 102 Rn. 57; *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 287 f., S. 290; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 141, Rn. 159; ebenso *Starck*, in: Voßkuhle/Huber<sup>6</sup>, GG, Art. 5 Rn. 198, 204. Dieses Verständnis könnte gedeutet werden aus der Entscheidung BVerfGE 30, 336, 347 – Sonnenfreunde, in der weder seine Kombinationsformel angesprochen noch das beschränkende Gesetz als allgemeines qualifiziert wurde. Es sollen aus Jugendschutzgesichtspunkten die Verhaltensweisen unterbunden werden können, „*die Gewalttätigkeiten oder Verbrechen glorifizieren, Rassenhaß provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen*“. Dies deutet zwar auf die Legitimation von Sonderrecht hin. Die Beschränkungen stellten jedoch unzweifelhaft allgemeine Gesetze dar, vgl. Vgl. § 6 Abs. 1 i. V. m. § 3 und § 4 GjS (Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9. Juni 1953 in der Fassung vom 29. April 1961, BGBl. I, S. 497). Relativierend jetzt *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 279.



#### 4. Verfassungsimmanente Schranken

Spätestens seit dem *Wunsiedel*-Beschluss dürfte sich der Streit um die Frage der Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte durch verfassungsimmanente Schranken erledigt haben. Dem Grunde nach sind derartige Beschränkungen zulässig.<sup>900</sup>

### III. Grenzen der Einschränkung (sog. Schranken-Schranken)

Die Grenzen der Grundrechtsbeschränkung finden sich in den von Verfassungs wegen geforderten materiellen Schranken-Schranken. Speziell für Kommunikationsbeschränkungen maßgebend sind vor allem die absolute Schranken-Schranke<sup>901</sup> des Zensurverbots (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) sowie die aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 3 GG abgeleiteten relativen Grundsätze der Normklarheit und der Verhältnismäßigkeit.

#### 1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Theorem der Wechselwirkung

Grundrechtseingriffe und -beschränkungen müssen verhältnismäßig sein.<sup>902</sup> Dies gilt sowohl für ein Gesetz<sup>903</sup> als auch für die auf seiner Grundlage vorgenommene konkrete Einzelfallmaßnahme.<sup>904</sup> Um einen angemessenen Ausgleich zwischen widerstreitenden Rechtspositionen und den Kommunikationsgrundrechten zu erzielen, wurde das Theorem der Wechselwirkung (a) entwickelt, das Auswirkungen sowohl auf Normauslegungs- (b)) als auch auf Normanwendungsebene (c)) zeitigt. Für die Normanwendung im Einzelfall ist der Sinngehalt der konkreten Aussage (d)) maßgebend, der anhand der Umstände des Einzelfalles ermittelt werden muss (e)).

##### *a) Theorem der Wechselwirkung*

Aufgrund der herausragenden Bedeutung der freien Kommunikation muss bei kommunikationsbeschränkenden Maßnahmen die „Wechselwirkung“ als besonderes Abwägungskorrektiv sowohl im Rahmen Normauslegung als auch der einzelfallbezogenen Normanwendung beachtet werden: Die die Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetze müssen danach ihrerseits im Lichte der Kommunikationsgrund-

<sup>900</sup> Siehe Abschnitt „Ehrschutznormen in Form allgemeiner Gesetze“ unter Punkt D. II. 2. b).

<sup>901</sup> Vgl. BVerfGE 33, 52, 72 – Zensur.

<sup>902</sup> Zu den Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit, vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG III (97. EL), Art. 20 Rn. 107–120; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20, Rn. 145–157.

<sup>903</sup> Zu der Trennung ausführlich siehe nur BVerfGE 101, 366, 386–388 – Caroline von Monaco II; 93, 266, 290–292 – „Soldaten sind Mörder“; 90, 241, 250 f. – Auschwitzlüge.

<sup>904</sup> Siehe schon BVerfGE 77, 65, 75 – Beschlagnahme von Filmmaterial; 35, 202, 223 f. – Lebach; 7, 198, 212 – Lüth. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 158 f.

rechte ausgelegt und in ihrer begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden.<sup>905</sup> Diese im Bereich der Kommunikationsgrundrechte explizit hervorgehobene Ausstrahlungswirkung gilt über die materielle Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich für alle Freiheitsrechte.<sup>906</sup> Aus der Wechselwirkung lässt sich entgegen einiger kritischen Stimmen der Literatur<sup>907</sup> keine Marginalisierung des widerstreitenden Rechtsgüterschutzes ableiten.<sup>908</sup>

*b) Normauslegungsebene: Wechselwirkungslehre und Vermutung zugunsten der freien Rede*

Konkret verlangt die Wechselwirkung auf Normauslegungsebene eine Abwägung zwischen der Bedeutung der Meinungsfreiheit und des mit ihr kollidierenden Rechtsguts im Rahmen der Tatbestandsmerkmale (verfassungskonforme Auslegung).<sup>909</sup> Kommunikationseinschränkende Gesetze müssen im Lichte der Kommunikationsverwirklichung „rückeingeschränkt“ werden. Dadurch erfolgt eine Rückvermittlung der gesetzlichen Beschränkung durch und zugunsten der ranghöheren

<sup>905</sup> Ständige Rechtsprechung, BVerfGE 134, 204, 223 Rn. 68 m. w. N. – Übersetzervergütungen; 120, 180, 199 f. – Caroline von Monaco III; 94, 1, 8 – DGHS; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 66, 116, 150 – Springer/Wallraff; 7, 198, 208 f., 212 – Lüth; 12, 113, 124 f. – Schmid-Spiegel. Als „Schaukeltheorie“ bezeichnend *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 283.

<sup>906</sup> BVerfGE 7, 198, 205 f., 208 f. – Lüth. Siehe insbesondere zum Äquivalent der Berufsfreiheit BVerfGE 145, 20, 67 Rn. 121 – Glücksspielstaatsvertrag; 134, 204, 223 Rn. 68 m. w. N. – Übersetzervergütungen. So auch *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 7; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 72; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 159 weist darauf hin, dass die Wechselwirkung nichts Anderes sei, als die Kombination der ohnehin bestehenden materiellen Verfassungsmäßigkeitsanforderungen von verfassungskonformer Auslegung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ähnlich und kritisch *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VII, § 162 Rn. 54, der vor allem die Wesensgehaltgarantie und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterstreicht und deshalb keinen eigenständigen Bedarf für ohnehin stattfindende Abwägung sieht. Ähnlich *Schmitt Glaeser*, ebd., S. 285.

<sup>907</sup> Insbesondere hinsichtlich des Ehrenschatzes *Starck*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 2 Abs. 1 Rn. 88 ff., Rn. 172. Zur „Privilegierung des Politischen“ *Tröndle*, in: Böttcher/Hueck/Jähnke, FS Odersky, S. 278, S. 294 f.; *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, S. 873, S. 874 ff. S. 878. Insoweit widersprüchlich *ders.*, AöR 97 (1972), S. 290 ff., der zunächst eine rein deklaratorische Wirkung der Wechselwirkungslehre annimmt, aber sodann aus ihr einen herabgesetzten Schutz kollidierender Rechtsgüter folgert.

<sup>908</sup> Vgl. jüngst vor allem BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 15 und – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2397/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 16. Ferner vgl. BVerfGE 42, 143, 150 – Deutschland-Magazin; 42, 163, 169 – Herabsetzendes Werturteil; 47, 130, 141 – KBW-Werbung; 54, 129, 136 – Kunstkritik; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 164.

<sup>909</sup> BVerfGE 93, 266, 292 – „Soldaten sind Mörder“. Ähnlich *Schulze-Fielitz*, ebd., Rn. 159.

Kommunikationsfreiheiten.<sup>910</sup> Gesetzliche Beschränkungen zugunsten anderer Rechtsgüter sind daher eng auszulegen. Diese abstrakte, regelbezogene Abwägung<sup>911</sup> ergibt einen Abwägungsvorsprung zugunsten der Meinungsfreiheit.

Als Ausprägung der Wechselwirkung ist die etwas konkreter gefasste „Vermutung zugunsten der freien Rede“ in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage zu verstehen, die vor allem in den 90er Jahren vielfach auf Kritik stieß.<sup>912</sup> Dabei spiegelt sie – in ausformulierten Worten – nur die überragende Bedeutung freier Persönlichkeitsentfaltung im Rahmen des öffentlichen Diskurses wider.<sup>913</sup> Der Fachrichter soll auf Normauslegungsebene nur keine überhöhten Anforderungen an Sorgfaltspflichten zur Tatsachenermittlung oder die Zulässigkeit einer öffentlichen Kritik stellen, was aber nicht mit der vielfach missverstandenen Interpretation gleichzusetzen ist, dass keinerlei Pflichten im Kommunikationsprozess herrschen dürften und widerstreitende Schutzgüter damit vollständig ausgehebelt würden.<sup>914</sup> Die Auslegung soll die Grundvoraussetzung freier Meinungsäußerung und eines offenen Diskurses aufrechterhalten und nicht etwa sanktionsfreie Verunglimpfungen ermöglichen.<sup>915</sup>

### c) Normanwendungsebene: Verfassungskonformität des Einzelaktes

Die Wechselwirkung erstreckt sich auch auf die einzelfallbezogene Normanwendung und Normausführung. Hierzu muss eine Abwägung aller konkreten Umstände des Einzelfalles unter Einbeziehung der Tragweite und Bedeutung der widerstreitenden Grundrechtspositionen erfolgen, ohne dabei einem der widerstreitenden Rechtsgüter einen grundsätzlichen Vorrang einzuräumen.<sup>916</sup> Hierfür kommt es maßgeblich auf den Sinn der streitigen Aussage an.

<sup>910</sup> Grimm, NJW 1995, S. 1701.

<sup>911</sup> Ebd.

<sup>912</sup> Zur Vermutung zugunsten der freien Rede siehe BVerfGE 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 61, 1, 12 – Wahlkampf; 42, 163, 170 – Herabsetzendes Werturteil; 7, 198, 212 – Lüth. Zur Kritik siehe Tröndle, in: Böttcher/Hueck/Jähnke, FS Odersky, S. 266 m. w. N.; Schmitt Glaeser, NJW 1996, S. 874 f. m. w. N.

<sup>913</sup> Grimm, NJW 1995, S. 1701.

<sup>914</sup> Ebd.; BVerfGE 54, 148, 153 ff. – Eppler; 42, 163, 170 – Herabwürdigende Werturteile; 12, 113, 130 f. – Schmid/Spiegel. Dagegen Starck, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 2 Abs. 1 Rn. 88 ff., Rn. 172; Tröndle, in: Böttcher/Hueck/Jähnke, FS Odersky, S. 266 m. w. N.; Schmitt Glaeser, NJW 1996, S. 874 f.

<sup>915</sup> Grimm, ebd.

<sup>916</sup> Vgl. BVerfGE 107, 275, 282 – Benetton II. 102, 347, 363 – Benetton I; 93, 266, 293 – „Soldaten sind Mörder“; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. März 2016, – 1 BvR 2844/13 –, juris, Rn. 22 ff. – Kachelmann. Anschaulich Grimm, ebd., S. 1702 f., anders hingegen die amerikanische Rechtsprechung, siehe U. S. Supreme Court, New York Times v. Sullivan 376 U. S. 254 (1964) S. 256 ff., S. 271, S. 279 ff.; Barendt, in: Rosenfeld/Sajo, Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, S. 897; Nach Meskouris, Der Staat 48 (2009), S. 368 gelte gar der „unbedingte Vorrang“ der Meinungsfreiheit.

*d) Sinnermittlungsebene: Meinungsfreundliche, kontextbezogene Auslegung*

Die korrekte Deutung des Aussagegehalts ist für die Normanwendung – ergo für die rechtliche Beurteilung der jeweiligen Aussage – weichenstellend. Dies gilt für die fachgerichtliche Beurteilung wie auch die Bewertung von Inhalten durch Private wie soziale Netzwerke.

Die Deutung richtet sich nicht nach dem subjektiven Willen des Äußernden, sondern maßgeblich nach dem objektiven Verständnis eines verständigen, unvoreingenommenen Durchschnittspublikums (objektiver Empfängerhorizont), das vom jeweiligen Fachgericht zunächst ermittelt werden muss.<sup>917</sup> Ein indizieller Grundstein für die Interpretation bildet eine grammatikalische Betrachtung der Aussage. Sie muss aber komplementär einer kontextbezogenen Auslegung unterzogen und im sprachlichen und faktischen Gesamtzusammenhang gesehen werden. Dabei kommt es vor allem auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an, die später auch die Abwägung zwischen der konkreten Aussage und dem betroffenen Gegenrecht prägen.<sup>918</sup> Nur auf diese Weise können realitätsferne Interpretationen von vornherein ausgeschlossen und festgestellt werden, ob die Aussage einen meinungsstiftenden Beitrag leistet und deshalb besonders schutzwürdig ist.<sup>919</sup> Eine kontextunabhängige Deutung kann den Sinn der Aussage nicht hinreichend abbilden und führt daher schon für sich genommen zur Verfassungswidrigkeit eines beschränkenden Einzelaktes von Seiten des Staates, da letzterer damit die Tragweite und Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte verkennen würde.<sup>920</sup> Ein solcher Akt würde den Meinungskampf über Gebühr verkürzen: Ergibt sich aus dem Kontext, dass der Aussage ein anderer Sinn zukommt, als es die formalistische Artikulation nahelegt, darf die Aussage nicht auf Letzteres reduziert werden. Das Durchschnittspublikum versteht unter der Aussage etwas, möglicherweise diametral, Anderes, so dass eine entsprechende Inhaltsdeutung zugrunde zu legen ist.

Die Sinnermittlung ist nur erforderlich, wenn die Äußerung überhaupt der Auslegung zugänglich ist, worüber wiederum der Kontext entscheidet. Sobald der verständige Rezipient in das Stadium der Sinnermittlung eintritt, befindet er sich

<sup>917</sup> BVerfGE 114, 339, 348 – Stolpe-Beschluss unter Bezugnahme auch auf BGHZ 95, 212, 215; 132, 13, 19; 93, 266, 295 f. – „Soldaten sind Mörder“; 86, 1, 11 f. – TITANIC/geb. Mörder“; 85, 1, 19 – Bayer-Aktionäre; 82, 43, 52 – Strauß-Transparent; 61, 1, 9 f. – Wahlkampf; 107, 275, 282 – Benetton II; Siehe aber auch das Sondervotum von Haas in BVerfGE 93, 266, 313 f. – „Soldaten sind Mörder“. Paulus, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 289.

<sup>918</sup> Siehe Abschnitt „Aussagekontext/Umstände der Äußerung“ unter Punkt D. III. 1. e) cc).

<sup>919</sup> BVerfGE 114, 339, 348 – Stolpe-Beschluss; 93, 266, 296 – „Soldaten sind Mörder“; Grabenwarter, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 57.

<sup>920</sup> Siehe schon grundlegend BVerfGE 94, 1, 9 – DGHS; 93, 266, 295 – „Soldaten sind Mörder“; 86, 1, 9 – TITANIC/geb. Mörder“; 54, 129, 137 – Kunstkritik; 7, 198, 205 ff. – Lüth.

gleichsam auch im Stadium der Meinungsbildung.<sup>921</sup> Gerade bei mehrdeutigen Aussagen muss daher der kommunikationsrechtliche Schutz eröffnet sein, da Meinungsstiftung betrieben wird.<sup>922</sup>

Substanzarme, vor allem pauschale, auf die Erregung der Aufmerksamkeit von Rezipienten gerichtete Aussagen (*Eye-* oder *Earcatcher*) sind grundsätzlich interpretationsbedürftig, so dass auch ihr Sinn vom Fachrichter zu ermitteln ist, um sie einem entsprechenden Schutzniveau zuzuführen.<sup>923</sup> So kann es sogar für die Instanzgerichte geboten sein, selbst die Behauptung einer objektiv offensichtlich falschen, absurden Tatsache als Meinung zu deuten, wenn aus ihrem Kontext zu entnehmen ist, dass die Rezipienten sie ihrem Sinn entsprechend als Werturteil verstehen mussten.<sup>924</sup> Ebenso können Darbietungen über komplexe historische Zusammenhänge und Lebenssachverhalte regelmäßig nicht einfach auf eine Tatsachenkundgabe reduziert werden, da sie das Resultat eigener Deutungen präsentieren.<sup>925</sup> Bestehen mehrere Interpretationsmöglichkeiten, bedingt das aus der „Wechselwirkung“ folgende Gebot der meinungsfreundlichen Auslegung, dass die für den Äußernden günstigste zu wählen ist.<sup>926</sup>

<sup>921</sup> Umständlich formuliert in BVerfGE 61, 1, 9 – Wahlkampf. In diese Richtung auch BVerfGK 18, 33 Rn. 23 – Bezeichnung von Milchprodukten als „Gen-Milch“ durch Greenpeace.

<sup>922</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339, 348 – Stolpe-Beschluss; 90, 241, 248 – Ausschwitzlüge; 61, 1, 7 – Wahlkampf. *Schaefer*, StudZR 2008, S. 355 begreift nahezu jede Aussage als mehrdeutig.

<sup>923</sup> BVerfGE 61, 1, 9 – NPD-Europas unter Bezugnahme auf BGHZ 45, 296, 304 – Höllenfeuer; BVerfGK 18, 33 Rn. 23 f. – Bezeichnung von Milchprodukten als „Gen-Milch“ durch Greenpeace.

<sup>924</sup> Vgl. für Tatsachenbehauptungen am Beispiel einer polemischen Wahlrede der SPD, BVerfGE 61, 1, 9 – Wahlkampf. Siehe allgemein für die richterliche Deutung BVerfGE 114, 338, 348 ff. – Stolpe-Beschluss; 94, 1, 9 – DGHS; 93, 266, 295 f. – „Soldaten sind Mörder“; 82, 43, 52 – Strauß-Transparent; BVerfG NJW 2007, 3769, 3770 – Babycaust. Kritisch zur Babycaust-Entscheidung, *Hochbuth*, NJW 2007, S. 193 f., der die Aussage „Babycaust = Holocaust“, wie die Vorinstanzen (BGH NJW 2000, 3421, 3422; OLG Nürnberg, Urteil vom 27. November 2006, – 8 U 977/99 –; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 26. Mai 1999, – 2 Ns 407 Js 44671/97 –), als Werturteil versteht. Prägnant *Grimm*, NJW 1995, S. 1701.

<sup>925</sup> BVerfGE 90, 1, 15 f. – Jugendgefährdende Schriften.

<sup>926</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339, 348 ff. – Stolpe-Beschluss; 93, 266, 295 f. – „Soldaten sind Mörder“; 86, 1, 11 f. – TITANIC/geb. Mörder; 85, 1, 19 – Bayer-Aktionäre; 43, 130, 136 – Flugblatt. BVerfGK 18, 33 Rn. 23 – „Gen-Milch“. Grundsätzliche Kritik an der Auslegung von Äußerungen durch das Bundesverfassungsgericht, siehe Sondervotum *Haas* in BVerfGE 93, 266, 313 f. – „Soldaten sind Mörder“ m. w. N.; *Starck*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 2 Abs. 1 Rn. 88 ff., Rn. 172; *Tröndle*, in: Böttcher/Hueck/Jähnke, FS Odersky, S. 268 ff., S. 874 ff.; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 348 ff.

Soweit ein äußerungsrechtlicher Rechtsstreit zum BVerfG gelangt, bildet das BVerfG keine dem Instanzenzug nachgelagerte Superrevisionsinstanz.<sup>927</sup> Die an das BVerfG gerichteten, teils heftigen Kritiken<sup>928</sup> hinsichtlich seiner Deutungshoheit in Bezug auf Äußerungsinhalte sind entschieden zurückzuweisen.<sup>929</sup> Denn das BVerfG überprüft lediglich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Dabei prüft es vor allem, ob die Instanzgerichte bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte berücksichtigt haben.<sup>930</sup> Dies hat ein Fachgericht indes dann nicht, wenn es nicht nach den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zwischen Meinungsäußerung und Schmähung, Formalbeleidigung oder Tatsachenäußerung unterschieden hat. Denn die letzten drei Fälle erfahren grundsätzlich einen geringeren Schutz.<sup>931</sup> Eine fehlerhafte Deutung des Fachgerichts kann mithin zur Verkürzung der Meinungsfreiheit führen.<sup>932</sup> Um dies zu überprüfen, muss das BVerfG eine eigene kontextbezogene Auslegung der konkreten Aussage anstellen. Mit dieser ließe sich mittelbar die Anwendung des einfachen Rechts überprüfen, was das BVerfG aber nicht tut.<sup>933</sup>

#### e) Leitlinien und Kriterien der qualifizierten Einzelakt-Verhältnismäßigkeitsprüfung

Für die qualifizierte Abwägung von Äußerung und Gegenrecht haben sich in umfangreicher Kasuistik und durch Anregungen von Seiten der Rechtsprechung des EGMR – nicht abschließende<sup>934</sup> – Abwägungskriterien herausgebildet, die das BVerfG weitgehend akzeptiert.<sup>935</sup> Die vorhandenen Kriterien helfen einerseits bei

<sup>927</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 18, 85, 92 f. – Spezifisches Verfassungsrecht. In diese Richtung aber auch schon BVerfGE 1, 418, 420 – Ahndungsgesetz (Hessen).

<sup>928</sup> Sondervotum *Haas* in BVerfGE 93, 266, 313 f. – „Soldaten sind Mörder“ m. w. N.; *Tröndle*, in: Böttcher/Hueck/Jähnke, FS Odersky, S. 268 ff.; *G. Herdegen*, NJW 1994, S. 2934; *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, S. 874 ff.; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 348 ff.; relativierend *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 54.

<sup>929</sup> Vgl. weiterführend auch *Grimm*, NJW 1995, S. 1700 f.; ähnlich *Grabenwarter*, ebd.

<sup>930</sup> Ebd.

<sup>931</sup> Vgl. BVerfGE 99, 185, 196 – Scientology; 93, 266, 293 f. – „Soldaten sind Mörder“; 85, 1, 14 – Bayer-Aktionäre; 42, 143, 149 – Herabsetzendes Werturteil. Siehe jüngst BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 14, R.n 23 f. und – 1 BvR 1094/19, 1 BvR 2397/19, 1 BvR 2459/19 –, juris, Rn. 15.

<sup>932</sup> Vgl. BVerfGE 43, 130, 137 ff. – Flugblatt; 107, 275, 282 – Benetton II; *Grimm*, NJW 1995, S. 1700.

<sup>933</sup> Bei Tatsachenbehauptungen fällt dies *prima facie* besonders auf, da sie strafrechtlich primär über die §§ 186 f. StGB sanktioniert werden und nicht wie abwertende Urteile grundsätzlich über § 185 StGB.

<sup>934</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 279; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 83.

<sup>935</sup> Siehe jüngst nur BVerfGE 152, 152, 186 f. Rn. 79 ff. – Recht auf Vergessen I. Siehe ferner BVerfGE 120, 180, 196 ff. – Caroline v. Monaco III; EGMR GRUR 2004, 1051, 1053 ff. – v. Hannover/Deutschland; umfassend auch EGMR GRUR 2012, 745, 747 ff. – v. Hannover/Deutschland Nr. 2. Zur Akzeptanz der Anregungen des EGMR seitens des Bundesverfassungsgerichts siehe *Paulus*, in: Seibert-Fohr/Villiger, Judgements of the ECtHR, S. 276–278.



der Bestimmung des Aussageinhalts, was wiederum Folgen für die konkrete verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit einer Äußerung zeitigt. Denn am Aussageinhalt lässt sich festmachen, ob sie einerseits eine besonders für ihren Schutz streitende, die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage tangiert (aa)), und andererseits, ob sie als eine Tatsachenbehauptung eingestuft werden muss (bb)), die möglicherweise einem anderen Schutzniveau unterstehen kann.<sup>936</sup> Zur Beantwortung dieser beiden Fragen muss zwingend der Aussagekontext (cc)) berücksichtigt werden. Im Widerstreit mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht besteht mit der Sphärentheorie (dd)) ein besonderes, aber nicht abschließend zu verstehendes Konzept, das einerseits bei der Determinierung der Eingriffsintensität hilft und andererseits Folgen für die Abwägung zeitigt, für die wiederum der allgemeine Kriterienkatalog gilt.<sup>937</sup> Das jeweilige Abwägungsergebnis lässt sich wegen seiner Abhängigkeit von den jeweiligen Einzelfallumständen nicht generell und abstrakt vorausbestimmen, sondern ist stets konkret am Fall herauszuarbeiten.<sup>938</sup>

#### aa) Beitrag zu einer Debatte von öffentlichem Interesse

Das zentrale Kriterium für die Schutzwürdigkeit einer Äußerung ist grundsätzlich, ob sie eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage betrifft. In diesem Fall streitet die sog. *Vermutung der Zulässigkeit der freien Rede* für die Kommunikationsgrundrechte.<sup>939</sup> Denn gerade bei Vorliegen einer Debatte von allgemeinem Interesse erfolgt unter Bezugnahme auf sie die Meinungsbildung Dritter als typische Zwecksetzung von Kommunikation.<sup>940</sup> Der Äußernde ermöglicht mit einer solchen Aussage, dass die Aussageempfänger wiederum von ihrer Meinungsbildungsfreiheit Gebrauch machen und kommunikativ reagieren, so dass ein Diskurs entsteht. Deshalb privilegiert das BVerfG – anders als richtigerweise noch bei der Frage der Schutzbereichseröffnung – Beiträge von öffentlichem Interesse im Verhältnis

<sup>936</sup> Vgl. zur unterschiedlichen Schutzwürdigkeit BVerfGE 99, 185, 196 – Scientology; 93, 266, 293 f. – „Soldaten sind Mörder“; 90, 241, 247 ff. – Auschwitzlüge; 90, 1, 14 ff. – Jugendgefährdende Schriften; 85, 1, 14 – Bayer-Aktionäre; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 4. August 2016, – 1 BvR 2619/13 –, juris, Rn. 12 f.; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2009, – 1 BvR 2272/04 –, juris, Rn. 29. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 85; *Grimm*, NJW 1995, S. 1699.

<sup>937</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152, 186 Rn. 80 – Recht auf Vergessen I.

<sup>938</sup> Vgl. ebd. S. 186 f. Rn. 80 – Recht auf Vergessen I; 114, 339, 348 – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 196 – Scientology. Siehe ferner *Grimm*, NJW 1995, S. 1702.

<sup>939</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 120, 180, 203 ff. – Caroline von Monaco III; 107, 275, 281 – Benetton II; 101, 361, 383 ff., 390 ff. – Caroline von Monaco II; 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 90, 241, 249 – Auschwitzlüge; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 66, 116, 139, 150 – Springer/Wallraff; 12, 113, 125 ff. – Schmid-Spiegel; 7, 198, 208, 212 – Lüth; EGMR GRUR 2012, 745, 747, 749; GRUR 2004, 1051, 1053. Ablehnend *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 66 f., S. 290 ff.; *ders.*, AöR 113 (1988), S. 54 f.

<sup>940</sup> BVerfGE 102, 347, 363 – Benetton I; *StarckPaulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 320.



zu rein privaten Äußerungen im Rahmen der Abwägung. Ob ein Beitrag zu einer Diskussion von gesellschaftlicher Relevanz vorliegt, beurteilt sich maßgeblich am Informationswert von Verbreitungsgegenständen für die Öffentlichkeit.<sup>941</sup> Der Stellenwert des Informationsinteresses ergibt sich gerade aus den äußeren Umständen der Äußerung, insbesondere der Aktualität des Themas<sup>942</sup>, dem Bekanntheitsgrad<sup>943</sup>, der Identifizierbarkeit<sup>944</sup>, dem Vorverhalten<sup>945</sup>, dem Alter<sup>946</sup> des von der Aussage betroffenen Protagonisten sowie der Berücksichtigung der Umstände des Äußernden, der Breitenwirksamkeit<sup>947</sup> und Suggestivkraft<sup>948</sup> der Verbreitung. Diese sind nebst den weiteren Umständen zur Ermittlung des Informationswertes einer Aussage und damit zur Feststellung ihrer Schutzwürdigkeit je nach konkreter Fallgestaltung verstärkend oder abschwächend ins Feld zu führen. Insbesondere bei Aussagen betreffend Themen von besonderer Aktualität kann deshalb vermutet werden, dass sie selbst bei tiefen Beeinträchtigungen von Gegenrechten verlautbart werden dürfen, da an ihnen ein besonders hohes Informationsinteresse besteht. Gleiches gilt grundsätzlich auch für Äußerungen, die politische Themenfelder betreffen oder sich auf demokratische Sachverhalte auswirken können.<sup>949</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei der Aussage um eine Tatsachenbehauptung oder eine Meinung handelt.

Im Zeitalter grenzenloser digitaler Speicherkapazitäten kann etwa eine dauerhafte Abrufbarkeit von personenbezogenen Daten für die Öffentlichkeit im Internet die Schutzbedürftigkeit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen erhöhen, weil das öffentliche Informationsinteresse mit zunehmendem Zeitabstand

<sup>941</sup> Vgl. BVerfGE 120, 180, 206 ff. – Caroline von Monaco III; 101, 361, 387 – Caroline von Monaco II; BGHZ 187, 200 Rn. 10 – Party-Prinzessin; 171, 275 Rn. 20 – Winterurlaub; BGH GRUR 2018, 549, 551 Rn. 17 – Christian Wulff im Supermarkt.

<sup>942</sup> Vgl. BVerfGE 152, 216, 268 Rn. 128, 271 Rn. 134 – Recht auf Vergessen II; 152, 152, 194 f. Rn. 98, 204 Rn. 123 – Recht auf Vergessen I; 35, 202, 233 – Lebach.

<sup>943</sup> BVerfG NJW 2012, 1500, 1501 Rn. 31 – Fall Ochsenknecht.

<sup>944</sup> EGMR NJW 2018, 1589, 1591 Rn. 45 – Egill Einarsson ./ Island; Vgl. BVerfGE 152, 216, 254 Rn. 98 – Recht auf Vergessen II; 152, 152, 186 Rn. 80 – Recht auf Vergessen I; OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 670, 671 f. Implizit auch BGH NJW 2015, 776, 778; OLG Köln AfP 2017, 70, 70 f., die in Fällen identifizierender Wortberichterstattung über zivilrechtliche Unterlassungsansprüche zu entscheiden hatten.

<sup>945</sup> Vgl. BVerfG NJW 2012, 1500, 1501 Rn. 37 – Fall Ochsenknecht; BGH, Urteil vom 2. August 2022, – VI ZR 26/21 –, juris, Rn. 10, Rn. 19, zu den Instagram-Urlaubsbilderposts von *L. Mockridge* und seiner Partnerin; BGH NJW 2012, 767, 768; OLG München ZUM-RD 2017, 35, 41. So auch in Fällen, in denen Kinder durch ihre Erziehungsberechtigten der Öffentlichkeit ausgesetzt wurden, vgl. BVerfGK 8, 173, 176 f; jüngst auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juli 2016, – 1 BvR 335/14 –, juris, Rn. 10 *e contrario*.

<sup>946</sup> BVerfGE 120, 180, 199 – Caroline von Monaco III; 119, 1 24 – Esra; 101, 361 385 – Caroline von Monaco II; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 28. Juli 2016, – 1 BvR 335/14 –, juris, Rn. 10.

<sup>947</sup> In diese Richtung *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 167.

<sup>948</sup> Ebd., Rn. 168.

<sup>949</sup> Vgl. EGMR NJW 2014, 3501, 3502 Rn. 42 – Brosa ./ Deutschland; BGH NJW 2017, 804, 805 Rn. 10 – Klaus Wowereit.

befriedigt ist und durch Zeitablauf der Aktualitätsbezug verloren geht.<sup>950</sup> Soweit personenbezogene Informationen dauerhaft abrufbar sind, muss ein öffentliche Interesse an der fortdauernden Erreichbarkeit der Daten bestehen, dass ihre Bereitstellung zu jedem Zeitpunkt rechtfertigt.<sup>951</sup>

Für den Schutz von Äußerungen besteht insgesamt ein nicht unüberwindbarer Abwägungsvorsprung. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind unter einer der Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte anerkennenden Begründung möglich.<sup>952</sup> *Die Vermutung zugunsten der freien Rede* lässt sich durch eine *Je-Desto*-Betrachtung veranschaulichen: Je gesteigert das öffentliche Informationsinteresse an einem Beitrag ist, desto höher wiegt grundsätzlich die Meinungsfreiheit im Verhältnis zu kollidierenden Rechten. Je geringer sein Informationswert ausfällt, desto schwächer wiegen die Interessen der Kommunikationsfreiheiten im Rahmen der Abwägung mit den tangierten Gegenrechten.

#### bb) Qualifikation der Äußerung als Tatsachenbehauptung sowie Ermittlung ihres Wahrheitsgehaltes

Da Tatsachenbehauptungen nach dem BVerfG grundsätzlich eine geringere Schutzwürdigkeit als Werturteile genießen, ist die Qualifikation einer Äußerung als Tatsachenbehauptung oder Meinung von verfassungsrechtlicher Bedeutung.<sup>953</sup> Nach dem BVerfG sind Tatsachenbehauptungen nur insoweit schützenswert, als sie etwas zur Meinungsbildung beitragen, was – relevant für Alternative Fakten – bei bewusst oder erwiesen unwahren Behauptungen ausscheidet.<sup>954</sup> Dagegen überwiegt die Verlautbarung wahrer Tatsachen regelmäßig den Schutz kollidierender Rechtsgüter, so dass diese weitestgehend uneingeschränkt geäußert werden dürfen, solange sie zu einer Diskussion von öffentlichem Interesse beitragen.<sup>955</sup> Die konkrete Schutzwürdigkeit unwahrer Tatsachenbehauptungen hängt wiederum von besonderen Maßstäben ab, wie beispielsweise von der (Un-)Kenntnis der Unwahrheit oder von der Einhaltung der allgemeinen Sorgfalt. Aufgrund der teils bestehenden Feststellungs-

<sup>950</sup> Vgl. nur BVerfGE 152, 152, 194 Rn. 98, 196 ff. Rn. 102 ff. – Recht auf Vergessen I.

<sup>951</sup> Ebd., S. 199 f. Rn. 109, S. 203 f. Rn. 121 – Recht auf Vergessen I.

<sup>952</sup> BVerfGE 102, 347, 363 – Benetton I; 93, 266, 295 – „Soldaten sind Mörder“; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 320 f.

<sup>953</sup> BVerfGE 85, 1, 14, 17 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 – Wahlkampf; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 4. August 2016, – 1 BvR 2619/13 –, juris, Rn. 12. Vgl. EGMR NJW 2018, 1589, 1591 Rn. 47 ff. – Egill Einarsson ./I. Island.

<sup>954</sup> BVerfGE 90, 241, 249 – Auschwitzlüge; 85, 1, 17 – Bayer-Aktionäre; 61, 1, 8 f. – Wahlkampf.

<sup>955</sup> Vgl. BVerfGE 101, 161, 180 – Caroline von Monaco II; 99, 185, 196 f. – Scientology; 97, 391, 403 – Mißbrauchsvorwurf; 54, 208, 219 – Böll; 54, 148, 158 – Eppler; 35, 202 – Lebach; BVerfG NJW 2011, 640, 640; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 3487/14 –, juris, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 15, Rn. 19 f. Zum presserechtlichen Anspruch auf Gegendarstellung, vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. Februar 2018, – 1 BvR 442/15 –, juris, Rn. 18 ff. So auch anschaulich *Grimm*, NJW 1995, S. 1702, S. 1705; *Vesting*, AöR (1997), S. 347 f.

schwierigkeiten von Wahr- oder Unwahrheit trägt der Äußernde die hierauf bezogene, aber nicht zu überspannende Beweispflicht.<sup>956</sup> Kann er seine Behauptung nicht durch Belege erhärten, wird sie wie eine unwahre behandelt.<sup>957</sup>

(i) Bewusst und evident unwahre Tatsachenkundgabe

War die Unwahrheit einer geäußerten Tatsache, der sich auch nach einer kontextbezogenen Auslegung keine Wertung entnehmen lässt, bereits erwiesen oder zumindest dem Äußernden bewusst, gibt es keinerlei rechtfertigenden Grund für den Schutz seiner Äußerung.<sup>958</sup> Die Unwahrheit stand im Zeitpunkt der Äußerung fest und wird vorsätzlich zur Täuschung der Empfänger verbreitet (Desinformation). Selbst wenn die Aussage zu einer Diskussion von allgemeinem Interesse erfolgt, unterliegt sie im Rahmen der Abwägung dem jeweiligen Gegenrecht.<sup>959</sup> Sie kann deshalb straf- sowie zivilrechtlich sanktioniert und untersagt werden.

(ii) Fahrlässige Kundgabe unwahrer Tatsachen

Anders beurteilt sich dies bei unrichtigen Tatsachenäußerungen, bei denen der Äußernde keine Kenntnis von der Unwahrheit hatte oder sie sich erst nachträglich herausstellt. In diesem Fall werden Fehlinformationen fahrlässig verbreitet (Missinformation). Selbst wenn die unrichtige Information grundsätzlich nicht schützenswert ist, genießt ihre fahrlässige Verlautbarung einen höheren Schutz als die vorsätzliche Variante. Dies bedingen die unterschiedlichen Ausgangssituationen, die einen Diskurs in unterschiedlicher Weise eröffnen. Während die vorsätzliche Verbreitung eine Täuschung bezweckt, werden bei der fahrlässigen Alternative die für wahr gehaltenen Informationen behauptet. Letztere wird gutgläubig geäußert und lässt daher eine „echte“ Diskussion zu, in der sich die Falschinformationen korrigieren lassen. Ferner ist es möglich, dass die geäußerten Informationen auf unsicherer Grundlage beruhen, da die Wahrheit bis zum Äußerungszeitpunkt nicht vollständig verifiziert werden konnte, so dass sie sich erst im Rahmen der Diskussion oder der gerichtlichen Klärung herausstellt.<sup>960</sup> Dieser Umstand soll die Kommunikation jedoch nicht grundlegend hemmen, sondern muss in die Abwägung miteinbezogen werden. Wäre eine Aussage sanktionierbar, auch wenn sich ihre Unwahrheit erst im Nachhinein herausstellt, wären besonders abschreckende Effekte zulasten einer freien Kommunikation zu erwarten.<sup>961</sup> Dabei hängt die Zulässigkeit und die Abwägung der Aussage aufgrund unsicherer Tatsachengrundlage von der Einhaltung der

<sup>956</sup> Siehe näher BVerfGE 114, 339, 352 – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 198 f. – Scientology; 85, 1, 22 – Bayer-Aktionäre; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 17; BGHZ 132, 13, 23; BGH NJW 1974, 1710, 1711.

<sup>957</sup> Ebd., S. 200 – Scientology.

<sup>958</sup> BVerfGE 114, 339, 352 – Stolpe-Beschluss; 85, 1, 17 – Bayer-Aktionäre.

<sup>959</sup> Ebd., S. 352 ff. – Stolpe-Beschluss.

<sup>960</sup> BVerfGE 99, 185, 198 – Scientology; 97, 125, 149 – Caroline von Monaco I.

<sup>961</sup> Ebd. – Scientology.

gebotenen Sorgfalt ab. Der Umfang der Sorgfaltspflichten bestimmt sich nach den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls und den Aufklärungsmöglichkeiten der Äußernden.<sup>962</sup> Der Maßstab ist dabei für Privatpersonen weniger streng als für die Medien.<sup>963</sup> Die Sorgfaltspflichten dürfen keinesfalls derart überspannt werden, dass der freien Kommunikation geschadet werden würde.<sup>964</sup> Die Einhaltung von Sorgfaltspflichten schließt bereits ein vorsätzliches Äußern von Unwahrheiten aus.<sup>965</sup> Dennoch darf die Wahrheitsermittlung zur Einstufung der Schutzwürdigkeit einer Äußerung auch bei Erfüllung der gebotenen Sorgfalt nicht unterbleiben.<sup>966</sup>

Bei Einhaltung der Sorgfaltspflichten und des Herausstellens der Unwahrheit im Nachhinein ist die Äußerung als im Äußerungszeitpunkt rechtmäßig und damit verfassungsrechtlich grundsätzlich schutzwürdig zu beurteilen, weshalb für diesen Äußerungszeitpunkt weder eine Bestrafung noch ein Widerruf oder Schadensersatz in Betracht kommt.<sup>967</sup> Dies gilt auch für die höheren Sorgfaltsanforderungen unterliegenden Medien, da bestimmte Themenbereiche unter Umständen auch mit hohem Rechercheaufwand nicht vollständig aufgedeckt werden können. Darunter soll – im Falle hinreichender Sorgfalt – aber weder der von Verfassungen wegen bestehende mediale Auftrag noch der weitere private und gesellschaftliche Kommunikationsprozess leiden.<sup>968</sup>

Hat der Äußernde hingegen seine Sorgfaltspflichten nicht eingehalten, weil er die Unwahrheit der Behauptung leicht hätte erkennen können, oder wiederholt er seine Äußerung, obwohl ihre Unwahrheit bereits festgestellt wurde, besteht kein verfassungsrechtlich anerkennenswertes Interesse, an ihr festzuhalten.<sup>969</sup> Daher kann Richtigstellung, im Falle der bestehenden Gefahr der Aufrechterhaltung einer Aussage Unterlassung, verlangt werden.<sup>970</sup>

<sup>962</sup> Ebd.; BVerfGE 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel m. w. N.

<sup>963</sup> BVerfGE 114, 339, 353 – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 198 – Scientology; 97, 125, 149 – Caroline von Monaco I; BGH NJW 1987, 2225, 2226; NJW 1966, 2010, 2011.

<sup>964</sup> BVerfGE 114, 339, 353 – Stolpe-Beschluss; 85, 1, 17 – Bayer-Aktionäre; 54, 208, 219 f. – Böll/Walden.

<sup>965</sup> BVerfGE 85, 1, 22 – Bayer-Aktionäre.

<sup>966</sup> BVerfGE 99, 185, 200 – Scientology.

<sup>967</sup> Ebd., S. 199 – Scientology; BVerfGE 114, 339, 353 – Stolpe-Beschluss; 85, 1, 22 – Bayer-Aktionäre; BVerfG Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 20.

<sup>968</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339, 353 ff. – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 199 – Scientology.

<sup>969</sup> BVerfGE 97, 125, 149 – Caroline von Monaco I; BVerfGE 54, 208, 219 f. – Böll; 12, 113, 130 – Schmid-Spiegel. Restriktiver BGH NJW 1977, 1288, 1289, der ebenso im Interesse der Öffentlichkeitsunterrichtung auch Grenzen der Prüfungspflicht anzugeben versucht. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 94.

<sup>970</sup> BVerfGE 99, 185, 198 – Scientology; 97, 125, 149 – Caroline von Monaco I; BGH NJW 1986, 2503, 2505.

## (iii) Nicht erweisbare Wahrheit

Tangiert eine Äußerung eine Debatte von allgemeinem Interesse, ist jedoch ihre Wahrheit nicht erweisbar, so gilt sie weder prozessual als unwahr noch kann sie zivil- oder strafrechtlich sanktioniert werden, sofern ihr Wahrheitsgehalt vorab hinreichend sorgfältig recherchiert wurde.<sup>971</sup> Andernfalls drohte die ernsthafte Gefahr einer Lähmung des Kommunikationsprozesses.<sup>972</sup> Dieser Grundsatz gilt auch für persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigende Tatsachenbehauptungen, wobei die Fachgerichte einen konkreten Interessenausgleich vornehmen zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das durch die Pflicht zur Wahrheit grundsätzlich geschützt würde, und der Meinungsfreiheit, die übersteigerte Anforderungen an die Wahrheitspflicht verbietet, da sie die Bereitschaft zum Gebrauch der Meinungsfreiheit herabsetzen würde.<sup>973</sup>

Lässt sich die Richtigkeit hingegen auch nach sorgfältiger Recherche nicht vollständig ermitteln, darf der Äußernde sie nicht als feststehend hinstellen, sondern muss aufgrund seiner Offenbarungspflicht kenntlich machen, dass sich seine Aussage nicht durch das Ergebnis seiner Nachforschungen decken lässt.<sup>974</sup> Tut er dies nicht, kann er zumindest dahingehend zur Richtigstellung verpflichtet werden.

## (iv) Tatsachenhaltige Werturteile

Bei tatsachenhaltigen Wertungen wirkt sich die Unwahrheit von Tatsachenbestandteilen im Vergleich zu wahren Tatsachengrundlagen auf ihre Schutzwürdigkeit aus.<sup>975</sup>

## cc) Aussagekontext/Umstände der Äußerung

Aufgrund der aufgezeigten Erforderlichkeit der korrekten Sinndeutung einer Aussage sind die konkreten Umstände ihrer Äußerung zu berücksichtigen. Häufig lassen sich – auch unwahre – Tatsachenbehauptungen nicht isoliert von Meinungen betrachten, so dass sie wie Meinungen zu behandeln sind. Dies ergibt sich aber nur aus dem Gesamtzusammenhang der Äußerung. Unter seinem Einfluss kann eine Aussage, die rein grammatikalisch betrachtet als offensichtlich fehlerhafte Tatsachenbehauptung einzustufen wäre, eine – wenngleich substanzarme – Meinungs-

<sup>971</sup> BVerfGE 114, 339, 353 f. – Stolpe-Beschluss; 12, 113, 130 f. – Schmid-Spiegel; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 18, Rn. 20 – Doping-Vorwürfe, zu den Sorgfaltsanforderungen, siehe Rn. 21; BGHZ 132, 13, 23 f.; BGH GRUR 2016, 532, 533 f.

<sup>972</sup> Ebd.; BVerfGE 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 66, 116, 137 – Springer/Wallraff; 61, 1, 11 – Wahlkampf; 7, 198, 212 – Lüth; *Clemens*, in: Umbach/ders., Art. 5 Rn. 62, Rn. 189.

<sup>973</sup> Ebd.; ferner BVerfG, Beschluss 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. März 2016, – 1 BvR 2844/13 –, juris, Rn. 21 ff.

<sup>974</sup> BVerfGE 114, 339, 354 ff. – Stolpe-Beschluss; 12, 113, 130 f. – Schmid-Spiegel; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 20. Anders hingegen zuvor BGHZ 139, 95, 106; 132, 13, 23.

<sup>975</sup> BVerfGE 90, 241, 253 – Auschwitzlüge; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 6. Dezember 2002, – 1 BvR 802/00 –, juris, Rn. 16.

äußerung darstellen.<sup>976</sup> Der Kontext dient damit als Korrektiv zu den vorgenannten, eher statischen Grundsätzen zu wahren und unwahren Tatsachenbehauptungen. Er bestimmt, ob die Wahr- oder Unwahrheit einer Aussage tatsächlich relevant ist.

(i) Objektive Kontextualisierungselemente

Dabei müssen einerseits die äußeren Umstände einer Aussage betrachtet werden.

(1) Lokalität und Zeitpunkt einer Äußerung

Wesentliche Bedeutung für den Kontext haben der Ort und die Zeit der Aussage.<sup>977</sup> Anhand dieser Kriterien lässt sich maßgeblich bestimmen, ob ein öffentliches Interesse an der Aussage besteht. Je aktueller ein Sachverhalt ist, zu dem Stellung genommen oder Bericht erstattet wird, desto höher ist grundsätzlich der allgemeine Informationswert des artikulierten Beitrages. Je länger der Sachverhalt hingegen in der Vergangenheit liegt, desto geringer ist regelmäßig das Interesse an der Information und folglich auch das Gewicht der Kommunikationsfreiheit im Rahmen der Abwägung.<sup>978</sup> Dabei ist freilich korrigierend zu berücksichtigen, ob sich zu historischen Ereignissen oder zur Aufarbeitung derselben geäußert wird.

Eine Äußerung, die im Wahlzeitraum anlässlich der politischen Willensbildung getätigt wird, ist aufgrund der besonderen Nähe zu den Wahlen durch den Souverän und der Erforderlichkeit einer gesamtgesellschaftlichen Meinungsbildung grundsätzlich sehr schutzwürdig. Denn mit ihr wird grundsätzlich zur demokratischen Meinungsbildung beitragen. Für die Abwägung ist zu berücksichtigen, ob und inwieweit eine Äußerung die Rechtskreise Dritter beeinträchtigt und ob dies ihr intendiertes Ziel gewesen ist.<sup>979</sup> Je mehr eine Äußerung einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage leistet, desto mehr muss der Schutz des betroffenen Rechtsguts zurücktreten, da hierbei das originäre Anliegen der Meinungsfreiheit verwirklicht wird:<sup>980</sup> Die Äußerungsfreiheit, die zur Meinungsbildung führt.

<sup>976</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1, 9 – Wahlkampf.

<sup>977</sup> Zum Zeitpunkt siehe BVerfGE 152, 152, 194 f. Rn. 98 ff. – Recht auf Vergessen I.

<sup>978</sup> Vgl. ebd.

<sup>979</sup> BVerfGE 61, 1, 11 – Wahlkampf.

<sup>980</sup> BVerfGE ebd.; 54, 129, 137 – Kunstkritik; 42, 163, 171 – Herabsetzendes Werturteil. Ähnlich BVerfGE 102, 347, 363 – Benetton I. Art. 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG verstärkt dabei im parteipolitischen Wahlkampf die aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG entspringende *Vermutung für die Freiheit der Rede*, vgl. BVerfGE 61, 1, 12 – Wahlkampf. Dagegen *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 66 f., S. 290 ff.; *ders.*, AöR 113 (1988), S. 54 f.

Deshalb sind im Wahlkampf auch vergrößernde Vereinfachungen grundsätzlich zulässig.<sup>981</sup> Private wie die Presse können Partei ergreifen, ohne dass die Wahlfreiheit Dritter nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG beeinträchtigt würde.<sup>982</sup> Im Wahlkampf können grammatikalisch eindeutig unwahre Tatsachenbehauptungen über den Kontext als wertende Aussage gedeutet werden, so dass für sie sogar die *Vermutung der freien Rede* streitet. Deshalb erscheint in diesem Rahmen auch die Verbreitung von Lügen oder Täuschungen nicht *per se* unzulässig, da es sich erkennbar um einen von Tendenzen geprägten Zeitraum handelt, in dem die zugunsten der Äußerungsfreiheit bestehende Regelvermutung besondere Geltung entfacht.<sup>983</sup>

### (2) Komplexität des zugrundeliegenden Sachverhaltes

Aussagen über die Verantwortlichkeit bei historischen Gegebenheiten stellen zwar dem Grunde nach Tatsachenbehauptungen dar. Jedoch ist die Frage nach der Schuld oder Verantwortung nicht vollständig dem Beweis zugänglich. Sie beruht auf komplexen Beurteilungen der geschichtlich-tatsächlichen Zusammenhänge, die im Ergebnis eine subjektive Schlussfolgerung zulassen.<sup>984</sup> Die Tatsachen- und Wertungskomponenten lassen sich nicht voneinander trennen, so dass der Aussage insgesamt eine höhere Schutzwürdigkeit zukommen muss.

### (3) Vorverhalten einer Person

Wer sich in der Öffentlichkeit äußert oder an einer öffentlichen Debatte beteiligt, muss nicht nur mit scharfer, abwertender Kritik rechnen, sondern sie grundsätzlich auch hinnehmen.<sup>985</sup> Wird ein Dritter kritisiert, muss der Kritiker in gleicher Weise Kritik hinnehmen.<sup>986</sup> Das Vorverhalten kann sogar breitenwirksame Spekulationen Dritter über Sachverhalte der tiefen Privatsphäre, etwa eine Liebesbeziehung, rechtfertigen.<sup>987</sup> Auch in diesem Fall deutet der Kontext auf einen Beitrag zu einer bestehenden öffentlichen Debatte.

<sup>981</sup> BVerfGE 61, 1, 12 f. – Wahlkampf; 59, 257, 270 – WDR. Siehe ferner BVerfGE 47, 198, 234 f. – Wahlwerbesendungen, wonach Wahlpropaganda zu den politischen Kerntätigkeiten gehöre; BVerfGE 69, 257, 270 – Politische Parteien, wonach ein robusterer Sprachgebrauch zulässig sei.

<sup>982</sup> Vgl. BVerfGE 42, 53, 62 – Verpflichtung der Tagespresse zum Abdruck politischer Anzeigen bei Monopolstellung; *Steinbach*, ZRP 2017, S. 104 f.

<sup>983</sup> Vgl. BVerfGE 103, 111, 128 – Wahlprüfung Hessen.

<sup>984</sup> BVerfGE 90, 241, 249 f. – Auschwitzlüge; 90, 1, 15 f. – Jugendgefährdende Schriften. Vgl. auch BVerfG NJW 2012, 1498, 1499 Rn. 22.

<sup>985</sup> Vgl. EGMR NJW 2014, 3501, 3502 Rn. 39, 3503 Rn. 41, Rn. 51 ff. – Brosa ./.. Deutschland; BVerfGE 54, 129, 138 – Kunstkritik; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Januar 2012, – 1 BvR 2499/09 –, juris, Rn. 37; OLG München ZUM-RD 2017, 35, 41.

<sup>986</sup> Siehe zum Recht auf emotionalen Gegenschlag BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. März 2016, – 1 BvR 2844/13 –, juris, Rn. 229. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II, Rn. 290.

<sup>987</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2. August 2022, – VI ZR 26/21 –, juris, Rn. 10, Rn. 19 zur Zulässigkeit medialer Spekulationen über eine vermeintliche Liebesbeziehung von *L. Mockridge* und seiner Partnerin nach Instagram-Urlaubsbilderposts der beiden von denselben Orten, auf denen sie sich



#### (4) Identifizierbarkeit und Bekanntheitsgrad der betroffenen Person

Ist eine Person in einem Beitrag klar und unmittelbar identifizierbar, spricht dies regelmäßig für eine geringere Schutzwürdigkeit der Aussage, da dies grundsätzlich einen intensiveren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht impliziert.<sup>988</sup> Dies ist beispielsweise im Falle des Erhebens von ungeklärten Straftaten- oder Terrorvorwürfen der Fall. Dennoch bestehen auch hiervon Ausnahmen, die sich vor allem aus dem Vorverhalten des Betroffenen, etwa aufgrund des Begehens und der Verurteilung wegen einer Straftat, rechtfertigen lassen.<sup>989</sup> Auch der Bekanntheitsgrad der betroffenen Person ist dabei wesentlich. So müssen sich Personen des öffentlichen Lebens, Prominente, grundsätzlich mehr gefallen lassen als einfache Privatpersonen,<sup>990</sup> da an ersteren in aller Regel ein besonderes öffentliches Interesse besteht.<sup>991</sup> Sie sind aber dennoch nicht schutzlos.<sup>992</sup> Auch auf sie ist die Sphärentheorie anzuwenden, wobei die Sozialsphäre aufgrund des besonderen Interesses an einem Prominenten grundsätzlich extensiver ausgeprägt sein dürfte als bei Unbekannten.<sup>993</sup>

#### (5) Mediale Berichterstattung

Die breitenwirksame Berichterstattung der Medien ist grundsätzlich besonders schutzwürdig, wenn sie der Erfüllung ihres von Verfassungs wegen zugeschriebenen Auftrages dient.<sup>994</sup> Die Medienfreiheiten finden ihre Grenzen dort, wo sie auf andere gewichtige Interessen des freiheitlich-demokratischen Staates, beispielsweise grundrechtliche Interessen Dritter, besondere Interessen der Allgemeinheit sowie Verfassungsgüter, stoßen und die Erfüllung der von Verfassungs wegen geforderten

---

nicht gemeinsam präsentierten und auch ihren Beziehungsstatus noch nicht öffentlich gemacht hatten.

<sup>988</sup> Zur möglichen Prangerwirkung siehe BVerfGE 119, 309, 323 – Gerichtsfernsehen.

<sup>989</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152, 194 f. Rn. 98 – Recht auf Vergessen I mit Verweis auf 35, 202, 321 ff. – Lebach.

<sup>990</sup> Vgl. nur EGMR NJW 2014, 3501, 3502 Rn. 41 – Brosa ./.. Deutschland; BVerfGE 35, 202, 226 f. – Lebach; BVerfG NJW 2012, 1500, 1501 – Fall Ochsenknecht; vgl. ferner zu Fotoaufnahmen und der Berichterstattung zum Krankenhausaufenthalt von *M. Schumacher* LG Köln AfP 2015, 66, 67 f.; bestätigt durch OLG Köln ZUM 2016, 290, 290 f.; in diese Richtung auch BGH NJW 2011, 746, 748 Rn. 33 ff.

<sup>991</sup> Vgl. BVerfGE 120, 180, 204 – Caroline von Hannover III; BVerfGE 101, 361, 390 – Caroline von Monaco II; BVerfG GRUR 2017, 842 Rn. 15 = NJW 2017, 1376 – „Gehweg“-Foto; BGHZ 180, 114 Rn. 11 – Enkel von Fürst Rainier; 178, 213, Rn. 13 – Karsten Speck; BGH GRUR 2018, 549, 550 Rn. 13 – Christian Wulff im Supermarkt; GRUR 2017, 850 Rn. 24 – Popstar und Dessousmodell.

<sup>992</sup> Vgl. BVerfG ZUM 2016, 983, 984; BVerfGK 8, 178, 181 f.

<sup>993</sup> Vgl. zur Relativierung der Unterscheidung hinsichtlich der Auswirkungen von Äußerungsinhalten auf die Sozial- und Privatsphäre BVerfGE 152, 216, 268 Rn. 128 – Recht auf Vergessen II; 152, 152, 203 f. Rn. 121 f. – Recht auf Vergessen I.

<sup>994</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162, 176 – Spiegel. *Jarass*, Gutachten für den 56. Deutschen Juristentag (1986), Rn. 14.

Aufgabe der Medien nicht das *Primat* der Medienfreiheiten bedingt.<sup>995</sup> So können Medienfreiheiten eingeschränkt werden, wenn ein zwingendes Strafverfolgungsinteresse des Staates besteht.<sup>996</sup> Den Medien muss aber grundsätzlich möglich sein, die ihnen von Verfassungen wegen übertragene Aufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen. Dies ist bei der Einschränkung von Medientätigkeiten als eine Art Gegenprobe zu berücksichtigen, da geschützte Tätigkeiten sonst zu stark eingeschränkt würden.<sup>997</sup>

#### (6) Breitenwirksamkeit und Suggestivkraft der Kundgabe sowie Schnell- oder Langlebigkeit von Online-Medien

Ferner können die Kriterien der Breitenwirksamkeit und Suggestivkraft für die Bemessung der Schutzwürdigkeit von Relevanz sein. Dabei ergibt eine *Je-Desto*-Betrachtung einerseits, dass je mehr Empfänger mit einer Äußerung in Berührung gelangen können, desto höhere Anforderungen, wie beispielsweise Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Ermittlung des Wahrheitsgehaltes einer Nachricht, gelten für den Kommunikator.<sup>998</sup> Denn eine breitenwirksame Aussage betrifft vor allem die gesellschaftliche Makroebene der Meinungsbildung. Dementsprechend bestehen besondere Gefahren für Gegenrechte, wie etwa die persönliche Ehre oder die Meinungsbildung Dritter, durch die auch demokratische Prozesse beeinträchtigt werden können. Werden beispielsweise Lügen über eine Person öffentlich verbreitet, so besteht im Vergleich zu Äußerungen mit niedrigerer Breitenwirkung die Gefahr, dass sie in großen Bevölkerungsteilen langfristig verächtlich gemacht wird. Überdies bedingt eine hohe Breitenwirksamkeit regelmäßig eine hohe Suggestivkraft in der Gesellschaft. Dabei hängt die suggestive Wirkung einerseits von der Art des Mediums (audiovisuelles oder Lese- und Standbildmedium)<sup>999</sup> und andererseits von der Person des Äußernden ab. Eine suggestivkräftige Äußerung führt regelmäßig dazu, dass Rezipienten auf die Inhalte vertrauen. Vor allem aus der Breitenwirkung und Suggestivkraft resultiert die Wirkmacht einer Aussage, anhand der eine Art Folgebetrachtung vorgenommen werden kann.

Auch neuere Äußerungsmodalitäten sind relevant: Sind Äußerungen online getätigt, ist zu prüfen, ob diese bloß kurze Zeit oder sogar langfristig abrufbar sind. Es ist folglich die Schnell- oder Langlebigkeit von Internetmedien im Verhältnis zu analogen Äußerungen einerseits,<sup>1000</sup> aber auch die im Verhältnis möglicherweise er-

<sup>995</sup> Ebd., S. 186 ff. – Spiegel; BVerfGE 25, 296, 306 – Geib/Stern.

<sup>996</sup> Vgl. ebd. – Geib/Stern.

<sup>997</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Januar 2012, – 1 BvR 2499/09 –, juris, Rn. 39.

<sup>998</sup> Vgl. für die Presse BVerfGE 99, 185, 198 – Scientology; BGH NJW 1966, 2010, 2011; NJW 1987, 2225, 2226. Siehe auch BVerfGE 114, 339, 353 – Stolpe-Beschluss; 97, 125, 149 – Caroline von Monaco I.

<sup>999</sup> Vgl. BVerfGE 35, 202, 226 f. – Lebach; BVerfG NJW 2012, 1500, 1501 – Fall Ochsenknecht; NJW 2009, 350, 351 f. – „Holzklotz-Fall“.

<sup>1000</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152, 196 f. Rn. 102 ff. – Recht auf Vergessen I; Hessisches LArbG AuA 2014, 123; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 259, Rn. 314.

höhte Empfängerschaft andererseits zu berücksichtigen.<sup>1001</sup> Eine dauerhafte Abrufbarkeit personenbezogener Daten für die Öffentlichkeit kann nicht zuletzt wegen des möglichen erweiterten Rezipientenkreises die Eingriffsintensität in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht erhöhen.<sup>1002</sup>

Auch der Einsatz von Meinungsverbreitern, wie „Bots“, sowie die Frage, wie lange Inhalte präsent erhalten bleiben, ist in die Abwägung einzustellen. Eine breitenwirksame Desinformationsverbreitung lässt intensivere Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit zu. Zwar gelten für Medien im Vergleich zu Privatpersonen erhöhte Sorgfaltspflichten. Gleichwohl ist der Verbreitungsgrad aufgrund des Paradigmenwechsels im Hinblick auf die Individual- und Massenkommunikation und die gesamte Kommunikationsstruktur relevant; er kann im Einzelfall höhere Sorgfaltspflichten begründen als die klassische Individualkommunikation.

#### (7) Identifizierbarkeit oder Anonymität des Äußernden

Relevant für die Schutzwürdigkeit ist auch, ob sich eine Person identifizierbar zu einer Äußerung bekennt. In sozialen Medien können Äußerungen anonym oder unter Pseudonym oder gar unter einem dafür angelegten „Fake Profil“<sup>1003</sup> verbreitet werden. In diesen Fällen will der wirkliche Urheber nicht mit seiner Aussage in Verbindung gebracht werden. Die Identifizierbarkeit könnte insofern ein Indiz für die Seriosität einer Aussage und damit ihrer gesteigerten Schutzwürdigkeit liefern. Im digitalen Kommunikationsraum ist die Anonymität sowohl faktisch als auch von Rechts wegen grundsätzlich angelegt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist umstritten, ob einer anonymen oder pseudonymisierten Verbreitung oder einer solchen unter falscher oder fingierter Identität die gleiche Schutzwürdigkeit zukommen muss wie einer Aussage, die einer unmittelbar identifizierbaren Person entstammt.<sup>1004</sup>

#### (a) Anonyme Äußerungen und solche unter Pseudonym

Insbesondere die Rechtsprechung knüpft die Schutzwürdigkeit hingegen grundsätzlich – zumindest – nicht an die Anonymität oder die Pseudonymisierung an.<sup>1005</sup> Für diese Linie spricht vor allem die grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit und die daher dem Grundrechtsträger zukommende Freiheit, über die Modalitäten einer Äußerung zu bestimmen, damit Kommunikation einerseits ermöglicht wird und der Äußernde seiner Aussage andererseits die von ihm gewählte Wirkmacht zukommen lassen kann. Fürchtet der Äußernde gesellschaftliche oder staatliche Re-

<sup>1001</sup> Vgl. EGMR NJW 2018, 1589, 1591 Rn. 46 – Egill Einarsson ./, Island.

<sup>1002</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152, 196 f. Rn. 102 ff. – Recht auf Vergessen I.

<sup>1003</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über Äußerungsmodalitäten“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (7) (b).

<sup>1004</sup> Für eine geringere Schutzwürdigkeit *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 73 mit Hinweis auf *Braam*, Die anonyme Meinungsäußerung – rechtliche Bewertung einer internettypischen Kommunikationsform, S. 114 ff., siehe auch S. 195 ff. Ausführlich *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, S. 94–112 m. w. N.; *Kühling*, NJW 2015, S. 448; *Bernreuther*, AfP 2011, S. 222 ff.; *Wiese*, JZ 2011, S. 612 ff.

<sup>1005</sup> BVerfGE 95, 28, 36 – Werkszeitungen; BGHZ 181, 328, 341 f. Rn. 38 – „spickmich.de“.

pressalien, kann ihn dies an der Verbreitung seiner Meinung hindern, wodurch eine Art Schweigespirale entstehen kann.<sup>1006</sup> Eine anonyme oder pseudonymisierte Meinungsverbreitung muss daher grundsätzlich möglich sein. Ferner besteht regelmäßig auch ein Interesse der Allgemeinheit an anonym abgegebener Information.<sup>1007</sup> Sie kann – Stichwort: „Whistleblowing“<sup>1008</sup> – positive Auswirkungen auf demokratische Prozesse haben. Zwar besteht bei anonymen Aussagen die Gefahr missbräuchlicher oder unberechtigter Äußerungen sowie das Problem, dass Diskurse verhindert werden könnten.<sup>1009</sup> Allein die Gefahr macht anonyme Äußerungen aber nicht *per se* weniger schutzwürdig. Sofern nicht über die Anonymität einer Äußerung getäuscht wird, indem ein anderer oder fingierter, aber natürlich wirkender Name verwendet wird, weiß der Rezipient über diesen Umstand Bescheid. Ihm wird deutlich, den Aussagegehalt unter Umständen hinterfragen zu müssen. Anonyme Aussagen strahlen daher regelmäßig eine geringere Suggestivkraft aus als Äußerungen, die von einem eindeutig identifizierbaren Kommunikator stammen. Deshalb kann es nicht allein darauf ankommen, ob eine Aussage anonym abgegeben wird.

#### (b) Täuschung über Äußerungsmodalitäten

In dem Umstand der Erkennbarkeit der Anonymität oder der Verwendung von Pseudonymen liegt der Unterschied zur Verwendung eines falschen oder echt wirkenden fingierten Namens. In diesen Fällen werden Äußerungsmodalitäten vorge spiegelt, mit denen der Eindruck erweckt wird, eine Person bekenne sich offen zu einer Ansicht, wodurch grundsätzlich die Suggestivkraft der Aussage erhöht und ihr Hinterfragen durch die Rezipienten verringert wird. Aufgrund des Täuschungscharakters scheint diese Form der Modalitätenwahl weniger schutzwürdig zu sein als eine schlicht anonyme Äußerung. Jedoch kommt es auf die Gegebenheiten des Einzelfalles an. Denn auch Äußerungen unter fingierter Identität können positive Meinungsbildungseffekte zeitigen. Weichenstellend sind in diesem Zusammenhang die Absichten, unter denen eine Aussage getätigt wird. Wird einem Dritten eine Aussage unter Verwendung seines Namens von einem Fremden untergeschoben, ist die Aussage im Verhältnis zum Recht am eigenen Wort nicht schutzwürdig.<sup>1010</sup> Das Verwenden von „Fake Profilen“ bildet ein Indiz für eine geringere Schutzwürdigkeit von Äußerungen; das Verwenden des echten Namens in dieser Hinsicht ein Indiz für eine besondere Schutzwürdigkeit.

<sup>1006</sup> BGHZ 181, 328, 342 Rn. 38 – „spickmich.de“. Vgl. Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1007</sup> Zu Bewertungsportalen siehe BVerfG NJW 2016, 3362 Rn. 15; BGHZ 202, 242 Rn. 35 ff.; 181, 328, 344 Rn. 43 – „spickmich.de“; OLG Hamburg, Urteil vom 18. Januar 2012, – 5 U 51/11 –, juris, Rn. 80.

<sup>1008</sup> Zum Begriff siehe nur *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, Rn. 3 ff. m. w. N.

<sup>1009</sup> OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 8. März 2012, – 16 U 125/11 –, juris, Rn. 41.

<sup>1010</sup> Vgl. BVerfGE 54, 208, 217 ff. – Böll; 54, 148, 154 f. – Eppler.

## (c) Künstliche Kommunikationsverbreiter

Dabei kann es sich bei den unmittelbaren Kommunikatoren auch um künstliche Meinungsverbreiter wie „Social Bots“ handeln, bei denen zur Erhöhung der Überzeugungskraft der Aussage sowohl über die Identität des Kommunikators als auch über die Qualität des Menschseins – gerade auch durch die Verwendung typischer menschlicher Nutzereigenschaften (Profilfoto, ausgestaltetes Profil, glaubwürdiger Name) – des die Aussage verbreitenden Programms getäuscht wird.<sup>1011</sup> Bei der Verbreitung von Inhalten durch „Bot“-Software tritt hinzu, dass eine Vervielfältigung über die Einzelperson hinaus stattfindet, die Letzterer selbst im Falle der parallelen Steuerung mehrerer „Fake Profile“ in vergleichbarer Breite, Intensität und Schnelligkeit unmöglich ist. Insofern geht von dem verwendeten technischen Hilfsmittel ein über die pseudonyme Nutzung hinausgehender Einfluss für die Meinungsbildung aus.<sup>1012</sup> Die Information, ob es sich bei dem unmittelbaren Kommunikator um einen Menschen handelt, ist daher in mehrfacher Hinsicht relevant: Sie dient dem Empfänger einerseits dazu, die Aussage zu beurteilen und ihr eine entsprechende Glaubhaftigkeit beizumessen. Andererseits verschafft sie ihm einen Überblick, ob es sich bei mehreren gleichartigen Aussagen tatsächlich um eine gesellschaftliche Mehrheitsmeinung handelt oder lediglich um viral verbreitete Einzelmeinungen. Diese Relevanz wird durch die Interaktionsmöglichkeit der Programme im Rahmen sog. „Bot“-Armeen unterstrichen. Sie können ein Opponieren anderer Positionen ausschließen, da sie den Eindruck einer gesellschaftlichen Meinung suggerieren, was einen Einschüchterungseffekt bedingen kann.<sup>1013</sup> Ihr Einsatz konterkariert die Integrität des Kommunikationsprozesses und kann eine gesellschaftliche Schweigespirale in Gang setzen, die sowohl die freie Meinungsbildung und -äußerung Dritter beeinträchtigen und dem Meinungspluralismus schaden kann.<sup>1014</sup> In diesen potentiellen Schädigungen wird teils bereits eine geringere Schutzwürdigkeit der massenhaften Äußerungsverbreitung durch „Bots“ gesehen.<sup>1015</sup>

Allerdings ist für die Schutzwürdigkeit dieser Kommunikationsweise entscheidend, worauf der Einsatz einer derartigen „Claqueure“ tatsächlich ausgerichtet ist. Wenngleich die herkömmliche Nutzungsweise die Gefahr einer systematischen Meinungsmache birgt, kann sie ebenso auf die massenhafte Verbreitung von wahrer und sekundenaktueller Information angelegt sein, damit die Empfänger umgehend zur Meinungsbildung ansetzen können. Gegen letztere Einsatzvariante bestehen

<sup>1011</sup> Siehe Abschnitt „Aussagenverbreitung via „Social Bots“ unter Punkt C. IV. 2.

<sup>1012</sup> *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103; *Milker*, InTer 2017, S. 202.

<sup>1013</sup> In diese Richtung auch *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 73; *Steinbach*, ebd., S. 102; *Milker*, ZUM 2017, S. 216; Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 7.

<sup>1014</sup> Siehe oben den Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1015</sup> So auch *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75; *Steinbach*, ZRP 2017 S. 103; *Milker*, InTer 2017, S. 202.

keine grundlegenden Bedenken. Dann wäre es allerdings auch unschädlich, wenn der „Bot“ als solcher gekennzeichnet werden würde; in diesem Fall käme es auf die Verschleierung der Programmqualität nicht an.

(d) Ergebnis: Identifizierbarkeit oder Anonymität des Äußernden

Allein der Umstand, dass eine Äußerung anonym oder unter Pseudonym abgegeben wurde, führt nicht zu einer geringeren Schutzwürdigkeit der Äußerung. Die Täuschung über die Aussagemodalitäten kann dagegen unter Zugrundelegung der konkreten Umstände und Absichten die Schutzwürdigkeit mindern.

(8) Ausstehendes, fortgesetztes oder eingestelltes (Straf-)Verfahren

Für die Sinndeutung einer Aussage ist ferner wesentlich, ob ein gerichtliches Verfahren bereits abgeschlossen ist. Dabei kommt es darauf an, ob eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist oder das Verfahren ergebnislos eingestellt wurde.<sup>1016</sup>

(9) "Alternative Fakten" als positives Element für den Meinungsbildungsprozess?

Es könnte hingegen vorgebracht werden, dass sich Lügen auch positiv auf den Meinungsbildungsprozess auswirken können. Schließlich kann sich der kritische Rezipient mit den geäußerten Gegebenheiten auseinandersetzen und sie als unwahr enttarnen, so dass nicht *per se* ein negativer Effekt von verbreiteter Desinformation ausgehen muss. Desinformation kann in satirischem Kontext stehen, wobei für diese Feststellung subjektive Elemente des Äußernden maßgeblich sind. In diesem Fall greift entweder die Kunstfreiheit oder aber unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit liegt schon keine wertfreie Tatsachenbehauptung vor; die Schutzwürdigkeit ist daher anhand des jeweiligen Einzelfalles zu messen.

Allerdings könnte ein kritischerer Meinungsbildungsprozess durch die Verbreitung von Desinformation in Gang gesetzt werden. Allein diese Option bedingt aber noch kein unmittelbares Schutzinteresse. Vielmehr besteht in der Regel schon deshalb kein verfassungsrechtliches Interesse am Bestand von Desinformation, da sie im Widerstreit mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht grundsätzlich zu seiner Verletzung führt.<sup>1017</sup> Ausnahmekonstellationen sind aber möglich und müssen anhand der Einzelfallumstände bewertet werden.

(ii) Subjektive Elemente (Innere Zwecksetzung durch den Äußernden)

Wie schon in Bezug auf den Wahrheitsgehalt geäußerter Tatsachen dargelegt, spielen auch subjektive Elemente für Kontextualisierung und damit für die Schutzwürdigkeit einer Aussage eine Rolle. So ist die Verbreitung bewusst und evident unwahrer Tatsachen grundsätzlich nicht schutzwürdig. Allerdings finden sich in realen Diskursen regelmäßig Legierungen aus Tatsachen und Werturteilen. Hierbei muss die

<sup>1016</sup> EGMR NJW 2018, 1589, 1591 Rn. 51 f. – Egill Einarsson ./ . Island.

<sup>1017</sup> Vgl. nur BVerfGE 114, 339, 352 ff. – Stolpe-Beschluss.



Deutung nach dem objektivem Empfängerhorizont auch berücksichtigen, wie der Äußernde die Aussage tatsächlich subjektiv gemeint haben wird, da dem Urheber kein Inhalt unterschoben werden darf, den er ihr erkennbar nicht beilegen wollte.<sup>1018</sup> Mehrdeutigen Aussagen muss die für den Äußernden günstigste Auslegung zugrunde gelegt werden.<sup>1019</sup>

Da diese Arbeit weder den Grundrechtsschutz kommerzieller Äußerungen wie Werbung noch ihre Regulierung betrachtet, werden die Maßstäbe zur Bestimmung der Schutzwürdigkeit von Äußerungen mit kommerzieller Absicht für die Abwägung nicht näher beleuchtet.<sup>1020</sup>

### (1) Zweck des Erkenntnisgewinns

Auch das Verbreiten von Unwahrheiten zum Zwecke des Erkenntnisgewinns liegt nicht *per se* ein schädigender Zweck zugrunde (Stichwort: Spinnenexperiment).<sup>1021</sup> In diesem Beispiel wurden bewusst Unwahrheiten verbreitet, um zu messen, wie schnell sich Unwahrheiten in der Öffentlichkeit verbreiten. Gleiches ließe sich durchführen, um festzustellen, wie schnell sich publizierte Unwahrheiten verändern, entfremden oder korrigieren. Sofern dieses Tun nicht ohnehin unter die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Alt. 2 GG fällt, stellt die Äußerung für sich genommen zwar eine bewusst unwahre Tatsachenbehauptung dar. Diese soll jedoch einen Erkenntnisgewinn bringen, der im Ergebnis eine kritische Informationsaufnahme bezweckt. Denn die desinformative Tatsachengrundlage soll nachträglich korrigiert

<sup>1018</sup> BVerfGE 86, 1, 9 – TITANIC/„geb. Mörder“; *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HbdGR IV/1, § 102 Rn. 85 ff.

<sup>1019</sup> Vgl. BVerfGE ebd., S. 11 f. – TITANIC/„geb. Mörder“; 114, 339, 348 ff. – Stolpe-Beschluss; 93, 266, 295 f. – „Soldaten sind Mörder“; 86, 1, 11 f.; 85, 1, 19 – Bayer-Aktionäre; 43, 130, 136 – Flugblatt. BVerfGK 18, 33 Rn. 23 – „Gen-Milch“. Grundsätzliche Kritik an der Auslegung von Äußerungen durch das BVerfG, siehe Sondervotum *Haas* in BVerfGE 93, 266, 313 f. – „Soldaten sind Mörder“ m. w. N.; *Tröndle*, in: Böttcher/Hueck/Jähne, FS Odersky, S. 268 ff.; *G. Herdegen*, NJW 1994, S. 2934; *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, S. 874 ff.; *Vesting*, AöR 122 (1997), S. 348 ff.

<sup>1020</sup> Zum grundsätzlichen Schutz siehe BVerfGE 107, 275, 285 f. – Benetton II; 102, 347, 359 f., 365 – Benetton I; 71, 162, 175 – Autobiographie eines Chefarztes; 28, 28, 191, 202 – Pätsch-Fall. Zur geringeren Schutzwürdigkeit von Werbung, die die Sensationslust der Rezipienten profitabel ausnutzen soll, ohne einen Beitrag von öffentlichem Interesse zu leisten, vgl. EGMR NJW 2004, 2647, 2649 ff. – v. Hannover ./. Deutschland; BVerfGE 120, 180, 205, 212 – Caroline von Monaco III; 101, 361, 391 – Caroline von Monaco II; 34, 269, 283 – Soraya; BGH NJW-RR 2014, 1193, 1194 f.; NJW 2007, 1981, 1981 f. Zum Unterliegen der Schutzwürdigkeit von Werbung gegenüber den Gegenrechten beim Initiieren von Falschinformation, siehe BVerfGE 64, 108, 117 ff. – Chiffrenanzeigen. Zu Konstellationen, etwa im US-amerikanischen Wahlkampf 2016, in denen der Äußernde zumeist als eine Art Nachrichtenmittler für Dritte handelt, die ihn für die Verbreitung von bestimmten Meldungen entlohnen, siehe *Vasu et al.*, „Fake News“: National Security in Post-Truth Era, S. 8 f.; *Ladurner*, Stadt der Lügner, in: Die Zeit, Artikel vom 18. Dezember 2016, S. 15.

<sup>1021</sup> Siehe nur die Kolumne „Stimmt’s“ von *Drösser*, Verschluckt jeder Mensch im Lauf seines Lebens 50 Spinnen im Schlaf?, in: Die Zeit Nr. 47/2015, Artikel vom 19. November 2015.



werden. Insofern zeigt sich, dass unwahre Information nicht immer schädlich, sondern vielmehr auch einen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse zu leisten geeignet ist. Gleichwohl stellen derartige Experimente Ausnahmefälle dar.

## (2) Schädigungs- oder Pervertierungsvorsatz

Liegt der Aussage ein Schädigungsvorsatz oder gar eine Pervertierungsabsicht des Äußernden zum Zwecke der Schädigung von Diskursen zugrunde, unterliegt die Äußerung vor dem Hintergrund kollidierender Rechte in ihrer Schutzwürdigkeit. Soll eine gezielte Manipulation von Meinungen zu Zwecken von Propaganda oder zur Indoktrinierung von Personen stattfinden, ist die Aussage *a priori* nicht schutzwürdig und rechtfertigt intensive Eingriffe.

## (iii) Ergebnis: Aussagekontext/Umstände der Äußerung

Der Aussagekontext liefert eine Vielzahl von Indizien für die Bemessung der Schutzwürdigkeit einer Aussage. Denn erst sie lassen auf den Sinn der Äußerung schließen, mit dem sich das zentrale für die Äußerungsfreiheit streitende Kriterium eines Beitrages zu einer die Gesellschaft wesentlich beruhenden Frage erhärten oder entkräften lässt.

## dd) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Der Inhalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde bereits erörtert.<sup>1022</sup> Zur Einstufung der Schutzwürdigkeit von beeinträchtigten Persönlichkeitsrechten im Verhältnis zum Äußerungsschutz hat das BVerfG die sog. Sphärentheorie entwickelt, nach der es die verlaublichen Informationen in entweder die unantastbare, keiner Abwägung zugängliche Intimsphäre<sup>1023</sup>, die nur unter außerordentlichen, überragend wichtigen Gründen des Gemeinwohls zu beeinträchtigende Privatsphäre<sup>1024</sup> oder die nur geringe Rechtfertigungsanforderungen stellende Sozialsphäre<sup>1025</sup> einstuft. Da die Sphären relative Entitäten darstellen, sind ihre Grenzen nicht immer

<sup>1022</sup> Abschnitt „Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“ unter Punkt D. I. 1. a).

<sup>1023</sup> BVerfGE 80, 367, 373 ff. – Tagebuch; 65, 1, 46 – Volkszählung; 32, 373, 379 – Arztkartei; 27, 344, 351 – Scheidungsakten; 6, 32, 41 – Elfes. Gleiches gilt für den engsten Privatbereich, vgl. BVerfGE 109, 279, 313 f. – Großer Lauschangriff. Zum Begriff siehe *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 329.

<sup>1024</sup> Zu den Anforderungen an die Preisgabe von Informationen der Privatsphäre einer Person siehe BVerfGE 80, 367, 375 f. – Tagebuch; 44, 353, 373 ff. – Suchtkrankenberatungsstelle; 35, 202, 220 – Lebach m. w. N.; 35, 35, 39 – Untersuchungsgefangene; 27, 344, 351 – Scheidungsakten. Zum Begriff siehe *Paulus*, ebd., Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 330.

<sup>1025</sup> Vgl. BVerfGE 97, 391, 403 f. – Mißbrauchsvorwurf. Zur „fehlenden Zahlungsmoral“ eines Unternehmers, BVerfG NJW 2016, 3362, 3363. Zu Ärztebewertungsportalen siehe BVerfG NJW 2016, 3362 Rn. 14; BGHZ 202, 242, 250 Rn. 25 ff. – Ärztebewertung II; 209, 139, 148 Rn. 24, 150 Rn. 31 ff. – Ärztebewertungsportal III; OLG Köln AfP 2014, 155, 157. Zu Lehrerbewertungsportalen, BGHZ 181, 328, 336 Rn. 26, 338 Rn. 30 ff., 344 Rn. 43 ff. – „spickmich.de“.

trennscharf zu bestimmen, so dass sich ihre statisch-schematische Anwendung sowie die der dazugehörigen Grundsätze verbietet.<sup>1026</sup> Die Schutzgehalte der Sphärentheorie sind dabei nicht als abschließend umschriebene und voneinander abzugrenzende Gewährleistungen zu verstehen, sondern als Ausprägungen, die hinsichtlich des konkreten Schutzbedarfs anhand des konkreten Einzelfalles zu ermitteln sind.<sup>1027</sup> Keinesfalls kann durch sie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung substituiert werden; hierfür sind die oben genannten Kriterien maßgeblich.<sup>1028</sup> Die Zuordnung eines Sachverhaltes in die jeweilige Sphäre unterstützt die Abwägung bloß, indem sie essentielle Abwägungsfaktoren vorgibt, die mit allen Umständen des konkreten Einzelfalles in Ausgleich zu bringen sind.<sup>1029</sup> Die Sphärentheorie soll den Stellenwert des Persönlichkeitsrechts im konkreten Fall zum Ausdruck bringen, um die Abwägung mit den Kommunikationsfreiheiten durch seine Vorabgewichtung effizient zu gestalten. Ihr liegt eine *Je-Desto*-Betrachtung zugrunde: Je näher Aussagen an den Persönlichkeitskern und damit den Kernbestand der menschlichen Würde heranreichen, desto höhere Anforderungen gelten für die Rechtfertigung dieser Äußerungen.<sup>1030</sup>

Dies gilt selbst im Falle der Wahrheit einer Aussage. Genau genommen veranschaulicht dieses Konzept durch die einprägsame Aufgliederung der verschiedenen Sphären bloß die für die Abwägung unerlässliche Überprüfung der konkreten Intensität der individuellen Betroffenheit: Je eher eine Verfassungsposition in ihrem Kernbereich betroffen ist, desto höher liegen grundsätzlich die Anforderungen an die Rechtfertigung der Einschränkung dieses Guts.<sup>1031</sup> Die heute im Internet übliche dauerhafte und öffentliche Auffind- und Abrufbarkeit von personenbezogenen Daten führt indes dazu, dass zwar noch bezüglich der Einordnung des Gegenstandes des Beitrages, kaum mehr aber hinsichtlich seiner Auswirkungen zwischen Privat- und Sozialsphäre unterschieden werden kann.<sup>1032</sup>

Speziell im Kontext der Desinformationsverbreitung verleiht das Allgemeine Persönlichkeitsrecht seinem Träger grundsätzlich auch die Entscheidungsfreiheit darüber, wie man sich selbst in der Öffentlichkeit – Sozialsphäre – darstellt.<sup>1033</sup> Es verleiht ihm aber keinen unmittelbaren Anspruch darauf, in der Öffentlichkeit – etwas anderes kann mangels berechtigten Informationsinteresses der Öffentlichkeit für die Intim-

---

Zur Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „Winkeladvokaten“, BVerfG NJW 2013, 3021, 3022 Rn. 21. Zum Begriff der Sozialsphäre *Paulus*, ebd., Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 331.

<sup>1026</sup> BVerfGE 152, 152, 186 f. Rn. 80 – Recht auf Vergessen I; 101, 361, 384 – Caroline von Monaco II; 65, 1, 41 – Mutterschaftsgeld; 54, 148, 153 f. – Eppler.

<sup>1027</sup> Ebd.

<sup>1028</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 318.

<sup>1029</sup> Ebd., Rn. 329.

<sup>1030</sup> Vgl. BVerfGE 66, 116, 139 – Springer/Wallraff. Siehe weitergehend *Starck*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 2 Abs. 1 Rn. 88 ff., Rn. 171 ff. m. w. N. aus der Rechtsprechung.

<sup>1031</sup> Vgl. nur BVerfGE 42, 163, 170 – Herabsetzendes Werturteil.

<sup>1032</sup> BVerfGE 152, 216, 268 Rn. 128 – Recht auf Vergessen II; 152, 152, 203 f. Rn. 121 f. – Recht auf Vergessen I.

<sup>1033</sup> Siehe nur BVerfGE 35, 202, 220 – Lebach.

oder den engsten Bereich der Privats- oder Vertraulichkeitssphäre gelten<sup>1034</sup> – nur so dargestellt zu werden, wie er es wünscht.<sup>1035</sup> Bei der Kundgabe fingierter Tatsachenbehauptungen tritt die Meinungsfreiheit aber grundsätzlich hinter das kollidierende Rechtsgut zurück, da es für sie keinen rechtfertigenden Grund gibt.<sup>1036</sup> Denn die Wahrheitspflicht ist Ausdruck der aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Schutzpflicht: Bei völlig haltlosen, frei erfundenen Äußerungen über Personen überwiegt deshalb das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen die Meinungsfreiheit des Äußernden.<sup>1037</sup> Einer weiteren Abwägung mit dem kollidierenden Persönlichkeitsrecht bedarf es daher nicht mehr. Insofern steht die Tatsachenbehauptung, dessen Unwahrheit dem Äußernden im Zeitpunkt ihrer Verbreitung bekannt war, im Widerstreit mit dem Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich der Schmähkritik und der Formalbeleidigung gleich. In Schmähungen und Formalbeleidigungen liegt grundsätzlich kein wesentlicher Beitrag für die allgemeine Debatte, an ihnen besteht folglich kein tragfähiges verfassungsrechtliches Interesse.<sup>1038</sup> Dieses Verhältnis lässt sich auch auf den Kollisionsfall von Allgemeinem Persönlichkeitsrecht und fingierten – auch wertenden – Tatsachenbehauptungen übertragen.<sup>1039</sup> Hierbei wird keine – grundsätzlich zulässige – Kritik auf wahrer Tatsachengrundlage geübt, sondern das Persönlichkeitsbild des betroffenen Grundrechtsträgers bewusst verzerrt, was der Betroffene nicht hinnehmen muss. Im Übrigen kann auch die Verlautbarung von unwahren Tatsachenbehauptungen die Schwelle einer Schmähung erreichen, so dass die Verletzung des in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verwurzelten Würdekerns<sup>1040</sup> eine Abwägung ausschließt.<sup>1041</sup> Hierbei handelt es sich jedoch um Ausnahmekonstellationen.<sup>1042</sup>

<sup>1034</sup> BVerfGE 66, 116, 139 – Springer/Wallraff.

<sup>1035</sup> BVerfGE 101, 361, 380 m. w. N. – Caroline von Monaco II; 97, 391, 403 – Mißbrauchsvorwurf; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 3487/14 –, juris, Rn. 14.

<sup>1036</sup> BVerfGE 114, 339, 352 – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 197 ff. – Scientology; 94, 1, 8 – DGHS; 61, 1, 8 – Wahlkampf; 54, 208, 217 f. – Böll (Zuschreibung eines unrichtigen Zitates); 34, 269, 282 f. – Soraya (erfundenes Interview); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 15.

<sup>1037</sup> BVerfGE 114, 339, 352 ff. – Stolpe-Beschluss; 99, 185, 198 – Scientology; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 20.

<sup>1038</sup> BVerfGE 93, 266, 294, 303 – „Soldaten sind Mörder“; 82, 272, 283 f. – Postmortale Schmähkritik; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, – 1 BvR 362/18 –, juris, Rn. 14, 16, 19; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats, – 1 BvR 2397/19 –, juris, Rn. 15; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 14. Juni 2019 – 1 BvR 2433/17 –, juris, Rn. 18.

<sup>1039</sup> So auch *Bumke/Voßkuhle*, Verfassungsrecht, Rn. 677.

<sup>1040</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 294, Rn. 302, Rn. 304 f.

<sup>1041</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 14 – „Durchgeknallte Staatsanwältin“. Ausführlich *Paulus*, ebd., Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 310 m. w. N., Rn. 313. Anders hingegen *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 76.

<sup>1042</sup> Zur offensichtlichen Begründetheit einer hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde des Äußernden siehe BVerfGE 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 85, 1, 14 – Bayer-Aktionäre;

ee) Ergebnis: Leitlinien der qualifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung

Besonders schutzwürdig ist eine Aussage, wenn sie einen Beitrag zur öffentlichen Debatte leistet. Denn dann besteht an dieser Aussage grundsätzlich ein hohes Informationsinteresse anderer Grundrechtsträger. Die Freiheit der Meinungsbildung kann auf diesem Wege von den Aussagerezipienten effektiv verwirklicht werden, wodurch eine Debatte entstehen kann. Die Schutzwürdigkeit einer solchen Äußerung ist aber – je nach den bestehenden Kenntnissen und Sorgfaltspflichten des Äußernden – grundsätzlich reduziert, wenn unwahre Tatsachenbehauptungen verbreitet werden. Einzubeziehen ist ferner der Kontext der Aussage, also die jeweiligen äußeren und inneren Umstände des Einzelfalles, um die erforderliche Sinndeutung ordnungsgemäß durchführen zu können. Der Kontext kann die indiziell anhand des Wahrheitsgehaltes festgestellte Schutzwürdigkeit einer Aussage korrigieren.

f) Ergebnis: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Theorem der Wechselwirkung

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird durch das von der Rechtsprechung entworfene Konzept der Wechselwirkung modifiziert, woraus ein besonders enger Maßstab für Einschränkungen freier Kommunikation resultiert. Es ist sowohl auf Normauslegungs- als auch auf anwendungsebene zu berücksichtigen, wobei für Letztere insbesondere der Sinn der Aussage maßgeblich ist, um eine Abwägung der widerstreitenden Interessen in angemessener Weise vornehmen zu können. Maßgebliches Kriterium für die Zulässigkeit einer Aussage ist der Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse. Derartige Äußerungen sind in der Regel von dem Betroffenen hinzunehmen. Bei Tatsachenäußerungen muss zur Feststellung ihrer Schutzwürdigkeit nach dem Wahrheitsgehalt unterschieden werden. Allgemein kommt unwahren Tatsachenbehauptungen kein nennenswertes verfassungsrechtliches Gewicht zu, weshalb sie im Rahmen einer Abwägung daher grundsätzlich den entgegenstehenden Verfassungsgütern unterliegen. Gleichwohl lassen sich nicht alle unwahren Aussagen einheitlich behandeln. Es muss zwischen fahrlässiger Miss- und vorsätzlicher Desinformation unterschieden werden, da die Verbreitung von Missinformation von Verfassungen wegen zur Vermeidung von „chilling effects“ nicht solch einschneidenden Rechtsfolgen unterliegen wie die der Desinformation. Nichtsdestoweniger muss für eine verfassungsmäßige Sinndeutung stets der Aussagekontext allumfassend gewürdigt werden. Dieser ermöglicht wertungsbezogene Korrekturen von der starren, grammatikalischen Einstufung als wahre oder unwahre Tatsache.

---

BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Februar 2017, – 1 BvR 2973/14 –, juris, Rn. 15 ff.

Die Erstellung eines eigenen Katalogs hinsichtlich spezieller Abwägungskriterien für die Verbreitung von Desinformation erübrigt sich, da sie erstens dem kollidierenden Gegenrecht grundsätzlich unterliegt und zweitens in Reinform nur in Ausnahmefällen vorkommt<sup>1043</sup>, so dass jede Aussage für sich genommen anhand der angeführten Leitlinien zu bewerten ist.

## 2. Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG

Eine absolute Schranke zur Einschränkung<sup>1044</sup> der Kommunikation findet sich in Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG, dem Zensurverbot. Dieses umfasst nur die sog. Vorzensur von Seiten des Staates und anderer vom Staat abhängiger Träger öffentlicher Gewalt.<sup>1045</sup> Retrospektiv können Aussagen untersagt werden. Würden auch Repressivmaßnahmen vom Zensurverbot erfasst, wären die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG nahezu gegenstandslos.<sup>1046</sup> Mit dem Verbot der Präventivzensur wird die Verantwortung auf den Äußernden verlagert, der sich durch seine Aussage unter Umständen straf-, zivil oder gar verwaltungsrechtlichen Sanktionen aussetzt.<sup>1047</sup> Grundsätzlich ebenfalls nicht von diesem Verbot erfasst ist die sog. Selbstzensur im Sinne einer freiwilligen Selbstkontrolle.<sup>1048</sup> Sinn und Zweck des Zensurverbots war historisch zwar primär der Kampf für eine staatsfreie unbeschränkte Presse. Presseerzeugnisse sollten nicht aufgrund eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt anhand ihres Inhalts schon vor ihrer Artikulation unterdrückt werden dürfen. Diesen Grundsatz bezieht das Grundgesetz aufgrund seines Wortlauts, seiner systematischen Stellung und der Bedeutung der Kommunikation auf alle Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG. Da nach hier vertretener Ansicht auch die Verbreitung bewusst oder evident unwahrer Tatsachenbehauptungen unter den Schutz der Kommunikationsfreiheiten fällt, gilt das Zensurverbot auch für derartige Äußerungen. Im Übrigen ist aber zu bedenken, dass sich Tatsachenbehauptungen zumeist ohnehin nicht von Wertungen trennen

<sup>1043</sup> Zuletzt BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 673/18 –, juris, Rn. 20 f.; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018, – 1 BvR 2083/15 –, juris, Rn. 20; BVerfG NJW 1993, 916, 917 – Strafrechtliche Bewertung der Leugnung der Judenvernichtung.

<sup>1044</sup> Sog. Schranken-Schranke, vgl. *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115.

<sup>1045</sup> Siehe BVerfGE 33, 52, 71 f. m. w. N. – Zensur. Vgl. auch BVerwGE 143, 74, Rn. 20, Rn. 35. Siehe ferner die diesbezüglichen Beratungen des Verfassungsgebers in der 25. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 24. November 1948, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle, Band 5/II, S. 649. Zusammenfassend *Matz*, in: Häberle, JöR 1951, S. 79 ff. Vgl. schon die Vorgängernormen: Frankfurter Reichsverfassung (§ 143 Abs. 2: Verbot vorbeugender Maßregeln, namentlich Zensur), der Preußischen Verfassung (Art. 27 Abs. 2: Die Zensur darf nicht eingeführt werden) und der Weimarer Reichsverfassung (Art. 118 Abs. 2 S. 1: Eine Zensur findet nicht statt).

<sup>1046</sup> BVerfGE 33, 52, 72 – Zensur.

<sup>1047</sup> *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 261.

<sup>1048</sup> Ausführlich ebd., Rn. 265 f.

lassen, so dass selbst dann, wenn man eine andere Ansicht zugrunde legt, zur Anwendbarkeit der Zensur-Schranken-Schranke gelangt.<sup>1049</sup> Denknötwendig gilt diese Schranken-Schranke auch im Internet.

#### **IV. Ergebnis: Verfassungsrechtliche Beschränkbarkeit von „Fake News“-Aussagen**

Der verfassungsrechtliche Beschränkungsrahmen für Kommunikationsakte ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 GG. Er gilt aufgrund der hier vertretenen weiten Auslegung der Kommunikationsfreiheiten auch für die Verbreitung von Desinformation. Demgemäß bedarf es zur Beschränkung der Verbreitung von „Fake News“ durch Individuen meinungsneutraler, allgemeiner Gesetze. Diese müssen jedoch neben den hier nicht näher thematisierten formellen vor allem auch den materiellen Verfassungsanforderungen genügen. In den Fokus rückt bei der Beschränkung kommunikativer Akte durch staatliche Einzelakte (Normanwendung und Normauslegung) vor allem die modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne der Wechselwirkungslehre. Ferner muss im Rahmen der Abwägung mit kollidierenden Grundrechten und Verfassungsgütern der bereits in der Rechtsprechung und der Lehre etablierte Kriterienkatalog für den Aussageschutz berücksichtigt werden. Die Abwägung bestimmt sich dabei im Wesentlichen danach, ob in dem Kommunikationsakt ein Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse zu erblicken ist oder er eine wahre oder – abgestuft in Abhängigkeit vom Wissen des Äußernden – unwahre Tatsachenaussage darstellt, wobei die beiden Kriterien maßgeblich vom Aussagekontext beeinflusst werden.

---

<sup>1049</sup> In diese Richtung ebd., Rn. 263.





## **E. Einfach-gesetzliche Regulierung der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation *de lege lata* und Evaluation**

Die bestehenden deutschen Rechtsmechanismen gegen die Verbreitung von „Fake News“ werden häufig pauschal als ineffektiv qualifiziert.<sup>1050</sup> Der folgende Abschnitt untersucht und evaluiert die bestehenden allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Vorkehrungen gegen den Desinformationsverbreiter (I.) sowie die im Zusammenhang mit der Verbreitung von „Fake News“ mit „Social Bots“ (II.) und für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste (III. – V.) bestehende Regulierung, um abschließend Erkenntnisse für Regulierungsoptionen *de lege ferenda* zu gewinnen (VI.).<sup>1051</sup> Dabei werden die untersuchten Regeln nur dann auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin überprüft, wenn Bedenken hiergegen bestehen.

Nicht näher betrachtet werden Instrumente des klassischen Medienrechts, etwa des Telemedien-, Presse-, Rundfunk-, und Jugendmedienschutzrechts, da es nur wenige und allenfalls sanft wirkende Mittel zur Bekämpfung von „Fake News“ be-

---

<sup>1050</sup> Vor Inkrafttreten des NetzDG, siehe S. Krüger, Hilfe den Verletzten, auf: Zeit Online, Artikel vom 15. Februar 2017; nach seinem Inkrafttreten siehe nur Guggenberger, NJW 2017, S. 2582; ähnlich zu den beiden Stadien B. Holznagel, MMR 2018, S. 20 ff.

<sup>1051</sup> Siehe Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation *de lege ferenda*“ unter Punkt G.

reithält. Hierzu gehören Ansprüche der Betroffenen auf Gegendarstellung (gegen journalistisch-redaktionelle<sup>1052</sup> Telemedien mit § 20 Abs. 1 MStV; gegen Print-erzeugnisse nach den Landespressegesetzen<sup>1053</sup>; gegen private Rundfunkanbieter in den länderspezifischen<sup>1054</sup>; gegen den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den rundfunk-eigenen<sup>1055</sup> Mediengesetzen)<sup>1056</sup> oder das Verfahren<sup>1057</sup> vor dem Presserat<sup>1058</sup> bei Verstößen gegen die journalistische Sorgfaltspflicht (angeordnet für Printerzeugnisse in den Landespressegesetzen<sup>1059</sup>, für journalistisch-redaktionelle Telemedien in § 19 Abs. 1 S. 3 MStV<sup>1060</sup>, für den Rundfunk allgemein in § 6 Abs. 1 MStV<sup>1061</sup>)

<sup>1052</sup> Zum Begriff sowie zu seiner gewissen Unschärfe ausführlich *Kahl*, Elektronische Presse und Bürgerjournalismus, S. 322 f.

<sup>1053</sup> Art. 10 BayPrG, § 12 BbgPG, § 10 BlnPrG, § 11 BremPrG, § 10 HPresseG, § 11 LMG, § 10 LPresseG M-V, § 11 NPresseG; § 12 PresseG NRW; § 11 PresseG BW, § 11 PresseG HH, § 10 PresseG LSA, § 11 PresseG SH, § 10 SächsPresseG, § 10 SMG, § 11 TPG.

<sup>1054</sup> Art. 18 BayMG, § 19 BremLMG, § 28 HPRG, § 9 LMedienG, § 11 LMG, § 44 LMG NRW, § 26 MedienG LSA § 10 MStV HSH, § 52 MStV BB, § 20 NMedienG, § 30 RundfG M-V, § 19 SächsPRG, § 10 SMG, § 27 ThürLMG.

<sup>1055</sup> Vgl. nur § 8 ARD-StV, in der Fassung des zwölften Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (12. RÄndStV), in Kraft seit dem 1. Juni 2009; § 9 ZDF-StV, in der Fassung des Einundzwanzigsten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. RÄndStV) in Kraft seit dem 25. Mai 2018; § 9 WDRG (Gesetz über den „Westdeutschen Rundfunk Köln“ (WDR-Gesetz), in der Fassung vom 25. April 2018).

<sup>1056</sup> Zu der die Desinformation oft noch verstärkenden Wirkung siehe die Abschnitte „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III. Ferner *Cook/Lewandowsky*, The Debunking Handbook, S. 5 f.; *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 19; *Schnabel*, Wie stoppt man Fake-News?, in: Die Zeit, Artikel vom 28. September 2017, S. 40. Andere Ansicht *Lent*, ZUM 2016, S. 960, der die rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs im Web 2.0 würdigt, nicht aber seine tatsächliche Wirkung auf die Rezipienten.

<sup>1057</sup> Beschwerdeordnung des deutschen Presserats, beschlossen am 15. Dezember 2006, in der Fassung vom 9. März 2016. Zum Vorgehen bei Verstößen gegen die journalistische Sorgfaltspflicht, siehe § 1 Abs. 1 der BeschwO des Deutschen Presserats i. V. m. Ziffer 2 des Pressekodex (Publizistische Grundsätze (Pressekodex) in der Fassung vom 11. März 2015). Zu den im Ermessen des Presserates liegenden Rechtsfolgen siehe § 12 Abs. 5 S. 1 BeschwO. Zu den formalen und inhaltlichen Voraussetzungen siehe § 2 der BeschwO des Deutschen Presserats.

<sup>1058</sup> Vgl. Deutscher Presserat, Die Chronik des Presserats, auf: [Presserat.de](http://Presserat.de); *C. L. Schmidt*, DVBl. 2018, S. 1460 f. Zum Selbstverständnis des Presserats als moralische Institution, vgl. *Weymann*, in: Deutscher Presserat, Jahrbuch 2002, S. 217; *ders.*, in: Deutscher Presserat, Jahrbuch 2003, S. 285. Zu seiner Wirkung als „zahnloser Tiger“, *Kallina*, Selbstkontrolle statt staatlicher Eingriffe, auf: [Deutschlandfunk.de](http://Deutschlandfunk.de), Artikel vom 20. November 2006. Etwas zurückhaltender *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 21. Andere Ansicht wohl Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion, „Fake News“ und Co.: Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken verbessern (7. März 2017), S. 5.

<sup>1059</sup> Art. 11 BayPrG, § 6 BbgPG, § 3 Abs. 2 BlnPrG, § 6 BremPrG, § 9 HPresseG *e contrario*, § 7 LMG, § 5 LPresseG MV, § 6 NPresseG, § 6 PresseG BW, § 6 PresseG HH, § 5 PresseG LSA, § 6 PresseG NRW, § 5 PresseG SH, § 5 SächsPresseG, § 6 Abs. 2 SMG, § 5 TPG.

<sup>1060</sup> Vorher § 54 Abs. 2 S. 2 RStV.

<sup>1061</sup> Vorher § 10 Abs. 1 RStV.

oder allgemeine Beschwerderechte gegenüber Rundfunkanbietern<sup>1062</sup>. Ebensovienig näher betrachtet werden hier das sog. *Notice and take down*-Verfahren bei unzulässigen Angeboten nach § 5b i. V. m. § 4 JMStV<sup>1063</sup> und die für alle Medien geltenden Normen des Straf- und Zivilrechts wie der sog. „presserechtliche“ Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>1064</sup>.

Festgestellt werden kann *prima vista* nur, dass Verstöße gegen die Sorgfaltspflicht, etwa durch die Desinformationsverbreitung, – außerhalb von der telemedienrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 7 Abs. 1 TMG und der jugendmedienschutzrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 23 JMStV oder der zum allgemeinen Strafrecht subsidiären presserechtlichen<sup>1065</sup> und rundfunkrechtlichen<sup>1066</sup> Verantwortlichkeit – nicht sanktioniert werden können, vgl. § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–5 MStV, § 11 TMG n. F.<sup>1067</sup>, § 24 JMStV oder beispielhaft Art. 13 BayPrG, § 22 NPresseG und die in den Landesmediengesetzen für den privaten Rundfunk geltenden Bußgeldkataloge<sup>1068</sup>. Solche Verstöße unterliegen nicht der staatlichen Rechtsaufsicht<sup>1069</sup>, § 109 Abs. 1 S. 4 MStV (für journalistisch-redaktionelle Telemedien)<sup>1070</sup>, § 109 Abs. 1, Abs. 5 MStV (für den Rundfunk)<sup>1071</sup>.<sup>1072</sup> Bei einer gezielten Verbreitung strafrecht-

<sup>1062</sup> Mit Ausnahme Niedersachsen. Im Übrigen siehe Art. 17 BayMG, § 17 BremLMG, § 25 Abs. 3 HPRG, § 30 Abs. 3 LMedienG, § 20 LMG, § 42 LMG NRW, § 27 Abs. 3 MedienG LSA, § 8 MStV HSH, § 57 MStV BB, § 29 RundfG M-V, § 18 SächsPRG, § 8 Abs. 2 S. 5 SMG. Ein Beschwerderecht geht aus § 48 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ThürLMG auch nur implizit hervor. Siehe auch § 10 Abs. 1 und 2 WDR-G.

<sup>1063</sup> Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV) in der Fassung des Zweiten Staatsvertrages zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge (Zweiter Medienänderungsstaatsvertrag) vom 14. Dezember 2021.

<sup>1064</sup> Vgl. LG Berlin ZUM-RD 2008, 555, 556. Siehe ausführlich *Wanckel*, NJW 2009, S. 3353. Siehe ferner die Ausführungen in Abschnitt „Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch, § 1004 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB“ unter Punkt E. I. 1. b).

<sup>1065</sup> Vgl. stellvertretend nur Art. 12, 14 BayPrG, § 20 f. NPresseG.

<sup>1066</sup> Zur subsidiären Sonderverantwortlichkeit von Intendanten, den Programmleitern oder des für einen Beitrag sonst Verantwortlichen siehe nur § 52 NMedienG.

<sup>1067</sup> In der Fassung aufgrund des Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien vom 23. Juni 2021, BGBl. I S. 1982, in Kraft getreten am 1. Dezember 2021. Vorher § 16 TMG a. F.

<sup>1068</sup> Siehe stellvertretend nur Art. 37 Abs. 2 Nr. 3 BayMG.

<sup>1069</sup> Zur Frage, ob ein Mehr an staatlicher Rechtsaufsicht zu mehr gesellschaftlichem Vertrauen in die Medien führt, siehe nur *C. L. Schmidt*, DVBl. 2018, S. 1466.

<sup>1070</sup> Vorher § 59 Abs. 3 S. 1 RStV.

<sup>1071</sup> Vorher § 38 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 39 S. 1 RStV. Die Zuständigkeit der Landesmedienanstalten ergab sich früher aus den §§ 35 Abs. 1, 36 Abs. Abs. 2 S. 1 Nr. 7 RStV. Siehe überdies *Holznapel*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, RStV, § 38 Rn. 9 mit Hinweis auf die einst nur landesrechtlichen Aufsichtsvorschriften. In diesem Zusammenhang siehe *Beater*, Medienrecht, Rn. 1778.

<sup>1072</sup> Vgl. zur von Verfassungen wegen eingeschränkten Rechtsaufsicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten siehe BVerfGE 12, 205, 261 – Deutschland-Fernsehen. Sie findet nur durch eigene Rundfunkräte und – und sofern zuständig – Landesrundfunkräte statt, § 18 Abs. 2 und § 23

lich relevanter Inhalte dürfen jedoch die Landesmedienanstalten die zur Einhaltung der Bestimmungen des MStV – hier: § 17 Abs. 1 S. 2 MStV – erforderlichen Maßnahmen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes treffen, vgl. § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 2–3 MStV.

Speziell auf die von „Fake News“ ausgehenden Gefahren reagiert das klassische Medienrecht nicht und ist im Kampf gegen sie nur bedingt effektiv.

## I. Zivil- und strafrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter

Im folgenden Abschnitt geht es um die Regulierung der „Fake News“-Verbreitung nach dem allgemeinen Zivil- (1.) und Strafrecht (2.).

### 1. Zivilrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter

Der Verbreiter „Fake News“ kann entweder ein einfacher Internetnutzer, der eigene Inhalte auf Angeboten von „Host-Providern“ publiziert, oder ein publizierender Diensteanbieter i. S. d. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG, § 2 Abs. 1 TTDSG (sog. „Content-Provider“)<sup>1073</sup> sein. Gegen ihn kommen zivilrechtlich vor allem deliktische Schadensersatzansprüche oder ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch in Betracht, da vertragliche Abreden zwischen Schädiger und Geschädigtem in aller Regel nicht bestehen. Aufgrund dessen soll an dieser Stelle nur auf die relevanteren außervertraglichen Schuldverhältnisse eingegangen werden. Diese Ansprüche können mittels einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO (Sicherungsanordnung) und § 940 ZPO (Regelungsanordnung) kurzfristig durchgesetzt werden, sofern das deutsche Recht anwendbar ist. Auf die Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts sowie auf Gerichtsstände wird in dieser Bearbeitung nicht eingegangen.<sup>1074</sup>

Abs. 1 und Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 NRD-StV. Siehe ferner § 25 Abs. 1 Hs. 2 NDRStV. *Beater*, Medienrecht, Rn. 1848 spricht in diesem Zusammenhang von „*Kontrolleur und Kontrollierten*“, ferner kritisch auch, Rn. 1848, Rn. 1851 zur ausgeübten Aufsichtspraxis mit Hinweis auf *Gotzmann*, Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, S. 3 ff. m. w. N.

<sup>1073</sup> Zum Begriff siehe *Müller-Broich*, NK-TMG, § 7, Rn. 1; *B. Koch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK BGB (Stand: 1. Juni 2022), BGB, § 12 Rn. 876.

<sup>1074</sup> Siehe zur Anwendbarkeit bei außervertraglichen Schuldverhältnissen Art. 3 Nr. 1 lit. a) EGBGB und Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 Rom-II-VO, vgl. aber für Verletzungen von Persönlichkeitsrechten einschließlich der Verleumdung Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom-II-VO und Art. 40 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB. Zum Erfolgs- oder Schadensort siehe *Junker*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, MüKo BGB XIII, EGBGB, Art. 40 Rn. 31. Zur Bestimmung des Erfolgsortes bei internet- und kommunikationsbasierten Streu- bzw. sog. Distanzdelikten, siehe *Handel*, MMR 2017, S. 229 m. w. N.; *Bach*, EuZW 2018, S. 70. Zum entstehenden „Mosaiksystem“ BGHZ 131, 332, 335; OLG Hamburg ZUM 2008, 63, 64; *Bach*, ebd. S. 69 m. w. N. Zum Ganzen siehe *Junker*, ebd., Art. 40 Rn. 32–34, Rn. 77. Zum Gerichtsstand für Beklagte mit Wohnsitz in der EU vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Nr. 2 EuGVVO. Zum deliktischen Gerichtsstand nach der Ubiquitätslehre des EuGH, siehe EuGHE 1976, 1735 – Bier; EuGH, Urteil vom 7. März 1995,

*a) Deliktische Ansprüche, §§ 823 ff. BGB*

Hier werden nur die für die Desinformationsverbreitung praktisch relevanten deliktisch begründeten Ansprüche betrachtet, wobei Ansprüche aus § 824 BGB nicht erörtert werden.

aa) Schadenersatz aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG  
Zunächst kommt ein Anspruch des durch Desinformation Geschädigten gegen den Verbreiter aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Betracht

*(i) Tatbestandsvoraussetzungen, § 823 Abs. 1 BGB*

Hierfür bedarf es der Verletzung eines der dort enumerativ genannten absoluten Rechte oder Rechtsgüter. Dieses kann bei Desinformation für die Einzelperson allenfalls in der Verletzung eines sonstigen Rechts bestehen. Als sonstiges Recht gelten aufgrund ihrer systematischen und teleologischen Vergleichbarkeit mit den enumerativ in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgütern und absoluten Rechten dem Eigentum ähnliche Rahmenrechte, die sich durch sowohl eine positive Nutzungsfunktion als auch absolute Abwehrbefugnisse auszeichnen. Hierunter fallen die einzelnen Persönlichkeitsrechte wie § 12 BGB, § 22 f. und § 33 KURhG und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>1075</sup>

Auch Personenmehrheiten wie Parteien und Kapitalgesellschaften können Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend machen, aber nur soweit sich der Eingriff auf ihr – um Überdehnungen der grundsätzlichen Funktion des Persönlichkeitsschutzes zu vermeiden, restriktiv auszulegendes – Wesen als Zweck-

---

– C-68/93 –, Slg. I-1995, 415, Rn. 20 – Fiona Shevill, Ixora Trading Inc. u. a.; Urteil vom 16. Juni 2016, – C-12/15 –, curia, Rn. 28 – Universal Music International Holding ./ Schilling u. a. Siehe zu Einschränkungen des Erfolgsortes, siehe EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 17. Oktober 2017, – C-194/16 –, curia, Rn. 29, Rn. 31, Rn. 47 – Bolagsupplýsningin OÜ, Ingrid Ilsjan; Urteil der Großen Kammer vom 25. Oktober 2011, – C-509/09 und C-161/10 –, Slg. 2011, I-10302, Rn. 41 f., Rn. 47 – Martinez ./ eDate. Siehe die jüngere Ergänzung der Erfolgsortformel des EuGH um den Interessenmittelpunkt des Betroffenen zur Vermeidung des angesprochenen „Mosaiksystems“. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 17. Oktober 2017, – C-194/16 –, curia, Rn. 32, Rn. 48 – Bolagsupplýsningin OÜ, Ingrid Ilsjan; Urteil der Großen Kammer vom 25. Oktober 2011, – C-509/09 und C-161/10 –, Slg. 2011, I-10302, Rn. 41 f., Rn. 52 – Martinez ./ eDate. Kritisch hierzu *Bach*, ebd., S. 70 ff.; *ders.*, NJW 2017, S. 3436. Für Beklagte mit Wohnsitz in einem Drittstaat, vgl. Art. 6 Abs. 1 EuGVVO i. V. m. nationalen Verfahrensrecht. Zum allgemeinen Gerichtsstand für Beklagte in Deutschland, vgl. § 12 ZPO, zum deliktischen, vgl. § 32 ZPO. Zur Vermeidung uferloser Gerichtsstände wird die internationale Zuständigkeit nach dem Erfolgsort auf den Ort beschränkt, an dem der Lebenskreis des Betroffenen tatsächlich gestört ist, vgl. BGHSt 46, 212; BGH 2010, 1752, 1753 Rn. 15.

<sup>1075</sup> *Spindler*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK BGB (Stand: 1. Juli 2022), BGB, § 823 Rn. 160; *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, MüKo BGB VII, BGB, § 823 Rn. 363 m. w. N.; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, BGB, § 823 Rn. 12.

schöpfung des Rechts bezieht.<sup>1076</sup> Im Übrigen gelten die allgemeinen deliktischen Haftungsregelungen. Für „Content-Provider“ i. S. d. § 2 TMG gelten dieselben Haftungsmaßstäbe (§ 827 f. BGB) wie für denjenigen, der in sozialen Medien rechtsverletzende Inhalte verbreitet, vgl. auch § 7 Abs. 1 TMG.

(ii) Rechtsfolgen, §§ 249 ff. BGB

Sofern ein auf der Verletzungshandlung ursächlich basierender Schaden entstanden ist, greift das Schadensrecht der §§ 249 ff. BGB ein.

(1) Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB

Der Schaden einer ehrverletzenden Äußerung liegt in der durch den Erhalt der Äußerung fortgeltenden Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>1077</sup> Aus dem Grundsatz der Naturalrestitution<sup>1078</sup> nach § 249 Abs. 1 BGB folgt daher ein Anspruch auf Unterdrückung der Äußerung. Ferner kann auch ein *Dementi* oder eine Richtigstellung verlangt werden.

(2) Geldentschädigung, §§ 253 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG I. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Subsidiär ergibt sich eine Entschädigung in Geld aus § 253 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Falle seiner Verletzung als immaterieller Schaden.<sup>1079</sup>

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dient zwar primär dem Schutz ideeller Interessen, vor allem dem Schutz des Wert- und Achtungsanspruchs einer Person. Abgesichert wird dieser Schutz in angemessener Weise jedoch erst durch die Anerkennung von Schadensersatzansprüchen in Geld, da Verletzungen des Persönlichkeitsrechts andernfalls häufig sanktionslos und sein Schutz auf horizontaler Ebene gefährdet blieben.<sup>1080</sup> Eine solche Entschädigung in Geld wird von der Rechtspre-

<sup>1076</sup> BGHZ 30, 7, 11 – Caterina Valente; 13, 334, 338 – Leserbriefe; BGH NJW 1994, 1282, 1283; 1986, 2951.

<sup>1077</sup> Siehe zum Begriff des Schadens BGHZ 63, 295, 298 – Zumutbarkeitsgrenze für Inanspruchnahme auf Naturalrestitution; *Oetker*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, MüKo BGB II, BGB, § 249 Rn. 16 m. w. N. *Flume*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB (63. Ed.), § 249 Rn. 2, Rn. 56 m. w. N. Zur Anwendbarkeit der Naturalrestitution auf Nichtvermögensschäden, *Oetker*, ebd., Rn. 24, Rn. 321, Rn. 364.

<sup>1078</sup> Zum Zweck und System des Schadensrechts siehe *Oetker*, ebd., 8 f.; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, BGB, § 249 Rn. 1 f.

<sup>1079</sup> Vgl. den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, nach dem die vor der Schuldrechtsmodernisierung (2002) bestehende Rechtsprechung zur Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen anhand von § 253 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht fortgeführt werden soll, BT-Drs. 14/7752, S. 14 f. mit Verweis auf BGHZ 128, 1, 15; 39, 124, 130 ff.; 35, 363, 367 f.

<sup>1080</sup> BGHZ 128, 1, 15 – Erfundenes Exklusivinterview; BGH NJW 1996, 984 – Caroline von Monaco I.

chung nur bei besonders schweren Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugesprochen,<sup>1081</sup> und auch nur, wenn sich der Anspruch nicht als subsidiär darstellt, der Ausgleich des erlittenen Schadens mithin nicht auf andere Weise zu besorgen ist.<sup>1082</sup> Es handelt sich folglich um eine Ausnahmekonstellation, an die hohe Anforderungen zu stellen sind.<sup>1083</sup> Denn die spezifische Zweckbestimmung des Anspruchs auf eine Geldentschädigung im Falle einer solchen Verletzung ergibt sich aus der Genugtuungsfunktion gegenüber dem Geschädigten. Sofern also die Desinformation über eine Person zur Gewinnerzielung verbreitet wurde, muss sich dies in der Bemessung der Geldentschädigung niederschlagen, jedenfalls dann wenn die Genugtuung anderweitig, etwa durch einen Widerruf (§ 1004 analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB) oder eine Richtigstellung, nicht zu erreichen ist.<sup>1084</sup> Dies bedeutet nicht zwangsläufig eine vollständige Gewinnabschöpfung beim Schädiger, jedoch zumindest, dass neben der Intensität der Verletzung die erzielten Gewinne als Bemessungsfaktor der Entschädigungshöhe miteinzubeziehen sind.<sup>1085</sup> Im Falle von in der Öffentlichkeit stehenden Personen kann ferner in verfassungskonformer Rechtsfortbildung zwischen vermögensrechtlichen<sup>1086</sup> und ideell-immateriellen<sup>1087</sup> zu ersetzenden Bestandteilen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu unterscheiden sein.<sup>1088</sup> Im Falle der Verletzung vermögensrechtlicher Elemente hat der Geschädigte ein Wahlrecht hinsichtlich der Ersatzsummenermittlung: Entweder wird die Schadenssumme konkret oder im Wege einer Lizenzanalogie berechnet oder schlicht auf den gesamten Gewinn des Schädigers erstreckt, wobei für den Geschädigten ein Anspruch auf Auskunftserteilung gegen den Schädiger zusteht, um eine angemessene Wahl überhaupt treffen zu können.<sup>1089</sup>

<sup>1081</sup> Ursprüngliche abgeleitet aus einer Analogie des § 847 BGB, vgl. BGHZ 35, 363, 367 f. – Ginseng-Wurzel; 26, 349, 356. Die Änderung der Rechtsprechung beruht auf BVerfGE 34, 269, 292 – Soraya, als das BVerfG einen Anspruch auf Geldleistung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ableitete. Vgl. sodann statt vieler nur BGHZ 128, 1, 15 – Caroline von Monaco I sowie im Anschluss nochmals BGH NJW 1996, 984, 985.

<sup>1082</sup> BGH NJW 1996, 984, 985; 1995, 861, 864 f. – Caroline von Monaco I.

<sup>1083</sup> Hergeleitet in BGHZ 26, 349, 357 – Herrenreiter; Vgl. auch BGHZ 118, 312, 339 – Vollstreckbarerklärung eines US-Schadensersatzurteils m. w. N.

<sup>1084</sup> BGH NJW 1995, 861, 865 – Caroline von Monaco I.

<sup>1085</sup> Ebd.

<sup>1086</sup> Zur Vererbbarkeit eines derartigen Schadensersatzanspruchs auf 10 Jahre, siehe BGHZ 143, 214, 220 ff. – Marlene Dietrich; BGH NJW 2007, 684, 685 – Klaus Kinski; 2006, 605.

<sup>1087</sup> Zur Unvererblichkeit von Schadensersatzansprüchen aus ideellem Bestandteil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts siehe nur BGHZ 143, 214 ff. – Marlene Dietrich; 50, 133, 137 – Mephisto; BGH NJW 2007, 684, 685 – Klaus Kinski.

<sup>1088</sup> BVerfG NJW 2006, 3409; BGHZ 143, 214 ff. – Marlene Dietrich; 30, 7, 16 – Caterina Valente; 20, 345, 353, 355 – Paul Dahlke; BGH NJW 2007, 684, 685 – Klaus Kinski; 1992, 2084 – Joachim Fuchsberger; GRUR 1979, 732, 734 – Fußballtor; 1961, 138, 140 – Familie Schölermann.

<sup>1089</sup> Vgl. BGHZ 143, 214, 220 – Marlene Dietrich; 20, 345, 353 f. – Paul Dahlke.



bb) Schadenersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz

Ein Anspruch kann auch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. der Verletzung eines Schutzgesetzes<sup>1090</sup> entstehen. Solche Schutznormen sind im vorliegenden Fall insbesondere Strafgesetze, wie beispielsweise die Ehrdelikte der §§ 185 ff. StGB sowie Normen zum Schutz der öffentlichen Ordnung (§ 130 StGB). Hinsichtlich der Rechtsfolgen kann auf die Ausführungen zu den Rechtsfolgen im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB verwiesen werden.<sup>1091</sup>

cc) Schadenersatz aus § 826 BGB

Ein Schadenersatzanspruch entsteht dem Geschädigten gem. § 826 BGB, wenn der Schädiger ihm einen Schaden zufügt, indem er vorsätzlich gegen die guten Sitten verstößt. Als sittenwidrig gilt ein Verhalten, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>1092</sup> Diese Beurteilung ist vor allem von einer Gesamtschau aus Inhalt, Beweggrund und Zweck des Verhaltens abhängig.<sup>1093</sup> Hinsichtlich eines Unterlassens muss das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entsprechen, wofür das Nichterfüllen einer allgemeinen Rechts- oder einer Vertragspflicht nicht ausreichend ist, sondern besondere Verwerflichkeitsgründe hinzutreten müssen.<sup>1094</sup> Zu den Rechtsfolgen sei nach oben verwiesen.<sup>1095</sup>

b) *Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch, § 1004 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB*

Grundsätzlich gilt § 1004 BGB nur für den Schutz des Eigentums. Jedoch besteht keine Regelung für Unterlassungsansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, was vom Gesetzgeber nicht intendiert sein kann.<sup>1096</sup> Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht steht als sonstiges (absolutes) Rechtsgut mit dem absoluten Recht des Eigentums auf einer Ebene.<sup>1097</sup> Es besteht daher eine vergleichbare Interessenlage um des Schutzes des Betroffenen willen, so dass eine Anwendung des § 1004 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG statthaft ist (sog. quasinegatorischer Unterlassungsanspruch).<sup>1098</sup>

<sup>1090</sup> Zum Begriff des Schutzgesetzes siehe BGHZ 122, 1, 3 f.; 116, 7, 13; 103, 197, 199; 100, 13, 14 f.; BGH NJW 2004, 1949, 1949; 2004, 356, 357. Vgl. auch *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 43 ff.

<sup>1091</sup> Siehe Abschnitt „Rechtsfolgen, §§ 249 ff. BGB“ unter Punkt E. I. 1. a) aa) (ii) (1).

<sup>1092</sup> Ständige Rechtsprechung seit RGZ 48, 114, 124.

<sup>1093</sup> BGH NJW-RR 2014, 1098, 1999; 2013, 1448, 1449; 2013, 550, 551; NJW 1999, 2266, 2267.

<sup>1094</sup> BGH NJW 2014, 1098, 1999; 2013, 1448, 1449; 2013, 550, 551.

<sup>1095</sup> Siehe Abschnitt „Rechtsfolgen, §§ 249 ff. BGB“ unter Punkt E. I. 1. a) aa) (ii) (1).

<sup>1096</sup> Kritisch hingegen *Ohly*, ZUM 2015, S. 311.

<sup>1097</sup> Siehe Abschnitt „Tatbestandsvoraussetzungen, § 823 Abs. 1 BGB“ unter Punkt E. I. 1. a) aa) (i).

<sup>1098</sup> Anerkendend für die Rechtsprechung siehe nur BGHZ 13, 334, 338 ff.; BGH NJW 2017, 1550, 1551; NJW 2011, 744; NJW 2006, 603, 604. Für die Literatur siehe *Raff*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg*, MüKo BGB VIII, BGB, § 1004, Rn. 22 ff.; *Förster*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB (63. Ed.), § 823 Rn. 50.

Im Falle einer noch andauernden Persönlichkeitsrechtsverletzung (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB) ist diese zu beseitigen, folglich das persönlichkeitsverletzende Verhalten aufzugeben. Im Unterschied zur schadensrechtlichen Naturalrestitution wird mit der Folgenbeseitigung lediglich das weitere Verbreiten von persönlichkeitsverletzender Desinformation unterbunden oder ein entsprechender Internetbeitrag gelöscht. Drohende Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigungen können auch für die Zukunft unterbunden werden, vgl. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.<sup>1099</sup>

### c) *Auskunftsanspruch aus §§ 242, 259, 260 BGB*

Ein eigener Auskunftsanspruch gegen den Desinformationsverbreiter steht dem Verletzten nicht zu, auch nicht aus den allgemeinen Regelungen der §§ 242, 259, 260 BGB. Aus ihnen kann der Verletzte grundsätzlich nur Auskünfte im Rahmen eines unmittelbaren Vertragsverhältnisses herbeiführen, das gegenüber dem Äußernden in aller Regel nicht besteht.

Gegenüber einem Telemedienanbieter, auf dessen Angebot verletzende (Dritt-) Äußerungen verbreitet wurden, braucht es für die Auskunft wegen § 21 Abs. 2 und 3 TTDSG keines Schuldverhältnisses. Auch wenn dieser Anspruch nicht gegen den verletzenden Kommunikator gerichtet ist, kann er präventive Wirkungen ihm gegenüber entfalten. Dennoch wird der Anspruch erst im Kontext mit dem richtigen Anspruchsgegner behandelt.<sup>1100</sup>

## 2. Strafrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter

Zu den strafrechtlichen Vorkehrungen zählen die materiellen Strafgesetze, die sich gegen die Verbreitung von Falschnachrichten richten, sowie die ermittlungstechnischen Mittel der StPO. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts soll nicht näher behandelt werden.<sup>1101</sup>

<sup>1099</sup> Zu den näheren Voraussetzungen siehe nur Förster, ebd., Rn. 51 f.; Schulte-Nölke, in: Schulze, HK-BGB, § 1004 Rn. 1–13.

<sup>1100</sup> Siehe Abschnitt „Auskunftsanspruch aus § 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG gegen die Dienste“ unter Punkt E. III. 3.

<sup>1101</sup> Vgl. §§ 3–9 StGB. Nach dem Ubiquitätsprinzip des § 9 StGB ist der Handlungs- oder Erfolgsort maßgeblich. Zur Beurteilung bei Tätigkeitsdelikten siehe BGH NStZ-RR 2006, 16, 17. Zur Ausdehnung der Anwendung des deutschen Strafrechts über die Staatsgrenzen hinaus aufgrund der Beurteilung nach dem Erfolgsort bei internetbasierten Streudelikten, die durch die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme bedingt ist, siehe BGH NJW 2001, 624, 628; Scheffler, in: Kilian/Heussen, Handbuch Computerrecht, Teil 10 Rn. 4. Ähnlich BGHSt 9, 17. Zur Auslegung des Erfolgsorts anhand des Schutzzwecks der materiellen Strafnorm siehe BGHSt 42, 235, 242; 46, 212, 220, 223; v. Heintschel-Heinegg, in: ders., BeckOK StGB, StGB, § 9 Rn. 10. Zum Erfolgsort bei konkreten Gefährdungsdelikten siehe BGH NJW 1991, 2498 – Strafbarkeit der DDR-Spione; KG Berlin NStZ-RR 2007, 16, 16 f. Zur Problematik der Auslegung des Erfolgsorts bei abstrakten Gefährdungsdelikten siehe BGH NStZ 2017, 146, 147; MMR 2015, 200, 200 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2018, 292, 293; KG Berlin NJW 1999, 3500, 3502 m. w. N.; OLG München StV 1991, 504, 505; Handel, MMR 2017, S. 228. Zur Problematik der Aus-

### a) Materielles Strafrecht

Die Verbreitung von Desinformation führt in der Regel zur Verletzung von Persönlichkeitsrechten, so dass hiermit primär die Ehrdelikte (§§ 185 ff. StGB) aktiviert werden. Eine Tatsachenbehauptung in Bezug auf eine Person – unabhängig davon, ob sie nur nicht erweislich wahr oder unwahr ist –, kann den objektiven Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB erfüllen. Diese setzt konstitutiv eine wertende, auch konkludente nonverbale,<sup>1102</sup> Verunglimpfung einer Person oder einer Personengruppe<sup>1103</sup> voraus, die direkt ihnen gegenüber geäußert werden muss.<sup>1104</sup> Im Rahmen der Verbreitung von „Fake News“ werden die Opfer jedoch regelmäßig nicht unmittelbar adressiert, so dass die Strafbarkeit der Beleidigung bei diesen Verhaltensweisen nur in besonderen Konstellationen zustande kommen kann.

Behauptet jemand eine nicht erweislich wahre Tatsache in Bezug auf eine Person gegenüber Dritten, die geeignet ist, die Person verächtlich zu machen, kommt eine Strafbarkeit nach § 186 StGB wegen übler Nachrede in Betracht. Das Beweisrisiko hinsichtlich der Wahrheit trägt der Äußernde.<sup>1105</sup> Bei diesem Delikt muss der Äußernde bei Verlautbarung nicht wissen, dass seine Tatsachenäußerung objektiv unrichtig ist – er benötigt diesbezüglich also keinen Vorsatz.<sup>1106</sup> Darin liegt der Unterschied zum Tatbestand des § 187 StGB: Dieser verlangt, dass jemand bewusst unwahre Tatsachen in Bezug auf eine Person gegenüber Dritten behauptet. Hierfür sieht der Strafrahmen deshalb auch eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe vor. Beleidigung und üble Nachrede werden hingegen mit einer maximal zweijährigen Freiheitsstrafe oder Geldstrafe geahndet.

Insoweit greift in sozialen Medien § 186 StGB ein, wenn ein gutgläubiger Desinformationsverbreitender eine ehrwürdige Tatsache teilt, die ihm – durch einen anderen – „in den Mund gelegt“ wurde und von dessen Richtigkeit er überzeugt ist.<sup>1107</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit den schnelllebigen sozialen Medien birgt die üble Nachrede damit nicht zu unterschätzende Strafbarkeitsrisiken, da die sozialen Medien von einem schnellen und daher häufig auch unverifizierten Nachrichtenaustausch leben.<sup>1108</sup> Dass die Strafbarkeit schon deshalb ausgeschlossen

---

legung des Erfolgsorts bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten siehe BGH NStZ 2017, 146, 147; *Handel*, ebd., S. 229. Zum Erfordernis der Restriktion des Verständnisses des Erfolgsorts vor dem Hintergrund internetbasierter Streudelikte und den unterschiedlichen Ansätzen siehe BGH NJW 2011, 2059, 2060 Rn. 8. *Handel*, ebd., S. 229.

<sup>1102</sup> Vgl. *Reggel/Pegel*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB III, StGB, § 185 Rn. 8 m. w. N. Zum „Ansprucken“ siehe BGH NStZ 2016, 27; OLG Zweibrücken NStZ 1990, 541.

<sup>1103</sup> Zur Kollektivbeleidigung siehe vor allem BVerfGE 93, 263, 295 – „Soldaten sind Mörder“. Zur Verwendung des Akronyms „ACAB“, vgl. BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Ersten Senats vom 17. Mai 2016, – 1 BvR 257/14 und 1 BvR 2150/14 –, juris, Rn. 16.

<sup>1104</sup> *Reggel/Pegel*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB III, StGB, § 185 Rn. 34.

<sup>1105</sup> *B. Holznapel*, MMR 2018, S. 20.

<sup>1106</sup> Vgl. zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit statt vieler *Hoven/Krause*, JuS 2017, S. 1169.

<sup>1107</sup> Vgl. ebd.

<sup>1108</sup> Vgl. ebd.

sei, wenn der Täter hinsichtlich der Unwahrheit der Aussage nicht sorgfaltswidrig handelt, wird zwar von Stimmen der Literatur in kriminalpolitisch überzeugender Weise vertreten;<sup>1109</sup> ein solches Verständnis lässt sich jedoch weder mit dem Wortlaut, der Historie und der Systematik des § 186 StGB vereinbaren, noch in der Rechtsprechung erkennen.<sup>1110</sup> Vielmehr kann demjenigen, der eine möglicherweise unwahre Behauptung aufstellt, diese Aussage bloß – zivilrechtlich – so lange nicht untersagt werden, wie er im Vorfeld hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt angestellt hat.<sup>1111</sup>

Eine besondere Qualifikation im Kontext demokratiegefährdender Desinformationsverbreitung stellt der § 188 StGB dar, der den Strafraumen für die üble Nachrede über oder die Verleumdung von Personen des politischen Lebens, wie beispielhaft Bundes- oder Landtagsabgeordnete,<sup>1112</sup> erheblich erhöht, wenn die jeweilige Aussage mit der Stellung des Betroffenen zusammenhängt und geeignet ist, sein Wirken erheblich zu erschweren. Denn hieraus kann das Opfer an politischem Ansehen einbüßen, auch wenn dies tatbestandlich nicht vorausgesetzt wird.<sup>1113</sup> Der Strafraumen beträgt drei Monate bis fünf Jahre Freiheitsentzug.

Bei den genannten Ehrdelikten handelt es sich um absolute Antragsdelikte, vgl. § 194 Abs. 1 StGB. Diese im Kontext der Internetkommunikation besonders relevanten Delikte stellen grundsätzlich Privatklagedelikte dar, die nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses überhaupt von der Staatsanwaltschaft verfolgt werden, vgl. § 374 Abs. 1 Nr. 2, § 376 StPO.

Im Bereich von Hetze, die mit unwahren Tatsachenbehauptungen verbunden wird, kann der Anwendungsbereich der Volksverhetzung nach § 130 StGB eröffnet sein. Mit ihr soll primär der öffentliche Friede geschützt werden.<sup>1114</sup> Dieser die öffentliche Ordnung schützende Straftatbestand stellt hohe Voraussetzungen, was bereits der Grundtatbestand aus § 130 Abs. 1 StGB zeigt: Es muss jemand in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordern (Nr. 1) oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, dass er eine vorbezeichnete Gruppe,

<sup>1109</sup> Vgl. ebd. m. w. N.

<sup>1110</sup> Ebd.

<sup>1111</sup> Vgl. nur BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2016, – 1 BvR 3388/14 –, juris, Rn. 15 mit Verweis auf BGHZ 132, 13, 23 f. m. w. N.; BGH GRUR 2016, 532, 533 f. m. w. N.

<sup>1112</sup> BGHSt 3, 73, 74; BGH NJW 1952, 194, Ls. b). Zum weiteren geschützten Personenkreis siehe *Reggel/Pegel*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB III, StGB, § 188 Rn. 6 ff.

<sup>1113</sup> *Fischer*, in: ders., StGB, StGB, § 188 Rn. 3a; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, StGB, § 188 Rn. 6; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK StGB II, § 188 Rn. 6.

<sup>1114</sup> OLG München NJW 1985, 2430, 2431; *J. Schäfer*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB III, StGB, § 130 Rn. 2 m. w. N.; *Kübl*, in: Lackner/Kübl, StGB-Kommentar, StGB, § 130 Rn. 1.

Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet (Nr. 2).

Es handelt sich nicht um ein Erfolgs-, sondern um ein sog. abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt.<sup>1115</sup> Dieses wird mit einer Strafe von mindestens drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsentziehung geahndet, wobei die unterschiedlichen Ausprägungen der verschiedenen Absätze des § 130 StGB teilweise auch mildere Strafrahmen, beispielhaft eine Geldstrafe bis hin zu drei Jahren Freiheitsentzug (vgl. Abs. 2–4), vorsehen. So dürfte eine entsprechende unter § 130 Abs. 1 StGB fallende Handlung – unabhängig von ihrer Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören – bei einer Verbreitung über ein Telemedium bereits den Tatbestand von § 130 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfüllen.<sup>1116</sup>

Ferner könnte im Kontext mit Wahlen das Erfolgsdelikt der Wählertäuschung nach § 108a StGB eine Rolle spielen. Dabei muss der Täter mit einer Täuschung bewirken, dass jemand bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt. Als unbeachtlicher Motivirrtum nicht vom Tatbestand erfasst ist hingegen die Wählerbeeinflussung durch täuschende Wahlpropaganda.<sup>1117</sup> Insofern dürfte diese Strafnorm in Zusammenhang mit der Verbreitung von Desinformation zur gesellschaftlichen Meinungsbeeinflussung allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen.

Daneben bestehen noch weitere Straftatbestände, die zwar bestimmte Arten von „Fake News“ verbieten, aber mit Blick auf ihre jeweiligen Anwendungsbereiche eher zweitrangig sind. Hierzu zählen die Aussagedelikte (abstrakte Gefährdungsdelikte) der §§ 153 ff. StGB, mit denen die staatliche Rechtspflege geschützt werden soll.<sup>1118</sup> Zu diesen Tatbeständen zählen auch das Vortäuschen einer Straftat nach § 145d StGB, für das der Vorsatz hinsichtlich des Vortäuschens einer Straftat gegenüber einem der genannten Adressaten beim bloßen Verbreiten eines Beitrages im Internet besonders diskutabel<sup>1119</sup> erscheint, und der falschen Verdächtigung nach § 164 StGB. In ihnen geht es darum, dass Behörden über den Beteiligten an einer – teils noch bevorstehenden, vgl. § 145d Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 3 StGB – Straftat getäuscht (145d Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder Dritte wider besseren Wissens einer Straftat verdächtigt werden (§ 164 StGB).<sup>1120</sup> Sie sollen primär Strafverfolgungsbehörden

<sup>1115</sup> Zu dieser Deliktsart siehe näher BGH NJW 1999, 2129. Zur Einstufung der Volksverhetzung als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt siehe BGH NSStZ 2017, 146, 147; MMR 2001, 228, 229 jeweils m. w. N.

<sup>1116</sup> *Hoven/Krause*, JuS 2017, S. 1170.

<sup>1117</sup> Im Einzelnen siehe *H. E. Müller*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB III, StGB, § 108a Rn. 6 f.

<sup>1118</sup> Zum Schutzgut siehe BGHSt 8, 301, 309; BGH NJW NJW 1956, 191, 192; *H. E. Müller*, ebd., § 153 Rn. 7. Zur Deliktsqualität siehe nur *Hettinger/Bender*, JuS 2015, S. 577 m. w. N.

<sup>1119</sup> Hingegen einen *dolus eventualis* unterstellend *Hoven/Krause*, JuS 2017, S. 1170.

<sup>1120</sup> Zur Subsidiarität von § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB bei Überschneidungen mit § 164 StGB, vgl. § 145d Abs. 1 a. E. und Abs. 2 StGB („ebenso bestraft“).

vor unnützem Tätigwerden (§145d StGB) und die Rechtspflege vor Irreführung (§ 164 StGB) schützen.<sup>1121</sup> Die individuelle Meinungsbildung wird durch sie nicht unmittelbar geschützt.

Für „Content-Provider“ i. S. d. § 2 TMG greift das Verantwortlichkeitsregime der §§ 7 – 10 TMG ein. Er ist verantwortlich für eigene Inhalte wie jeder andere Rechtsträger auch. Lässt er hingegen zu, dass fremde Inhalte von Dritten in seinen Angeboten verbreitet werden, ist er zudem „Host-Provider“. Im Zeitalter konvergierender Mitmachmedien stellt dies die gängige Praxis dar. In diesen Fällen greift für ihn in Bezug auf die Fremdinhalte das Haftungsprivileg aus § 10 S. 1 TMG ein, das nur entfällt, wenn er positive Kenntnis von den strafrechtlichen Fremdinhalten hat und diese nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme löscht.

### *b) Ermittlungstechnische Mittel*

Ferner sollen die von der StPO aufgeführten Möglichkeiten zur Ermittlung von Desinformationsverbreitungsdelikten im Online-Kontext angeführt werden.

Für Ermittlungen in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten erscheinen aufklärerische Maßnahmen erfolgsversprechend, bei denen ein Beamter selbst als Nutzer auftritt. Von den allgemeinen Ermittlungsbefugnissen nach § 161 Abs. 1 StPO ist dabei gedeckt, wenn beispielsweise ein „Fake-Account“ erstellt würde, bei dem in den Nutzerinformationen schlicht die Beamtenrolle verschwiegen und mit diesem Nutzerkonto an der Kommunikation innerhalb des Dienstes teilgenommen wird. Dies betrifft grundsätzlich die Konstellation des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten, der nur gelegentlich verdeckt auftritt.<sup>1122</sup> Er kann in den Grenzen der zulässigen Tatprovokation<sup>1123</sup> Anreize für entsprechende kommunikative Akte setzen.

Der Einsatz von verdeckten Ermittlern, für die eine Legende eigens entwickelt wird (§ 110a Abs. 2 StPO), kommt für die Ermittlung von strafbarer Desinformationsverbreitung hingegen nicht in Betracht. Es fehlt grundsätzlich an einer der numerisch aufgezählten Tatvarianten aus § 110a Abs. 1 S. 1 StPO.<sup>1124</sup> Der Einsatz kann auch nicht auf die Wiederholungsgefahr aus Satz 2 gestützt werden, weil die Delikte im Zusammenhang mit der Desinformationsverbreitung keine Verbrechen i. S. v. § 12 Abs. 1 StGB darstellen.

<sup>1121</sup> Zopf, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB III, StGB, § 145d Rn. 2, § 164 Rn. 2.

<sup>1122</sup> Ostendorf/Frahm/Doege, NStZ 2012, S. 537. Zur Begrifflichkeit: Günther, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo StPO I, StPO, § 110a Rn. 21 ff.; Weisser, NWiStZ 2018, S. 59.

<sup>1123</sup> Kölbl, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo StPO II, StPO, § 163 Rn. 26 f. Zu den Folgen einer unzulässigen Tatprovokation siehe Maier, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo StPO II, StPO, § 260 Rn. 139 ff.

<sup>1124</sup> Zum abschließenden Charakter des Katalogs aus Abs. 1 S. 1 siehe Günther, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo StPO I, StPO, § 110a Rn. 9.



Soweit es für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten erforderlich ist, kann die Ermittlungsbehörde eine Auskunft über Bestandsdaten i. S. d. § 3 Nr. 6 TKG (vgl. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 TTDSG) nach § 100j Abs. 1 Nr. 1 StPO von demjenigen verlangen, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt. Nach § 100j Abs. 2 StPO kann auch Auskunft über eine näher spezifizierte dynamische IP-Adresse verlangt werden.<sup>1125</sup>

Unter denselben Voraussetzungen kann die Ermittlungsbehörde gem. § 100j Abs. 1 Nr. 2 StPO i. V. m. § 22 Abs. 1, 3–6 TTDSG vom Betreiber eines Telemediendienstes (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG) eine Bestandsdatenauskunft verlangen.

Ein selbständiges Erheben von Verkehrsdaten i. S. d. § 3 Nr. 70 TKG durch die Ermittlungsbehörde nach § 100g Abs. 1 S. 1 StPO wird in aller Regel ausscheiden, da eine solche gem. § 100g Abs. 1 S. 2 StPO nur *ultima ratio* erfolgen darf, wenn ohne sie die Ermittlung des Sachverhalts aussichtslos wäre. Da Äußerungen aber erst getroffen werden müssen, bevor sie als Straftat qualifiziert werden können, besteht grundsätzlich die Möglichkeit zum Rückgriff auf Bestandsdaten und statische IP-Adressen nach § 100j StPO.<sup>1126</sup>

Eine Auskunft über Nutzerdaten i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG können die Ermittlungsbehörden im Rahmen der Aufklärung von Desinformationsverbreitungssachverhalten nicht über § 100k StPO i. V. m. § 24 TTDSG von demjenigen verlangen, der geschäftsmäßig Telemediendienste erbringt, daran mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung daran vermittelt, da es an einer hierfür vorausgesetzten schweren Straftat i. S. d. § 100a Abs. 2 StPO mangelt.

### 3. Evaluation zivil- und strafrechtlicher Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter

Die zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Desinformationsverbreiter ergeben sich überwiegend aus dem Deliktsrecht und sind an relativ hohe tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft, um eine Naturalrestitution, wie ein *Dementi* oder eine Richtigstellung, zu erzielen.

Ein gegen den Desinformationsverbreiter gerichteter Unterlassungsanspruch hat zwar geringere Voraussetzungen, führt aber nur zur Unterlassung einer drohenden oder wiederholten persönlichkeitsverletzenden Äußerung. In allen Fällen trägt der Anspruchssteller nach den üblichen Regeln grundsätzlich die Beweislast.<sup>1127</sup>

<sup>1125</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Dezember 2018, – 2 BvR 2377/16 –, juris, Rn 40 ff.

<sup>1126</sup> Zur Abgrenzung der Zuordnung einer IP-Adresse als Bestands- oder Verkehrsdatum, siehe Graf, in: ders., BeckOK StPO (44. Ed.), StPO, § 100a Rn. 30 ff.

<sup>1127</sup> BGHZ 53, 245, 250; Förster, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB (63. Ed.), BGB, § 823 Rn. 42 f. m. w. N.



Auch die materiellen Strafgesetze verlangen im äußerungsrechtlichen Kontext zurecht hohe Voraussetzungen. Es muss jeweils eine Abwägung der Äußerungsfreiheit mit den widerstreitenden Interessen, zumeist der persönlichen Ehre oder dem öffentlichen Frieden, vorgenommen werden. Die Äußerungsfreiheiten einschränkende Strafnormen müssen hierbei besonders restriktiv ausgelegt werden. Dies leitet sich aus der Wechselwirkungslehre ab und wird durch den Umstand verstärkt, dass eine strafrechtliche Verurteilung zur Vermeidung von „chilling effects“ nur *ultima ratio* erfolgen darf. Ein Tatbestand, der eine Desinformationsverbreitung mit demokratieschädigender Wirkung erfasst, besteht *de lege lata* nicht. Dabei ist die freie, unverzerrte Meinungsbildung ein fragiles Gut, das immer wieder durch Desinformation zu beeinträchtigen versucht wird, wie es die jüngere Zeitgeschichte vor allem in demokratischen Zusammenhängen unter Beweis gestellt hat.<sup>1128</sup> Das materielle Strafrecht ist daher nicht ausreichend, um gegen den Desinformationsverbreiter selbst vorzugehen.<sup>1129</sup>

Die zivil- und strafrechtlichen Regeln schaffen es für sich genommen nicht, das Problem der Desinformationsverbreitung vollständig in den Griff zu bekommen. Aus kognitionswissenschaftlicher Sicht ermöglichen sie auf der einen Seite „Primacy Effects“ sowie insbesondere die Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche auch „Illusory Truth Effects“, so dass sie der Wirkung von „Fake News“ bei den Rezipienten sogar noch Auftrieb verleihen können.<sup>1130</sup> Zudem wird auf der anderen Seite aus praktischer Sicht in Bezug auf die materiellen zivil- und strafrechtlichen Regelungen häufig ein Rechtsdurchsetzungsproblem in Internetsachverhalten konstatiert, das aus der Anonymität der Nutzer resultiere.<sup>1131</sup> Die vom Gesetzgeber grundsätzlich gewollte Anonymität der Nutzer (vgl. § 19 Abs. 2 TTDSG<sup>1132</sup>, Art. 5 ff. DS-GVO, § 24 BDSG) senkt das soziale Hemmnis vor rechtswidrigen Äußerungen, da die Schädiger schwer greifbar sind und sich in Sicherheit zu wiegen scheinen.<sup>1133</sup> Durch die Anonymität im Internet dringen die generalpräventiven Wirkungen der gesetzlich angeordneten Strafnormen nicht vergleichbar durch wie im analogen Raum. Es entsteht der Eindruck, als könnten sich diese Nutzer vor den Strafen „wegducken“.

Nicht zuletzt aus diesem Grund betreffen auch die meisten Zivilverfahren die Relation von betroffenem Nutzer und dem Diensteanbieter und gerade nicht das ursprüngliche Verhältnis von Äußerndem und Betroffenen selbst.<sup>1134</sup> Im zivilrechtlichen Kontext wiegt dies noch schwerer als im Strafrecht, da verletzte Private an-

<sup>1128</sup> Siehe Abschnitt „Entwicklungen der jüngeren Zeitgeschichte“ unter Punkt B. IV.

<sup>1129</sup> Vgl. *Tschorr*, MMR 2021, S. 207; *Hoven/Krause*, JuS 2017, S. 1170.

<sup>1130</sup> Zu diesen Effekten, siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

<sup>1131</sup> *Pille*, NJW 2018, S. 3546; f. *Hofmann*, JuS 2017, S. 713; *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 20 f. Vgl. ferner *B. Krause*, NStZ 2016, S. 139; *Caspar*, ZRP 2015, S. 236.

<sup>1132</sup> Vorher § 13 Abs. 6 TMG in der vor dem 1. Dezember 2021 geltenden Fassung, BT-Drs. 19/27441, S. 37.

<sup>1133</sup> BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 40. Vgl. auch *Tschorr*, MMR 2021, S. 205; *Spindler*, CR 2019, S. 240.

<sup>1134</sup> *Pille*, NJW 2018, S. 3546.

ders als Strafverfolgungsbehörden keine eigenständigen Ermittlungskompetenzen haben. Anspruchsgegner können deshalb häufig nicht ermittelt werden. Für die aufgezeigten zivilrechtlichen Ansprüche bestehen noch keine an den Gegebenheiten des Internets orientierten, adäquaten Durchsetzungsmechanismen. Materielle Ansprüche laufen damit nicht selten ins Leere.<sup>1135</sup>

Bis eine Unterdrückung von „Fake News“ oder eine Richtigstellung tatsächlich erzielt wird, vergeht in der Regel einige Zeit, in der sich eine Verunsicherung bei wahrnehmenden Rezipienten verfestigt. Aufgrund der Schnelllebigkeit des Internets werden späte Beitragsunterdrückungen von den früheren Rezipienten der „Fake News“ unter Umständen nicht mehr wahrgenommen; späte Richtigstellungen verfehlen ihr Ziel vollends, da Rezipienten diese unter Umständen gar nicht mehr in den Kontext des ursprünglichen Beitrages setzen können oder eine solche Richtigstellung die Wirkung der früheren Desinformation noch befeuert.

Aber auch die den Strafverfolgungsbehörden in strafprozessualer Hinsicht bestehenden Untersuchungsmaßnahmen bringen den Opfern der hier in Rede stehenden Internetstraftdelikte keinen Vorteil. Die Delikte gegen die persönliche Ehre stellen allesamt absolute Antragsdelikte (§ 194 StGB) dar, so dass ohne Strafantrag keine Ermittlungen aufgenommen werden.

Dies dient dem Schutz vor Überlastung der Strafverfolgungsbehörden und erscheint angemessen. Aber selbst wenn der Verletzte einen Strafantrag i. S. d. § 158 Abs. 2 StPO stellt, erfolgt eine Klageerhebung durch die Staatsanwaltschaft nur, wenn dies im öffentlichen Interesse i. S. d. Ziff. 86 Abs. 2 RiStBV<sup>1136</sup> liegt. Ein solches bildet jedoch die Ausnahme, da hierfür der Rechtsfrieden über den Rechtskreis des Betroffenen hinaus gestört sein muss, so dass die Strafverfolgung zum Anliegen der Allgemeinheit wird. Naheliegenderweise kann man trotz der unter Umständen höheren Breitenwirkung im Internet nicht jeder äußerungsrechtlichen Angelegenheit *per se* ein öffentliches Interesse zuerkennen. Besteht kein solches Interesse, stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren ein, ohne Untersuchungshandlungen vorzunehmen, und verweist den Geschädigten auf den Privatklageweg, vgl. § 170 Abs. 2 i. V. m. § 376 StPO. Die Geschädigten bleiben daher regelmäßig auf das Privatklageverfahren nach § 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO verwiesen, das jedoch nur in den seltensten Fällen angestrengt wird.<sup>1137</sup> Die staatliche Strafverfolgung der für den Kampf gegen „Fake News“ relevantesten Deliktsgruppe steht damit durch § 376 StPO unter einem Vorbehalt.

<sup>1135</sup> Vgl. nunmehr auch BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zum Gesetz gegen digitale Gewalt (April 2023), S. 1.

<sup>1136</sup> Zum Begriff siehe *Valerius*, in: Graf, BeckOK StPO (44. Ed.), StPO, § 376 Rn. 2, siehe ferner die Beispiele in Rn. 2.1 ff. Zu den Gründen eines öffentlichen Interesses siehe *Daimagüler*, in: Knauer, MüKo StPO III/1, § 376 Rn. 2 ff.

<sup>1137</sup> Vgl. nur Bund Deutscher Schiedsmänner und -frauen, Schiedsamtzeitung 2000 (71) Sonderheft, S. 1 f.

Und selbst wenn ein öffentliches Interesse angenommen und das Ermittlungsverfahren nicht eingestellt würde, erscheint fraglich, ob die stets gut ausgelasteten Ermittlungsbehörden den Täter oder gar überhaupt einen Beschuldigten mit den ihnen zur Verfügung stehenden Befugnissen, allem voran § 100j StPO, ermitteln können. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass § 176 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 TKG n. F.<sup>1138</sup>, nach dem die IP-Adressen, die früher für die Ermittlung von Internetstraf-taten unumgänglich waren,<sup>1139</sup> immerhin 10 Wochen gespeichert werden dürfen, unionsrechtswidrig ist und nicht mehr angewendet werden darf.<sup>1140</sup> Alle anderen Daten, insbesondere Bestandsdaten, die vom Telekommunikations- oder Telemedienanbieter, etwa einem sozialen Netzwerk oder Videosharing-Dienst, erlangt werden könnten, dürfen die Anbieter nach Art. 5 Abs. 1 lit. e) DSGVO grundsätzlich nur solange in einer Form speichern, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist. Dies bedeutet, dass eine Bestandsdatenauskunft nach § 100j Abs. 1 StPO grundsätzlich nach Vertragsbeendigung nicht mehr möglich ist. Anders ist dies bei entgeltlichen Verträgen, da für diese die Bestandsdaten bis nach der erfolgten Endabrechnung relevant sind. Telekommunikationsanbieter waren dagegen früher gem. § 95 Abs. 3 TKG a. F.<sup>1141</sup> verpflichtet, die Daten bis zum Ablauf des auf die Vertragsauflösung folgenden Kalenderjahres zu speichern, um eine längerfristige Sachverhaltsaufklärung zu ermöglichen und die strafrechtliche Verfolgung von Tätern abzusichern. Da die Rechtsprechung einen Netzwerknutzungsvertrag als unentgeltlich einstuft<sup>1142</sup>, ist es dem Nutzer durch Vertragsbeendigung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit möglich, sich der Strafverfolgung zu entziehen. Schließlich halten die allgemeinen Netzwerknutzungsverträge keine Kündigungsfristen vor.<sup>1143</sup>

<sup>1138</sup> In der nach dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) vom 23. Juni 2021 geltenden Fassung, in Kraft getreten am 1. Dezember 2021, BGBl. I S. 1858. Vorher § 113b TKG. Zur Unionsrechtswidrigkeit siehe nun EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 47 ff. – Space Net u. a. ./ Deutschland.

<sup>1139</sup> Früher allein über § 100g StPO, vgl. zudem *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, S. 537.

<sup>1140</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 47 ff. – Space Net u. a. ./ Deutschland.

<sup>1141</sup> Außer Kraft getreten am 1. Dezember 2021 aufgrund Gesetzes vom 23. Juni 2021, BGBl. I S. 1858.

<sup>1142</sup> Vgl. KG Berlin MMR 2020, 239; OLG München MMR 2018, 760, 76; MMR 2018, 753, 754; *Beck*, ZRP 2019, S. 113.

<sup>1143</sup> Vgl. nur *Facebook*, Ziffer 4.2 i. V. m. Ziffer 3.3.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com; *Twitter*, Ziffer 4 („Beendigung dieser AGB“) der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Twitter.com, jetzt X.com; *TikTok*, Ziffer 6 („Ihre Rechte“) der ab November 2022 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: TikTok.com.

In Bezug auf „Fake News“ änderte hieran auch die mit § 3a NetzDG n. F.<sup>1144</sup> eingeführte Meldepflicht der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste an das Bundeskriminalamt kaum etwas, da sie die hier relevanten Ehrdelikte nicht erfasst.

Es bleibt festzuhalten, dass sich selbst neuere Ermittlungskompetenzen aus der StPO für den digitalen Bereich im Kontext von Äußerungsdelikten aufgrund des Erfordernisses eines öffentlichen Interesses für eine Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft (§ 376 StPO, Ziff. 86 Abs. 2 RiStBV) nicht zwingend auswirken. Die Strafverfolgung bei solchen Delikten hängt oft vom Ermittlungsgeschick der verletzten Privatperson ab, die eine Privatklage nur selten eigenständig durchsetzen können wird. Dieses Ergebnis ist in Anbetracht der ubiquitären Internetkommunikation unbefriedigend. Der Änderungsbedarf ist offenkundig.

## II. Gesetzliche Regulierung des Einsatzes von „Bots“

Dass Kommunikation über Maschinen unaufhaltsam betrieben werden kann, ist keine Neuheit mehr. Der erste „Bot“ (*Eliza*) wurde bereits in den 1950er Jahren entwickelt.<sup>1145</sup> Trotz der dynamischen Entwicklung dieser Programme und der über einen langen Zeitraum angenommenen Einflussnahme auf demokratische Prozesse wurden erst mit dem Inkrafttreten des Medienstaatsvertrages (MStV)<sup>1146</sup> im Jahr 2020 einige wenige spezielle gesetzliche Vorkehrungen im deutschen Recht mit Blick auf die „Bot“-Kommunikation geschaffen.

Neben den bereits angesprochenen allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Regelungen, die sich an den jeweiligen „Bot“-Verwender richten,<sup>1147</sup> bestehen *de lege lata* weitere Regulierungen der „Social Bot“-Kommunikation im Strafrecht (1.) sowie Kennzeichnungspflichten im MStV (2.) als auch Impressumspflichten (3.), die nun untersucht werden.

<sup>1144</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. I, S. 441.

<sup>1145</sup> Vgl. *Shum/He/Li*, *Frontiers of Information Technology & Electronic Engineering* 19 (2018), S. 11 ff.

<sup>1146</sup> Vgl. stellvertretend nur das Nds. Zustimmungsgesetz, Art. 1 Gesetz zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (MedienOModStVtrG ND) vom 14. September 2020 zum Medienstaatsvertrag (MStV) vom 14./28. April 2020, Nds. GVBl. S. 289. Mittlerweile gilt der Medienstaatsvertrag (MStV) in der Fassung des dritten Staatsvertrags zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge vom 21. Oktober und 2. November 2022, in Kraft seit 1. Juli 2023.

<sup>1147</sup> Siehe Abschnitt „Zivil- und strafrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E. I.

## 1. Strafrechtliche Vorkehrungen

Strafrechtliche Sanktionen betreffen stets den Verwender des „Bots“ *in persona*.<sup>1148</sup> Teils wird für den „Bot“-Einsatz als solchen eine Strafbarkeit nach § 106 Abs. 1 und Abs. 2, § 16 UrhG angenommen, wenn die Verwendung gegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Dienstes verstößt, in dem der „Bot“ eingesetzt wird.<sup>1149</sup> Soweit die Strafbarkeit von AGB abhinge, stünde sie vollkommen im Belieben der Netzwerke und Videosharing-Dienste. Die Bewertung der Strafbarkeit könnte bei gleichem Verhalten in unterschiedlichen Diensten uneinheitlich ausfallen, was wenig überzeugt.

Eine Strafbarkeit nach § 303a StGB wäre gegeben, wenn mit dem „Bot“-Einsatz fremde Daten i. S. d. § 202a Abs. 2 StGB rechtswidrig verändert würden, etwa wenn man auf die Verschiebung des Bedeutungsgehalts von Beiträgen (Daten) innerhalb eines Dienstes abstellt. Diese läge darin begründet, dass massenhaft gleiche Beiträge oder „Hashtags“ verbreitet würden.<sup>1150</sup> Denn damit könnte die einer Information zukommende gesellschaftliche Bedeutung verändert werden, die sich vor allem in „Hashtags“ widerspiegelt und in einem „Ranking“ des Dienstes zwecks der Vermittlung von beliebten Beiträgen festgehalten wird.<sup>1151</sup> Gleichwohl gilt dies nur unter der Annahme, dass die Rangliste ausdrücken soll, welche „Hashtags“ durch menschlich bediente „Accounts“ weiterverbreitet werden.<sup>1152</sup> Für letztere Annahme sprechen zwar die zumeist den Einsatz von „Bots“ ausschließenden AGB der Dienste.<sup>1153</sup> Da die Dienste ihre Verbote aber kaum durchsetzen, spricht dies eher dafür, dass das „Ranking“ eine rein technische Aufzeichnung und nicht die wirkliche gesellschaftliche Relevanz abbildet. Eine Strafbarkeit nach § 303a StGB dürfte im Ergebnis ausscheiden.

Jedoch könnte die Verbreitung von „unfriedlichem Spam“ über den (Qualifikations-)Tatbestand der Computersabotage nach § 303b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB verfolgt werden, wenn die Datenverarbeitung, die für ein fremdes Unternehmen von wesentlicher Bedeutung ist, nicht unerheblich dadurch gestört wird, dass eine Person Daten (§ 202a Abs. 2 StGB) in Nachteilszufügungsabsicht eingibt oder übermittelt. Dies könnte etwa in der massenhaften Verbreitung von bestimmten Beiträgen liegen, mit der gezielt eine Beeinflussung des Ergebnisses des elektronischen Rechenvorgangs herbeigeführt wird, mit dem ein soziales Netzwerk oder

<sup>1148</sup> Vgl. hierzu ausführlich auch *Libertus*, ZUM 2018, S. 22 ff.

<sup>1149</sup> Vgl. *Gulden*, Social Bots & Recht, Was ist beim Einsatz von Bots zu beachten?, Artikel vom 15. Dezember 2016, der auf OLG Dresden MMR 2015, 402 verweist, das in einem anders gelagerten Fall auf eine Urheberrechtsverletzung erkannte, die in der gegen die Geschäftsbedingungen verstößenden Verwendung von „Bots“ im Rahmen eines Online-Spiels lag. Offengelassen hingegen bei *Libertus*, ZUM 2018, S. 21.

<sup>1150</sup> Siehe ausführlich ebd., S. 22 f. m. w. N.

<sup>1151</sup> Siehe ausführlich ebd., S. 23.

<sup>1152</sup> Ebd.

<sup>1153</sup> Vgl. nur *Facebook*, Ziffer 3.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zu irreführendem Verhalten, auf: Facebook.com.

Videosharing-Dienst die Auswahl und Sortierung von besonders beliebten Beiträgen vornimmt, selbst wenn der Rechenvorgang als solcher nicht beeinträchtigt wird.<sup>1154</sup> Das Ergebnis dieser Beeinträchtigung sind „*trending topics*“, also Themen, die nur aufgrund von massenhaften „Bot“-Posts vom Dienst als besonders relevant eingestuft und an seine Nutzer vermitteln werden. Dieser algorithmisierte Vorgang stellt die Kerntätigkeit des sozialen Netzwerks oder Videosharing-Dienstes dar und ist damit für den Dienst wesentlich. Im Übrigen ist die Datenverarbeitung eines sozialen Netzwerks oder Videosharing-Dienstes für den „Bot“-Verwender in der Regel fremd, so dass die Qualifikation des § 303b Abs. 2 StGB einschlägig ist. Auf diese Weise können auch „Fake News“ durch Vermittlung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste breitenwirksam wahrgenommen werden.

Allerdings müsste für die strafrechtliche Verfolgung durch die Strafverfolgungsbehörden nach § 152 Abs. 2 StPO erst einmal ein Anfangsverdacht hinsichtlich der Begehung einer verfolgbaren Straftat bestehen. Da „Bots“ aber häufig nicht von menschlichen Akteuren zu unterscheiden sind, lässt sich ein solcher Verdacht praktisch schwierig begründen. Er könnte vor allem durch Anzeige seitens des Dienstes begründet werden, auf dem der „Bot“ eingesetzt wird. Dies setzt aber wiederum das Tätigwerden des entsprechenden Dienstes voraus. Bislang ist kein Fall bekannt, in dem zumindest ein Ermittlungsverfahren wegen des Einsatzes eines „Bots“ aufgrund einer möglichen Computersabotage eingeleitet wurde.

Die strafrechtliche Verfolgung des „Bot“-Einsatzes dürfte im Ergebnis nicht stattfinden.

## 2. Kennzeichnungspflichten

Seit Inkrafttreten des ersten MStV am 7. November 2020<sup>1155</sup> gelten Kennzeichnungspflichten für Anbieter von Telemedien (§ 18 Abs. 3 MStV, a) und soziale Netzwerke (§ 93 Abs. 4 MStV, b)) sowie für Videosharing-Dienste (§ 97 S. 2 MStV, c)), die zunächst selbst und sodann die Mechanismen zu ihrer Durchsetzung (d)) vorgestellt und auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft werden (e)).

### *a) Kennzeichnungspflicht für Anbieter von Telemedien nach § 18 Abs. 3 MStV*

Nach § 18 Abs. 3 S. 1 MStV sind Anbieter von Telemedien in sozialen Netzwerken verpflichtet, bei mittels eines Computerprogramms automatisiert erstellten Inhalten oder Mitteilungen den Umstand der Automatisierung kenntlich zu machen, sofern das hierfür verwandte Nutzerkonto seinem äußeren Erscheinungsbild nach für

<sup>1154</sup> *Libertus*, ZUM 2018, S. 23.

<sup>1155</sup> Vgl. stellvertretend nur das Nds. Zustimmungsgesetz, Art. 1 Gesetz zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (MedienOModStVtrG ND) vom 14. September 2020 zum Medienstaatsvertrag (MStV) vom 14./28. April 2020, Nds. GVBl. S. 289. Mittlerweile gilt der Medienstaatsvertrag (MStV) in der Fassung des dritten Staatsvertrags zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge vom 21. Oktober und 2. November 2022, in Kraft seit 1. Juli 2023.



die Nutzung durch natürliche Personen bereitgestellt wurde. Dem Inhalt oder der Mitteilung ist nach Satz 2 gut lesbar der Hinweis bei- oder voranzustellen, dass der Inhalt oder die Mitteilung unter Einsatz eines das Nutzerkonto steuernden Computerprogrammes automatisiert erstellt und versandt wurde. Ein Erstellen im Sinne dieser Vorschrift liegt nach Satz 3 nicht nur vor, wenn Inhalte und Mitteilungen unmittelbar vor dem Versenden automatisiert generiert werden, sondern auch, wenn bei dem Versand automatisiert auf einen vorgefertigten Inhalt oder eine vorprogrammierte Mitteilung zurückgegriffen wird.

aa) „Bot“ als Telemedium i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG

Zunächst stellt sich die Frage, ob schon der einfache „Bot“-Verwender als Anbieter eines Telemediums zu qualifizieren ist, so dass er selbst Adressat der Vorschrift wäre. Hierfür müsste der „Bot“ ein Telemedium darstellen. Telemedien sind nach der sehr weiten Legaldefinition des § 1 Abs. 1 S. 1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV sind. Der „Bot“ als Programm könnte also zur Verbreitung von Kommunikationsinhalten als eigenständiger Kommunikationsdienst eingestuft werden. Die von der Legaldefinition aufgestellten Ausnahmen liegen nicht vor.

Allerdings stimmt ein „Bot“ nicht mit dem herkömmlichen Bild eines Telemediums überein. Klassische Telemedien sind vielmehr Websites, Blogs oder die Dienste von sozialen Netzwerken, also Angebote, die eigens dafür bereitgehalten werden, um auf oder in ihnen Äußerungen zu verbreiten. Ein „Bot“ ist hingegen Werkzeug, um auf derartigen (klassischen) Telemedien Inhalte zu verbreiten, und daher kein Informationsdienst im klassischen Sinne.

Gegen die Einordnung eines „Bots“ als eigenes Telemedium spricht auch der Wortlaut von § 18 Abs. 3 MStV. Anbieter von Telemedien, die mittels eines Computerprogramms automatisiert Inhalte erstellen, sind betroffen. Die Formulierung scheint umständlich, würde sie jeden Nutzer eines „Bot“-Programmes direkt adressieren. Denn das Programm selbst würde ja bereits das Telemedium darstellen. Der „Umweg“ über den Anbieter eines Telemediums wäre also nicht nötig gewesen. Es hätte schlicht die Formulierung gereicht, dass jede Person, die mittels eines Computerprogrammes automatisch Inhalte kundgibt oder verbreiten lässt, zur Kennzeichnung verpflichtet ist.

Hieran anschließend erschiene eine auf Anbieter von „klassischen“ Telemedien beschränkte Kennzeichnungspflicht zunächst sinnvoll, weil die Verwendung von „Bots“ durch Telemedienbetreiber eine besondere Suggestivkraft erzielen kann: Zunächst trifft der „Bot“ eine Äußerung, die sich so oder so ähnlich über das verlinkte Telemedium „verifizieren“ lässt. Durch diese Doppelbödigkeit entsteht eine besonders glaubhafte Aussage, was aufgrund bestehender Missbrauchsgefahren verhindert werden soll.



Allerdings zeigt dieses beschränkte Verständnis spiegelbildlich schon die potenziellen (Umgehungs-)Gefahren auf: Auch ohne ein Telemedium zu betreiben, kann ein „Bot“-Nutzer eine vergleichbar glaubhafte Behauptung unter Verlinkung auf ein von einem anderen betriebenen klassischen Telemedium erzielen, sei es, er wird von dem anderen Telemedienbetreiber dazu veranlasst, sei es aus anderen Gründen. Dies spricht wiederum dafür, den „Bot“ als Telemedium zu qualifizieren.

Dagegen kann aber vorgebracht werden, dass sich die für Telemedien geltenden Impressumspflichten nach § 5 f. TMG und § 18 Abs. 1 MStV nicht ohne Weiteres auf „Social Bots“ anwenden lassen. Anders als herkömmliche Telemedien sind „Bots“ gerade kein eigenes Medium, aus dem Information gewonnen werden kann, sondern ein Hilfsmittel für die Verbreitung von Aussagen innerhalb anderer Telemedien. Der „Bot“ ist wie der menschliche Kommunikator auch keine Informationsquelle, in der ein Impressum selbst bereitgehalten werden könnte. Im Rahmen sozialer Netzwerke oder Videosharing-Dienste kann die Informationsquelle allenfalls in dem Nutzerprofil, mit dem der „Bot“ verknüpft ist, gesehen werden. Dabei kann der „Bot“ dauerhaft mit dem Profil verknüpft sein, muss es aber nicht. Praktisch unklar bleibt, wie ein Impressum für einen „Bot“ und wie eine effektive Kontrolle aussehen soll, vor allem, wenn der „Bot“ immer nur von Zeit zu Zeit mit dem Profil verknüpft ist.

Nicht eindeutig ist in diesem Zusammenhang auch die knappe Gesetzesbegründung zur Kennzeichnungspflicht. Sie beschränkt sich darauf, dass die Verwender der „Social Bots“ zur Kennzeichnung verpflichtet sind.<sup>1156</sup> Diese offene Formulierung scheint jede „Bot“-Nutzung erfassen zu wollen, was dafür spricht, den „Bot“ als Telemedium zu qualifizieren.<sup>1157</sup>

Diese Einordnung lässt sich vor allem auf den ursprünglichen Sinn und Zweck der Kennzeichnungspflicht(en) stützen, nämlich eine weitreichende Transparenz für jeden Nutzer zugunsten einer nachvollziehbaren Meinungsbildung zu schaffen.<sup>1158</sup> Dies gilt vor allem aufgrund der sonst offenkundigen Umgehungsgefahren der Kennzeichnung durch „einfache“ Nutzer und der ohnehin möglichen vergleichbaren Glaubhaftigkeit ihrer durch „Bot“ verbreiteten Aussagen. Dass sich die Impressumspflichten nicht einfach auf „Bots“ übertragen lassen, führt nicht dazu, dass sich der „Bot“ als neuartiger Kommunikationsdienst nicht unter das sehr weite Begriffsverständnis eines Telemediums i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG subsumieren ließe. Denn dieses erfasst grundsätzlich jeden elektronischen Kommunikationsdienst gleich welcher Art, soweit nicht einer der in der Legaldefinition selbst angelegten Ausnahmetatbestände erfüllt ist. Damit stellen „Bots“ Telemedien dar.

<sup>1156</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 20.

<sup>1157</sup> Ohne Begründung auch *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 494 unter Verweis auf *Klaas*, MMR 2019, S. 89.

<sup>1158</sup> Vgl. *Löber/Roßnagel*, ebd., S. 497 m. w. N.

## bb) Erfasstes Verhalten

Umstritten ist, welche Verhaltensweisen von der Kennzeichnungspflicht erfasst werden. Der offene Wortlaut der Vorschrift erfasst grundsätzlich jedweden Inhalt. Teilweise wird jedoch argumentiert, automatische Verbreitungen ohne Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung seien – zumindest im Wege der teleologischen Reduktion<sup>1159</sup> – von der Kennzeichnungspflicht auszuschließen.<sup>1160</sup> Als Beispiele hierfür werden das Twitttern von Wetterereignissen oder die Beantwortung von Supportanfragen im Kundenservice angeführt.<sup>1161</sup>

Diese Ansicht wird damit begründet, die ursprüngliche Intention der Länder für diese Regelung sei es gewesen, die Automatisierung meinungsrelevanter, insbesondere politischer, Mitteilungen und Inhalten zu erfassen, um vorgetäuschte Stimmungsbilder, simulierte Diskurse und andere Beeinflussungen des öffentlichen Diskurses zu unterbinden.<sup>1162</sup>

Tatsächlich wurde die Kennzeichnungspflicht zunächst in erster Linie zum Schutz vor „Propaganda-Bots“ diskutiert.<sup>1163</sup> Ein Beleg dafür, dass dies bei Abschluss der Gesetzgebung aber die alleinige Absicht des Gesetzgebers gewesen ist und daher nur „Bot“-Äußerungen mit Meinungsrelevanz unter die Pflicht fallen sollen, lässt sich indes nicht finden. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich vielmehr, dass die Kennzeichnung nicht allein auf politische Diskurse beschränkt, sondern eine grundsätzliche Transparenz im öffentlichen Diskurs im Internet geschaffen werden sollte. Anliegen der Kennzeichnungspflicht ist, dass für „Nutzer (...) stets erkennbar sein (muss), welche Nachrichten von Menschen und welche von Maschinen kommen“<sup>1164</sup>. Es kann nicht *per se* ausgeschlossen werden, dass ein zunächst „meinungsirrelevant“ erscheinender Einsatz tatsächlich ohne Meinungsbildungsrelevanz bleibt. Überdies verdeutlicht die Kennzeichnung auch solch automatisierter Kommunikation dem Rezipienten, in welcher unterschiedlicher Weise automatisierte Kommunikation inzwischen erfolgen kann. Dies fördert das Reflexionsvermögen aller Kommunikationsempfänger. Dabei fügt die Kennzeichnung der Glaubhaftigkeit dieser Kommunikation keinen Schaden zu. Ein Grund zur Verschleierung dieser automatisierten Kommunikation besteht nicht – jedenfalls, wenn sie aus lauterer Motiven erfolgt.

Nicht unumstritten ist auch, ob schon das Absetzen eines vorgefertigten Beitrages zu einer bestimmten Uhrzeit unter die Kennzeichnungspflicht fällt. Der Wortlaut der Norm erfasst jedoch nur automatisiert erstellte Inhalte. Soweit es also lediglich um die Veröffentlichung eines vom Nutzer selbst erstellten Inhalts zu einem

<sup>1159</sup> Zu den Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion siehe *Danwerth*, ZfPW 2017, S. 232 f.

<sup>1160</sup> Vgl. *Sümmerrmann*, MStV und Social Bots, auf: Telemedicus.info, Beitrag vom 22. Oktober 2020.

<sup>1161</sup> Ebd.

<sup>1162</sup> Ebd.

<sup>1163</sup> Vgl. etwa *Milker*, ZUM 2017, S. 221.

<sup>1164</sup> Beschluss des Bundesrates, Anlage zur Entschließung des Bundesrates zu Transparenz und klaren Regeln auf digitalen Märkten, BR-Drs. 519/18, S. 1 (Nr. 1 u. 2). Hervorhebungen durch den Verfasser.

bestimmten Datum geht, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet. Dies lässt sich auch mit dem Sinn und Zweck der Norm begründen.<sup>1165</sup> Denn ein bloß automatisiertes Veröffentlichen eines vom Nutzer selbst erstellten Inhaltes verzerrt den Meinungsbildungsprozess nicht. Dieses Verhalten ist vergleichbar mit dem Freischalten einer Website, wonach Informationen erst ab einem bestimmten Zeitpunkt abrufbar sind. Dieses Verhalten birgt anders als automatisiert erstellte Inhalte keine erhöhten Gefahren für den Meinungsbildungsprozess. Anders als beim bloßen Absenden eines Beitrags zu einer vordefinierten Uhrzeit produziert der „Bot“ dagegen automatisiert erstellte Inhalte auf Grundlage seiner Programmierung anhand von bestimmten von anderen Nutzern verwendeten Schlüsselwörtern. Auf diese Weise werden massenhaft Aussagen in verschiedenen Kontexten erstellt, wie es dem einzelnen Nutzer nicht möglich und nicht vergleichbar vorhersehbar ist.

cc) Hinweispflicht, § 18 Abs. 3 S. 2 MStV

Nach § 18 Abs. 3 S. 2 ist dem Inhalt oder der Mitteilung gut lesbar ein Hinweis bei- oder voranzustellen, dass dieser oder diese unter Einsatz eines das Nutzerkonto steuernden Computerprogrammes automatisiert erstellt und versandt wurde. Eine Konkretisierung des Bei- oder Voranstellens findet sich nicht. Welche Anforderungen an die Verständlichkeit des Hinweises zu stellen sind, etwa dass er in deutscher Sprache durch den Zusatz „*erstellt von einem Social Bot*“ erfolgen müsste, lässt die Vorschrift offen.<sup>1166</sup> Auch eine Kennzeichnung durch einen „Hashtag“, beispielhaft „*#socialbotgeneratedcontent*“, schließt sie nicht aus.<sup>1167</sup>

dd) Telemedienanbieter, die in Deutschland niedergelassen sind, § 1 Abs. 7 MStV

Nach § 1 Abs. 7 MStV gilt die Kennzeichnungspflicht des § 18 Abs. 3 MStV nur für Anbieter von Telemedien, die nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in Deutschland niedergelassen sind.

ee) Ergebnis: Kennzeichnungspflicht für Anbieter von Telemedien nach § 18 Abs. 3 MStV

Damit unterliegt jeder „Bot“-Verwender, der in Deutschland niedergelassen ist, ungeachtet der Art oder des thematischen Kontexts der „Bot“-Verwendung der Kennzeichnungspflicht. Wie die Kennzeichnung erfolgt, bestimmt der jeweilige Verwender unter Beachtung der oben dargestellten Grundsätze selbst.

<sup>1165</sup> Vgl. auch *Sümmermann*, MStV und Social Bots, auf: Telemedicus.info, Beitrag vom 22. Oktober 2020.

<sup>1166</sup> *Gerecke/Stark*, GRUR 2021, S. 819 unter anderem hinsichtlich des Erfordernisses eines Hinweises in deutscher Sprache mit Verweis auf BGH GRUR 2014, 879 – GOOD NEWS II.

<sup>1167</sup> Anders *Lent*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV § 18 Rn. 22.

*b) Kennzeichnungspflicht für soziale Netzwerke nach § 93 Abs. 4 MStV*

Nach § 93 Abs. 4 MStV haben Anbieter von Medienintermediären i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 16 und 21 MStV, die soziale Netzwerke anbieten, dafür Sorge zu tragen, dass Telemedien i. S. v. § 18 Abs. 3 MStV gekennzeichnet werden.

## aa) Erfasstes Verhalten

Der Wortlaut des Dafürsorgetragens ist äußerst offen formuliert. Was unter diesem unbestimmten Rechtsbegriff zu verstehen ist, konkretisiert auch die Gesetzesbegründung nicht. Danach hat der Gesetzgeber die konkrete Art und Weise der Pflichterfüllung vielmehr bewusst nicht festlegen wollen.<sup>1168</sup> Die Vorschrift bezwecke nicht die Einführung einer Pflicht für soziale Netzwerke zur eigenen Verfolgung und Sanktionierung von Verstößen gegen die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV.<sup>1169</sup> Vielmehr gelte hinsichtlich dieser Pflicht der behördliche Amtsermittlungsgrundsatz uneingeschränkt.<sup>1170</sup>

Damit statuiert diese Pflicht keine Gewährleistungsverantwortung für soziale Netzwerke zur Kennzeichnung von „Social Bots“, sondern allenfalls eine Pflicht zur Vornahme zumutbarer Bemühungen zugunsten von Kennzeichnungen.<sup>1171</sup> Diese Pflicht dürfte sich auf das Vorhalten der technischen Vorkehrungen beschränken, damit die im MStV angeordneten Kennzeichnungspflichten erfüllt werden können: Auf erster Ebene müssen soziale Netzwerke daher dem „Bot“-Verwender eine Kennzeichnung nach § 18 Abs. 3 MStV ermöglichen. Für den Fall, dass der „Bot“-Verwender gegen seine Kennzeichnungspflicht verstößt, muss das soziale Netzwerk auf zweiter Ebene Mechanismen bereithalten, die eine Identifikation und Kennzeichnung des „Bots“ durch das Netzwerk ermöglichen.<sup>1172</sup>

Allerdings darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch laut Experten derzeit noch keine vollständig, aber zumindest hinreichend verlässliche Methoden bestehen, „Social Bots“ zuverlässig zu identifizieren.<sup>1173</sup> Wie weitreichend die Bemühungen hinsichtlich technischer Vorkehrungen zur Erkennung der „Bot“-Verwendung und einer anschließenden Kennzeichnung durch die Netzwerke sein müssen, lässt die Regelung – wohl gerade auch deshalb – offen.<sup>1174</sup> Ein Dafürsorgetragen, dass „Bot“-Verwendungen gekennzeichnet werden, bedeutet weder nach dem Wortlaut noch nach dem genannten Zweck der Vorschrift, dass ein – aktuell mangels bestehen-

<sup>1168</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 50.

<sup>1169</sup> Vgl. ebd.

<sup>1170</sup> Vgl. ebd., S. 51.

<sup>1171</sup> Vgl. Löber/Roßnagel, MMR 2019, S. 498.

<sup>1172</sup> Vgl. ebd.

<sup>1173</sup> Vgl. die Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz – Gesellschaftliche Verantwortung und wirtschaftliche, soziale und ökologische Potenziale vom 28. Oktober 2020, BT-Drs. 19/23700, S. 481.

<sup>1174</sup> Vgl. Siara, MMR 2020, S. 372.

der verlässlicher Erkennungsmethode ohnehin nicht zu erreichender – lückenloser Schutz vor ungesehener „Bot“-Kommunikation durch die Netzwerke sichergestellt wird.

Die gesetzliche Formulierung des § 93 Abs. 4 MStV schließt zwar nicht aus, dass die Kennzeichnung auch direkt durch die sozialen Netzwerke erfolgt, also ohne einen Verstoß gegen § 18 Abs. 3 MStV seitens der „Bot“-Verwender abzuwarten, setzt ein solch proaktives Handeln jedoch nicht voraus.<sup>1175</sup> Den Netzwerken entsteht dadurch ein breiter Gestaltungsspielraum bei der technischen Umsetzung der Erkennungs- und Kennzeichnungsvorkehrungen.

#### bb) Marktortprinzip, § 1 Abs. 8 S. 1 MStV

Nach dem sog. Marktortprinzip des § 1 Abs. 8 S. 1 MStV gilt die Kennzeichnungspflicht abweichend von Abs. 7 für Medienintermediäre unabhängig von ihrer Niederlassung, soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Sie sind nach Satz 2 dann als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen, wenn sie sich in der Gesamtschau – insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten – an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen. Die aufgezählten Kriterien sind dabei nicht abschließend, was sich schon anhand des Wortes „insbesondere“ zeigt. Nach Ansicht des Gesetzgebers ist die Verankerung des Marktortprinzips in Ermangelung entsprechender europäischer Regelungen und aufgrund der fehlenden Regelungskompetenz der Europäischen Union notwendig gewesen, um den Medienpluralismus sowie die kommunikative Chancengleichheit in Deutschland sicherzustellen.<sup>1176</sup>

#### c) Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste, § 97 S. 2, § 1 Abs. 8 S. 3 MStV

Nach § 97 S. 1 MStV gilt der nunmehr eigenständige Regelungsbereich der §§ 97–99 MStV nur für Videosharing-Dienste i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV.

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV ist ein Videosharing-Dienst ein Telemedium, bei dem der Hauptzweck des Dienstes oder eines trennbaren Teils des Dienstes oder eine wesentliche Funktion des Dienstes darin besteht, Sendungen mit bewegten Bildern oder nutzergenerierte Videos, für die der Diensteanbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit bereitzustellen, wobei der Diensteanbieter die Organisation der Sendungen oder der nutzergenerierten Videos, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, bestimmt. Hierunter fallen in sachlicher Hinsicht Dienste wie *You Tube* oder *Tik Tok*, aber auch solche, die nicht gewinnorientiert sind.

Nach § 97 S. 2 MStV bleiben für solche Dienste – neben den durch § 98 f. MStV gestellten Pflichten – die Anforderungen nach dem V. Abschnitt des MStV unberührt. Dazu zählt auch die dargestellte Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV.

<sup>1175</sup> Vgl. ebd.

<sup>1176</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 4 f.

Nach § 1 Abs. 8 S. 3 Hs. 1 MStV gilt der MStV für Videosharing-Dienste für die Zwecke der §§ 97–99 MStV (Werbung und außergerichtliche Schlichtung) nur, wenn die Dienste nach dem TMG in Deutschland niedergelassen sind. Außerhalb dieser Zwecke – etwa für die Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV – gilt das Marktortprinzip, § 1 Abs. 8 S. 3 Hs. 2 MStV. Auch für Videosharing-Dienste mit Sitz in anderen Staaten gilt die Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV, allerdings nur dann, wenn der Dienst ein soziales Netzwerk anbietet, da die Kennzeichnungspflicht explizit nur für diese Medienintermediäre gelten soll.

*d) Vorgehen bei Verstößen gegen die Kennzeichnungspflichten*

Die Einhaltung der Kennzeichnungspflichten wird dadurch abgesichert, dass die zuständige Landesmedienanstalt bei Verstößen einerseits Bußgelder nach § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 45 MStV verhängen und andererseits gem. § 109 Abs. 1 und 2 MStV verhältnismäßige Maßnahmen, insbesondere eine Untersagung oder Sperrung eines Accounts oder gar eines kennzeichnungspflichtigen Dienstes, ergreifen kann.

*e) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht*

Die Kennzeichnungsregelungen des noch relativ jungen MStV werden auf ihre Vereinbarkeit mit Verfassungs- (aa)) und Unionsrecht (bb)) untersucht.

aa) Vereinbarkeit mit Grundrechten

Es wird geprüft, ob die Kennzeichnungspflichten mit der Meinungsfreiheit der Nutzer und der Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber vereinbar sind. Nicht betrachtet wird, ob die Länder für ihren Erlass gesetzgebungskompetent waren.<sup>1177</sup>

(i) Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Nach hier vertretener Ansicht greift die Kennzeichnungspflicht für die „Bot“-Nutzer unmittelbar sowie die Kennzeichnungspflicht für Dienstbetreiber zumindest mittelbar in die Meinungsfreiheit des „Bot“-Nutzers ein.<sup>1178</sup> Dass Inhalte unter einem bestimmten (menschlichen) Nutzerprofil – für andere Nutzer nicht erkennbar – durch einen „Bot“ verbreitet werden, betrifft eine Äußerungsmodalität, die von der Meinungsfreiheit des „Bot“-Nutzers geschützt ist und über die er frei verfügen kann. Die Kenntlichmachung schließt dieses Dispositionsrecht aus und schränkt

<sup>1177</sup> Vgl. BT-Drs. 19/12491, S. 2. Ablehnend *Sümmerrmann*, MStV und Social Bots, auf: Telemedicus.info, Beitrag vom 22. Oktober 2020, der sich auf die weite Auslegung des Kompetenztitels aus Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) stützt. Zur Auslegung dieses Titels siehe nur BVerfGE 116, 202, 215 f. – Lohndumping.

<sup>1178</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb). Nur den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit eröffnen *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496.

damit die Modalitätenwahl des „Bot“-Verwenders ein. Teils von der Literatur angenommene Schutzbereichsausschlüsse für die Inhaltsverbreitung durch „Bots“ sind abzulehnen. Die Umstände sind in einer Güterabwägung zu berücksichtigen.<sup>1179</sup>

(ii) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG  
Die Kennzeichnungspflichten aus § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV könnten in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten eingreifen.

(1) Persönlicher Schutzbereich der Berufsfreiheit

(a) Dienstanbieter als natürliche Person

Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gilt in persönlicher Hinsicht nur für Deutsche. Deutscher ist nach Art. 116 Abs. 1 GG nur der Statusdeutsche, also diejenige natürliche Person, die die deutsche Staatsbürgerschaft hat. Ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen steht der Schutz des Berufs grundsätzlich nur über Art. 2 Abs. 1 GG zu.<sup>1180</sup> Die wenigsten Dienstbetreiber dürften – soweit sie überhaupt natürliche Personen<sup>1181</sup> sind – die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen, so dass für die meisten natürlichen Betreiber der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit nicht eröffnet ist.

Etwas anderes könnte indes für nichtdeutsche Unionsbürger gelten. Denn Art. 18 AEUV verbietet den Mitgliedstaaten jede Diskriminierung von Unionsbürgern gegenüber den eigenen Staatsangehörigen.<sup>1182</sup> Daraus werden verschiedene Schlussfolgerungen gezogen: Eine Ansicht wendet Deutschen-Grundrechte auch auf nichtdeutsche Unionsbürger an.<sup>1183</sup> Eine andere Ansicht verneint die Anwendung unter Verweis auf den Wortlaut des Art. 12 GG für nichtdeutsche Unionsbürger und wendet bloß die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG an.<sup>1184</sup> Nach der erstgenannten Ansicht wäre für den Betreiber eines Netzwerks oder Videosharing-Dienstes, der nichtdeutscher Unionsbürger ist, der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet, während dies nach der letztgenannten Ansicht nicht der Fall wäre. Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen über die Frage des grundrechtlichen Schutzbereiches gelangen, muss der Streit hier entschieden werden.

<sup>1179</sup> Siehe Abschnitt „Schutzbereichsexklusion durch besondere Sozialwidrigkeit von „Social Bots“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb). Anders hingegen *Löber/Roßnagel*, ebd.

<sup>1180</sup> Vgl. nur BVerfGE 104, 337, 346 – Schächterlaubnis. Zu den verschiedenen Ansätzen siehe *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG (96. EL), Art. 12 Rn. 104 ff.

<sup>1181</sup> Vgl. die Impresen einiger Dienste in *Anlage 1–5*.

<sup>1182</sup> Vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 18. Juni 2019, – C-591/17 – Österreich ./ Deutschland; Urteil vom 18. Juli 2017, – C-566/15 –, curia, Rn. 25 – Erzberger; Urteil vom 2. Februar 1989, – C-186/87 –, curia, Rn. 11 – Cowan.

<sup>1183</sup> Vgl. BVerfGE 148, 344 Rn. 11; OVG Münster NWVBl 1995, 18; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 12 Rn. 15.

<sup>1184</sup> Offengelassen, aber angedeutet in BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 4. November 2015, – 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12 –, juris, Rn. 10.



Nach dem eindeutigen Wortlaut des Bürgergrundrechts sind nur Deutsche geschützt. Dies erfasst schon von sich aus nur Personen, die einen engen Bezug zum deutschen Staat haben. Art. 116 Abs. 1 GG konkretisiert den Begriff des Deutschen dazu noch dahingehend, dass er nur Personen mit deutscher Staatsbürgerschaft erfasst. Eine Auslegung darüber hinaus überschreitet deshalb grundsätzlich die Wortlautgrenzen.

Allerdings ist das Grundgesetz besonders unionsrechtsfreundlich, was etwa die Präambel und Art. 23 GG verdeutlichen.<sup>1185</sup> Demgemäß hat auch das BVerfG die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat über Art. 19 Abs. 3 GG angenommen, obwohl grundsätzlich nur „inländische“ juristische Personen grundrechtsberechtigt sind. Diese Anwendungserweiterung – über die Wortlautgrenze des Kriteriums „inländisch“ hinaus – war aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des Allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) veranlasst.<sup>1186</sup>

Ähnliche Argumente sprechen für die Auslegung des Deutschenbegriffs, der alle Unionsbürger einbezieht. Denn Art. 18 AEUV verbietet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsbürgerschaft.<sup>1187</sup> Dies gilt auch hinsichtlich einer effektiven Sicherung der Berufsfreiheit nichtdeutscher Unionsbürger, was die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) verdeutlicht.<sup>1188</sup>

Die lediglich auf den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit abstellende Gegenansicht meint hingegen, es bedürfe keiner unmittelbaren Gleichstellung nichtdeutscher Unionsbürger in Bezug auf Deutschen-Grundrechte, um zu einem „vergleichbaren Grundrechtsschutz“ zu gelangen. Daran ist richtig, dass die Verfassung Ausländer durch das Eingreifen der Allgemeinen Handlungsfreiheit nicht vollkommen schutzlos stellt, selbst wenn sie sich nicht auf die Berufsfreiheit berufen können. Jedoch darf dies nach dem das BVerfG unter Berücksichtigung des Spezialitätsverhältnisses der Berufsfreiheit gegenüber der Allgemeinen Handlungsfreiheit zu Recht nicht dahingehend missverstanden werden, „*dass der Nichtdeutsche, dem die Berufung auf die Berufsfreiheit verwehrt ist, denselben Schutz über Art. 2 Abs. 1 GG beanspruchen könnte*“.<sup>1189</sup>

Denn die Allgemeine Handlungsfreiheit kann einfacher und weitreichender eingeschränkt werden als die Berufsfreiheit. Der Schutz von Art. 2 Abs. 1 GG ist nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet, zu der jede Rechts-

<sup>1185</sup> BVerfGE 143, 246 Rn. 196 – Atomausstieg; 136, 69, 91 Rn. 43 – Gigaliner; 126, 286, 303, 327 – Honeywell; 123, 267, 354 – Lissabon.

<sup>1186</sup> BVerfGE 129, 78, 98 ff. Rn. 75–82 – Le Corbusier Möbel. Siehe Abschnitt „Inländische juristische Personen des Privatrechts in Händen eines ausländischen Staates“ unter Punkt C. III. 1.b) cc) (ii).

<sup>1187</sup> Vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 18. Juni 2019, – C-591/17 – Österreich ./ Deutschland; Urteil vom 18. Juli 2017, – C-566/15 –, curia, Rn. 25 – Erzberger; Urteil vom 2. Februar 1989, – C-186/87 –, curia, Rn. 11 – Cowan.

<sup>1188</sup> Vgl. Ruffert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (51. Ed.), GG, Art. 19 Rn. 37; Huber, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 305.

<sup>1189</sup> BVerfGE 78, 179, 197 – Vertretungsverbot.

norm zählt, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang steht.<sup>1190</sup> Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten reichen zur Einschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG oft schon Belange des Allgemeinwohls, was im Rahmen der Berufsfreiheit nicht in vergleichbarer Weise möglich ist.<sup>1191</sup> Dieser Ansatz führt nicht zu einem der Berufsfreiheit vergleichbaren Schutz, sondern im Gegenteil zur Diskriminierung nichtdeutscher Unionsbürger.

Um zu einem vergleichbaren Schutz zu gelangen, müssten die hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Schrankenbereich differenzierteren Gewährleistungen der Berufsfreiheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung übertragen werden. Dies ähnelt einer Schrankenleihe, die nicht mit der Grundrechtssystematik und -dogmatik vereinbar ist.<sup>1192</sup>

Eine solche Übertragung könnte überdies zur Inländerdiskriminierung führen. Denn der Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit erfasst einerseits nahezu jedes Verhalten, wohingegen die Berufsfreiheit nur spezielles Verhalten schützt. Andererseits kann das geschützte Verhalten in Übertragung der Abwägungsgrundsätze zur Berufsfreiheit unter Umständen schwieriger eingeschränkt werden. Dabei ist Inländerdiskriminierung zwar grundsätzlich zulässig, aber keinesfalls gewünscht.

Daher überzeugt der Ansatz, der auch nichtdeutsche Unionsbürger über Art. 12 Abs. 1 GG schützt. Nichtdeutschen Unionsbürgern steht der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG offen und dementsprechend auch für Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten, die nichtdeutsche Unionsbürger sind.

#### (b) Dienstanbieter als juristische Person

Da sich aus den Impressen<sup>1193</sup> der bekannten, nutzerstarken sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste ergibt, dass die meisten ihrer Anbieter juristische Personen sind, ist zu klären, ob und inwieweit sie sich auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen können.

Inländische juristische Personen des Privatrechts können sich über Art. 19 Abs. 3 GG auf ein Grundrecht berufen, soweit es seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist.<sup>1194</sup> Ausländische juristische Personen, also solche, die ihren effektiven Sitz, ihr Aktionszentrum, nicht in Deutschland haben, genießen daher grundsätzlich keinen

<sup>1190</sup> Ebd.; BVerfGE 35, 382, 399 m. w. N. – Palästinenser-Beschluß.

<sup>1191</sup> Vgl. BVerfGE 78, 179, 197 – Vertretungsverbot; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (51. Ed.), GG, Art. 19 Rn. 37.

<sup>1192</sup> Vgl. auch ebd.

<sup>1193</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1194</sup> Zu den Voraussetzungen siehe Abschnitt „Wesensmäßige Anwendbarkeit“ unter Punkt C. III. 1. b) aa).

Grundrechtsschutz.<sup>1195</sup> Danach wären nur Dienste mit Sitz in Deutschland, etwa das Berufszentrum *Xing*, nicht aber die in Irland sitzenden nutzerstarken Dienste wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* grundrechtsberechtigt.<sup>1196</sup>

Jedoch greift das einschränkende Inländerkriterium bei juristischen Personen mit effektivem Sitz in einem EU-Mitgliedstaat nicht ein. Im Gegenteil findet eine Anwendungserweiterung der Grundrechtsberechtigung aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des Allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) statt, indem das Kriterium „inländisch“ über seinen Wortlaut hinaus auch auf EU-Mitgliedstaaten erstreckt wird.<sup>1197</sup> Historisch gesehen hatte der Verfassungsgeber bei Erschaffung des Grundgesetzes keinen Willen, juristische Personen aus Mitgliedstaaten der EU vom Grundrechtsschutz auszuschließen – er sah damals bloß keinen Anlass, ausländischen juristischen Personen den verfassungsmäßigen Schutz der Grundrechte zu gewähren.<sup>1198</sup> Daher war die Erweiterung der Grundrechtsberechtigung über den Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG hinaus möglich, durch die sich juristische Personen des Privatrechts mit effektivem Sitz in der EU grundsätzlich auf Grundrechte berufen können.

Umstritten ist aber, ob einer juristischen Person mit Sitz in einem nichtdeutschen Mitgliedstaat bei der Eröffnung des persönlichen Schutzbereiches die in Art. 12 Abs. 1 GG selbst angeordnete Beschränkung auf deutsche Staatsbürger entgegensteht.

Eine Ansicht plädiert dafür, eine andere dagegen.<sup>1199</sup> Eine juristische Person mit Sitz in einem nichtdeutschen Mitgliedstaat kann sich nach erstgenannter Meinung nur auf Art. 2 Abs. 1 GG, nach letztgenannter Ansicht hingegen auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Das BVerfG hatte diese Frage bislang offengelassen.<sup>1200</sup> Da die widerstreitenden Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, soll der Streit hier entschieden werden.

Mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 GG, der nur für Deutsche i. S. v. Art. 116 Abs. 1 GG gilt, erscheint zunächst zweifelhaft, ob sich eine juristische Person, die ihren Sitz nicht in Deutschland hat, auf Art. 12 Abs. 1 GG

<sup>1195</sup> Siehe Abschnitt „Inländisch“ unter Punkt C. III. 1.b) bb).

<sup>1196</sup> Vgl. die Impressen in *Anlage 1–5*.

<sup>1197</sup> BVerfGE 129, 78, 98 ff. Rn. 75–82 – Le Corbusier Möbel. Siehe Abschnitt „Inländische juristische Personen des Privatrechts in Händen eines ausländischen Staates“ unter Punkt C. III. 1.b) cc) (ii).

<sup>1198</sup> Vgl. Parlamentarischer Rat, Drs. 370 vom 13. Dezember 1948; Kurzprotokoll der 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, Drs. 578 vom 11. Januar 1949, S. 10.

<sup>1199</sup> Für ein Entgegenstehen *Huber*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 19 Rn. 308; *Manssen*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 12 Abs. 1 Rn. 272; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (96. EL), Art. 12 Rn. 107. Dagegen *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (51. Ed.), GG, Art. 19 Rn. 37; *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR VIII, § 170 Rn. 43; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 448.

<sup>1200</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 4. November 2015, – 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12 –, juris, Rn. 8 ff. So jetzt auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 82.

berufen kann. Die Begriffsbestimmung aus Art. 116 Abs. 1 GG verengt insoweit den Spielraum für eine Auslegung. Aus dem Umstand, dass eine juristische Person selbst keine Staatsbürgerschaft haben kann, ließe sich folgern, dass zumindest ein Sitz in Deutschland konstitutiv ist, um den besonderen Bezug zum deutschen Staat herzustellen.

Hingegen ließe sich eine Auslegung auf alle juristischen Personen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat über die Wortlautgrenze hinaus – wie auch schon im Rahmen von Art. 19 Abs. 3 GG – mit einer Anwendungserweiterung aufgrund einer unionsrechtlichen Verpflichtung begründen. Dabei darf die Heranziehung von Unionsrecht aber nicht zu einer Gesetzesauslegung *contra legem* führen, also zu einer solchen, die mit anerkannten Auslegungsgrundsätzen nicht vereinbar ist.<sup>1201</sup>

In diesem Zusammenhang scheint der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG eindeutig. Auch historisch betrachtet hat sich die Berufsfreiheit in langer Verfassungstradition entwickelt; sie stand stets nur Staatsbürgern zu.<sup>1202</sup> Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Parlamentarische Rat im Rahmen der Entstehung des Grundgesetzes schlicht keinen Anlass dafür sah, warum auch ausländische juristische Personen den Schutz der Grundrechte benötigen könnten. Das BVerfG sah einen Anlass für die Anwendungserweiterung hingegen darin, dass es für den gleichwertigen Schutz im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote nicht ausreicht, wenn ausländische juristische Personen zwar im fachgerichtlichen Verfahren auf eine materielle Gleichstellung mit inländischen juristischen Personen hinwirken, ihre Rechte aber gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG mangels Grundrechtsträgerschaft nicht auch mit Hilfe des BVerfG durchsetzen können.<sup>1203</sup>

Diesen Anlass zu erkennen, wäre für den Verfassungsgeber gerade Grundvoraussetzung für die Anschlussfrage gewesen, wie sich der persönliche Schutzbereich eines Deutschen-Grundrechtes im Zusammenhang ausländischer juristischer Personen verhält. Diese Frage konnte sich der Verfassungsgeber folglich überhaupt nicht stellen, so dass dies eine Eröffnung des Schutzbereiches also nicht ausschließt.

Vielmehr muss eine funktionale Betrachtung angestellt werden, die auch den Wandel der Zeit berücksichtigt. So ist mittlerweile ein einheitlicher europäischer Binnenmarkt entstanden, in dem die Grundfreiheiten der wirtschaftlichen Akteure von gewachsener Bedeutung sind. Die Dienstleistungsfreiheit gilt etwa für juristische Personen (vgl. Art. 62 i. V. m. Art. 54 Abs. 1 AEUV). Art. 54 Abs. 1 AEUV führt dabei zur Gleichstellung von Gesellschaften mit natürlichen Personen.<sup>1204</sup> Danach stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich,

<sup>1201</sup> Vgl. EuGH, NZA 2008, 581, 586 Rn. 100 – Impact; NZA 2006, 909, 911 Rn. 110 – Adeneler u. a.

<sup>1202</sup> Vgl. § 133 Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 (RGBl. 1849, 101); Art. 111 Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 (RGBl. 1919, 1383).

<sup>1203</sup> Siehe zum Ganzen BVerfGE 129, 78, 97 ff. Rn. 75–82 – Le Corbusier Möbel.

<sup>1204</sup> Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV, Art. 54 Rn. 4 ff.

die Angehörige der Mitgliedstaaten sind. Die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 Abs. 1 AEUV verbietet dabei Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Auch sie will folglich Diskriminierungen ausschließen.

Sowohl aus der Gleichstellungsvorschrift des Art. 54 Abs. 1 AEUV als auch aus der für juristische Personen mit Sitz in einem Mitgliedstaat geltenden Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 Abs. 1 AEUV selbst folgt ein besonderes Bedürfnis dafür, dass die unionsrechtlichen Gewährleistungen auch im nationalen Recht in vergleichbarer Weise umgesetzt werden. Das Äquivalent zur Dienstleistungsfreiheit bildet im Grundgesetz die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Ohne vergleichbare Umsetzung käme es – wie bereits festgestellt durch den bloßen Schutz über Art. 2 Abs. 1 GG<sup>1205</sup> – zu einer unionsrechtlich unzulässigen Diskriminierung von juristischen Personen aufgrund ihres Sitzes. Das will Art. 56 Abs. 1 AEUV aber gerade verhindern. Auch die Gleichstellungsvorschrift des Art. 54 Abs. 1 AEUV schreibt gerade nicht vor, dass eine unter den Voraussetzungen des Art. 54 AEUV gegründete Gesellschaft nur den Angehörigen des Mitgliedstaates gleichsteht, in dem sie ihren Sitz hat. Im Gegenteil steht sie allen Unionsbürgern gleich welcher Herkunft gleich. Dies streitet dafür, dass gerade das im Grundgesetz verankerte Deutschen-Grundrecht der Berufsfreiheit auch für juristische Personen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat eingreift, soweit sie nach den Voraussetzungen von Art. 54 Abs. 1 AEUV entstanden sind.

Im Übrigen erschiene es widersinnig, würde man zunächst eine unionsvertragliche Anwendungserweiterung durch Auslegung über die Wortlautgrenze hinaus zugunsten einer Grundrechtsberechtigung juristischer Personen mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat vornehmen, aber den Begriff des „Deutschen“ im Gegenzug bloß formal nach Art. 116 Abs. 1 GG anhand der Staatsbürgerschaft bestimmen. Das Unionsrecht ordnet die auf den Ausschluss von Diskriminierungen aus Gründen des Sitzlandes gerichtete Dienstleistungsfreiheit auch für nach Art. 54 Abs. 1 AEUV gegründete juristische Personen mit Sitz in einem Mitgliedstaat an. Insoweit erscheint eine Anwendungserweiterung des persönlichen Schutzbereiches der Berufsfreiheit auf juristische Personen i. S. d. Art. 54 AEUV mit Sitz in einem nichtdeutschen Mitgliedstaat vorzugswürdig.

## (2) Sachlicher Schutzbereich der Berufsfreiheit

Die Berufsfreiheit gewährleistet das Recht, jede Tätigkeit, für die sich der Grundrechtsträger geeignet hält, zu seinem Beruf, also zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.<sup>1206</sup>

<sup>1205</sup> Siehe Abschnitt „Dienstanbieter als natürliche Person“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii) (1) (a).

<sup>1206</sup> Vgl. grundlegend BVerfGE 7, 377, 397 – Apothekenurteil.

Als einheitliches Grundrecht schützt Art. 12 Abs. 1 GG sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl.<sup>1207</sup> Der Beruf bildet dabei einen weit auszulegenden Begriff, der sich nicht nur auf traditionell oder rechtlich vorgegebene Berufsbilder und -inhalte beschränkt.<sup>1208</sup> Unter einem Beruf versteht man jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>1209</sup>

Ungeachtet etwaiger einfach-rechtlicher Begriffsbestimmungen sind soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste Telemediendienste, die darauf gerichtet sind, einerseits die Kommunikationsinhalte – gleich welcher Art und Weise – ihrer Nutzer zu speichern und diese andererseits an weitere Nutzer zu vermitteln, um einen Austausch zu ermöglichen. Ein solches Konzept verfolgen etwa die nutzerstarken, populären Online-Dienste *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn*, *TikTok*, *Twitter*, *YouTube* und *Xing*.

Ob diese Tätigkeit auf Dauer angelegt ist, muss objektiv ausgelegt werden. Es kommt nicht darauf an, dass der Grundrechtsträger die Tätigkeit tatsächlich dauerhaft ausübt.<sup>1210</sup> Es reicht aus, dass es sich objektiv um eine Tätigkeit handelt, die ihrem Wesen nach auf Dauer angelegt sein kann und der Tätige subjektiv zumindest beabsichtigt, sie auf Dauer auszuüben.<sup>1211</sup>

Das Betreiben eines Netzwerkes oder Videosharing-Dienstes setzt eine gewisse Beständigkeit voraus, da der Dienst andernfalls keinen Nutzerstamm wird akquirieren können. Diese Tätigkeit kann folglich objektiv auf Dauer angelegt sein, wobei der Betreiber subjektiv auch grundsätzlich die Absicht haben dürfte, diesen Dienst auf Dauer zu betreiben. Damit gilt der Betrieb eines solchen Dienstes als auf Dauer angelegt.

Ferner müsste der Betrieb auf den Erhalt der Lebensgrundlage gerichtet sein. Dabei erwirtschaften die meisten der genannten nutzerstarken Dienste deutliche Profite und sind ohne Weiteres auf den Erhalt der Lebensgrundlage gerichtet.<sup>1212</sup> Das Betreiben eines solchen Dienstes zählt dabei zur Berufsausübung, steht mithin unter dem sachlichen Schutz der Berufsfreiheit.

Allerdings müssen nicht alle Dienste entsprechend lukrativ oder überhaupt – wie *Non Profit Organisations* – auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein. Beispielhaft konnte *YouTube* im Jahr 2014 keine Gewinne verzeichnen, ist aber dennoch darauf ausgelegt.<sup>1213</sup> Auch wenn dies für die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Be-

<sup>1207</sup> Ebd., S. 402; BVerfGE 145, 20, 67 Rn. 121 – Spielhallen.

<sup>1208</sup> BVerfGE 16, 147, 163 – Werkfernverkehr; 14, 19, 22 – Kreditwesen; 13, 97, 106 – Handwerksordnung; 9, 73, 78 – Arzneimittelfertigung; 7, 377, 397 – Apothekenurteil.

<sup>1209</sup> BVerfGE 105, 252, 265 m. w. N. – Glykolwarnung; 7, 377, 397 – Apothekenurteil.

<sup>1210</sup> BVerwGE 21, 195, 196. *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (96. EL), Art. 12 Rn. 30.

<sup>1211</sup> Vgl. BVerfGE 32, 1, 21 ff. – vorgeprüfte Apothekeranwärter; *Scholz*, ebd.

<sup>1212</sup> Siehe beispielhaft für *Meta Platforms Ireland Limited* (ehemals *Facebook Ireland Limited*) für die Dienste *Facebook* und *Instagram* L. Rabe, Gewinn bzw. Verlust von Meta weltweit vom 1. Quartal 2010 bis zum 2. Quartal 2022, auf: statista.de, Studie vom 28. Juli 2022; *dies.*, Gewinn bzw. Verlust von Twitter weltweit vom 1. Quartal 2013 bis zum 2. Quartal 2022, auf: statista.de, Studie vom 22. Juli 2022.

<sup>1213</sup> Vgl. *Winkler*, YouTube: 1 Billion Viewers, No Profit, auf: The Wall Street Journal.com, Artikel vom 25. Februar 2015.



griffs des Berufes unerheblich ist, verlangt etwa der einfach-rechtlich in § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV verankerte Begriff eines Videosharing-Dienstes, unter den etwa *YouTube* oder *TikTok* fallen, keine Gewinnorientierung, um als solcher Dienst zu gelten, wohingegen eine solche nach § 1 Abs. 1 NetzDG Voraussetzung eines sozialen Netzwerkes ist.<sup>1214</sup> Wären die Gewinnorientierung oder das objektive Erwirtschaften von Gewinnen maßgeblich für die Frage, ob die Tätigkeit auf den Erhalt der Lebensgrundlage gerichtet ist, entschieden diese Merkmale über die Eröffnung des sachlichen Schutzes von Art. 12 Abs. 1 GG. Hierdurch könnte es zu einem unterschiedlichen Grundrechtsschutz von Diensten kommen, die dieselbe Tätigkeit anbieten, sich hingegen in ihrer Erwerbsgerichtetheit unterscheiden. Deshalb soll doch geklärt werden, was unter dem Merkmal der Erwerbgerichtetheit und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage gemeint ist.

Nach dem Wortlaut der in ständiger Rechtsprechung des BVerfG verwendeten Definition des Berufs muss die Tätigkeit der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen. Ein bloßes Dienen bedeutet hierbei nicht, dass allein diese Tätigkeit den hinreichenden Erwerb für die Lebensgrundlage sicherstellen müsste. Vielmehr liegt es nahe, dass die Tätigkeit nur darauf gerichtet sein muss, einen möglichen Beitrag zur Lebensgrundlage zu leisten, ohne dies in tatsächlicher Hinsicht zwingend zu müssen. Die Tätigkeit muss folglich nur objektiv hierzu geeignet sein. Diese Auslegung entspricht gerade dem Sinn der Berufsfreiheit, einen breiten Schutz für all diejenigen zu schaffen, die einen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringen.<sup>1215</sup> Es soll also gerade die individuelle Leistung und das Recht zu einer solchen abgesichert werden. Ob sich der beabsichtigte Erwerb tatsächlich realisiert, muss daher für die Frage, ob die Tätigkeit dem Erhalt der Erwerbstätigkeit dient, ohne Belang bleiben.<sup>1216</sup>

Nur ein solch weites Verständnis sichert das Erwerbs- und Wirtschaftsleben angemessen grundrechtlich ab. Denn nicht jede Tätigkeit kann und muss überhaupt stets etwas zur Lebensgrundlage beitragen. So könnten etwa hohe Investitionen dazu führen, dass ein Unternehmen für bestimmte Zeit keine Gewinne verzeichnen kann. Würde man den Unternehmen in diesen Fällen gewöhnlicher Wirtschaftsführung den Schutz durch die Berufsfreiheit versagen und nur den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG gewähren, könnten sie härter reglementiert werden als andere Unternehmen, ohne dass ein ersichtlicher Grund für eine Ungleichbehandlung bestünde.<sup>1217</sup>

<sup>1214</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste, § 97 S. 2, § 1 Abs. 8 S. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. c).

<sup>1215</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 362 – Mitbestimmung; 30, 292, 334 – Erdölbevorratung.

<sup>1216</sup> Vgl. BVerfGE 38, 61, 86 – Leberpfennig; 31, 8, 32 – Glücksspielautomat; 30, 292, 335 – Erdölbevorratung; 22, 380, 385 – Couponsteuer; 21, 261, 266 – Arbeitsvermittlungsmonopol.

<sup>1217</sup> Siehe Abschnitt „Persönlicher Schutzbereich der Berufsfreiheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii) (1).



Die Tätigkeit ist damit bereits auf den Erhalt der Lebensgrundlage gerichtet, wenn die Tätigkeit objektiv dazu geeignet ist, einen Beitrag zur Lebensgrundlage zu leisten, ohne dies zu müssen. Es ist folglich unerheblich, wenn ein Unternehmen auch Verluste tätigt. Demzufolge steht der sachliche Schutz jedenfalls den keine Gewinne erwirtschaftenden, aber auf Gewinne zielenden Diensten offen.

Aber auch *Non Profit Organisationen* steht der sachliche Schutz der Berufsfreiheit grundsätzlich offen. Sie wollen zwar keine Gewinne erzielen, können dies aber mit ihrer Tätigkeit durchaus. Dass sie bloß auf Kostendeckung ausgerichtet sind, steht nicht entgegen.<sup>1218</sup>

### (3) Eingriff in die Berufsfreiheit

Weiter müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen, also ein staatliches Verhalten, das es dem Grundrechtsträger ganz oder teilweise unmöglich macht, sein grundrechtlich geschütztes Verhalten auszuüben. Dabei bezieht sich der Schutz der Berufsfreiheit sowohl auf klassische als auch auf moderne Grundrechtseingriffe.<sup>1219</sup> Ein klassischer Eingriff liegt dabei vor, wenn das staatliche Verhalten den Grundrechtsträger hinsichtlich eines Verhaltens final, unmittelbar und imperativ mit einer Rechtsfolge belegt.<sup>1220</sup> Ein solch klassischer Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG besteht grundsätzlich dann, wenn die staatliche Maßnahme einen berufsregelnden Charakter aufweist. Diesen hat eine Regelung, dessen Anwendungsbereich sich auf einen, mehrere oder alle Berufe begrenzt, und, die verbindliche Vorgaben für das „Ob“ und das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit schafft.<sup>1221</sup> Denn dann zielt die geltende Vorschrift zweckmäßig darauf ab, eine bestimmte berufliche Tätigkeit zu reglementieren und adressiert hierzu in aller Regel die Teilnehmer bestimmter Berufsfelder. In aller Regel lassen sich die Regelungen mit staatlichem Zwang, etwa über Bußgelder, durchsetzen.

Soweit eine staatliche Maßnahme keinen unmittelbaren Berufsbezug aufweist, könnte ein moderner Eingriff vorliegen, wenn ihre Auswirkungen den Beruf mittelbar berühren und sie zumindest einen objektiv-berufsregelnden Charakter haben.<sup>1222</sup> Dies bedeutet, dass die Maßnahme die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und ihre Zielsetzung und ihre mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen muss, also nicht bloß Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten Maßnahme ist.<sup>1223</sup>

<sup>1218</sup> Vgl. BVerwGE 95, 15, 20. Anders für gemeinnützige Vereine, vgl. *Manssen*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 12 Abs. 1 Rn. 41, 268; *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 37.

<sup>1219</sup> Vgl. BVerfGE 148, 40, 50 Rn. 27 – Lebensmittelpranger; 110, 226, 254 – Geldwäsche; 105, 279, 299 f. – Osho-Bewegung; 98, 218, 258 – Rechtschreibreform.

<sup>1220</sup> Vgl. BVerfGE 13, 181, 185 – Rentenanwartschaft freiwillige Weiterversicherung.

<sup>1221</sup> Vgl. BVerfGE 148, 40, 51 Rn. 28 – Lebensmittelpranger; 41, 251, 262 – Speyer-Kolleg; 22, 380, 384 – Couponsteuer; 21, 73, 85 – Grundstücksverkehrsgesetz.

<sup>1222</sup> Vgl. BVerfGE 98, 218, 258 – Rechtschreibreform; 97, 228, 254 – Kurzberichterstattung im Fernsehen.

<sup>1223</sup> BVerfGE 148, 40, 51 Rn. 28 – Lebensmittelpranger; 116, 202, 222 m. w. N. – Lohndumping; 106, 275, 299 – Arzneimittelfestbetrag; 105, 279, 303 – Osho-Bewegung; 105, 252, 273 –

Gemessen hieran liegt mit der Kennzeichnungspflicht ein klassischer Eingriff in die Berufsfreiheit vor. Die Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV adressiert nur soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste und gibt ihnen zum Zwecke einer transparenten, unverzerrten Meinungsbildung<sup>1224</sup> – (final) per geltendem Gesetz (unmittelbar) vor, „Bot“-Beiträge zu kennzeichnen (Rechtsfolge). Die Landesmedienanstalten können die Pflicht über die Ordnungsmaßnahmen der §§ 109 Abs. 1 und 2, § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 45 MStV mit staatlichem Zwang (imperativ) durchsetzen.

Weiter löst die Regelung zumindest einen organisatorischen und finanziellen Aufwand für die adressierten Dienste aus, da sie die technischen Entwicklungen der „Bot“-Programme verfolgen und ihre Erkennungs- und Kennzeichnungsmechanismen mitunter hieran anpassen müssen, um ihrer Kennzeichnungspflicht Genüge zu tun.<sup>1225</sup> Dieser Aufwand entsteht nur Netzwerken und Videosharing-Diensten, was für einen unmittelbaren Berufsbezug spräche. Gleichwohl basiert der Aufwand nicht auf einer final auf die Berufsausübung zielenden Regelung, sondern er entsteht eher mittelbar-faktisch aus dem Normenvollzug. Dies lässt sich eher als bloßen Rechtsreflex der angeordneten Kennzeichnungspflicht einordnen, dessen Folgen schon von dem klassischen Eingriff der Kennzeichnungspflicht umfasst sind. Hierin liegt kein gesonderter Eingriff in die Berufsfreiheit.

### (iii) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Kennzeichnungspflichten könnten verfassungsmäßig gerechtfertigt sein. Hierzu müssten sie die Anforderungen des Schrankenvorbehalts erfüllen und verhältnismäßig sein. Verhältnismäßig wären sie, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgen, hierzu geeignet, erforderlich und angemessen sind.

(1) Allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG und legitimer Zweck des Eingriffs  
Da die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG einem qualifizierten und die Berufsausübungsfreiheit nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, müssen die Regelungen der Kennzeichnungspflicht die höheren Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 GG erfüllen. § 18 Abs. 3, § 93 Abs. 3 und § 97 S. 2 MStV stellen allgemeine Gesetze i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG dar.<sup>1226</sup> Sie verbieten nicht die Äußerung einer Meinung als solchen, sondern verlangen nur die Kenntlichmachung der Verwendung einer bestimmten Äußerungsmodalität zum Schutz eines schlechthin zu schützenden Rechtsgutes, namentlich einer nachvollziehbaren, unverzerrten Meinungsbildung innerhalb der Dienste unter Förderung des gegenseitigen Vertrauens

---

Glykolwarnung.

<sup>1224</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 20.

<sup>1225</sup> Vgl. *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496.

<sup>1226</sup> Siehe Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

der Kommunikationsteilnehmer.<sup>1227</sup> Dieser Zweck stellt ein besonderes Allgemeininteresse der Dienstnutzer dar, so dass er einen Grundrechtseingriff durch eine Kennzeichnungspflicht grundsätzlich rechtfertigen könnte.

## (2) Geeignetheit

Die Pflicht ist geeignet, wenn sie den legitimen Zweck zumindest fördern kann.<sup>1228</sup> Indem die nutzergerichtete Pflicht den „Bot“-Verwender verpflichtet, Transparenz darüber zu schaffen, welche Inhalte von einem Programm verbreitet wurden, kann jeder rezipierende Nutzer selbst entscheiden, wie glaubhaft er eine „Bot“-Äußerung oder massenhaft ähnliche Äußerungen durch „Bots“ erachtet. Dadurch wird die Gefahr einer Verzerrung der individuellen Meinungsbildung, der Entstehung einer Schweigespirale und einer daraus folgenden vermeintlichen Meinungsmehrheit stark reduziert.<sup>1229</sup> Daher kann die nutzergerichtete Transparenzpflicht eine freie unverzerrte Meinungsbildung fördern und ist geeignet.

Die Transparenz kann weiter dadurch gefördert werden, dass auch die adressierten Dienste die nutzergerichtete Kennzeichnung absichern. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass jeder „Bot“-Verwender seine Kennzeichnungspflicht nach § 18 Abs. 3 MStV erfüllen wird.

Hiergegen ließe sich zwar argumentieren, dass aktuell keine vollkommen verlässliche Methode zur Erkennung von „Social Bots“ besteht, so dass ein Fördern zweifelhaft erscheine. Gleichwohl muss diesem Argument erstens die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers entgegengesetzt werden. Letzterer ist von der Möglichkeit des Förderns von Transparenz durch die Kennzeichnung überzeugt.<sup>1230</sup> Zweitens besteht die Möglichkeit des Förderns offenkundig schon deshalb, weil die Kennzeichnungspflicht auf erster Ebene an die „Bot“-Verwender gerichtet ist und erst auf zweiter Ebene die Betreiber der adressierten Dienste trifft.<sup>1231</sup> Dabei wird die Möglichkeit einer Förderung von Transparenz durch die netzwerkgerichtete Pflicht nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass eine Identifizierung durch den Dienst etwa durch technische Fortentwicklung der „Bots“ vorübergehend scheitert oder eine Kennzeichnung erst verspätet erfolgt. Auch in diesen Fällen wird schließlich – wenngleich spät – Transparenz geschaffen. Im Übrigen dürfte es den adressierten Diensten in der Regel aufgrund ihres unmittelbaren Zugriffs auf Daten im Zusammenhang mit den jeweiligen Nutzeraktivitäten möglich sein, automatisiert erstellte Beiträge zu erkennen.<sup>1232</sup> Denn „Bots“ können überhaupt erst über die vom Dienst bereitgehaltene Programmierschnittstelle, das sog. „Application Programming In-

<sup>1227</sup> So auch *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497.

<sup>1228</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

<sup>1229</sup> Ebd. Zur sog. Schweigespirale siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1230</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 20.

<sup>1231</sup> Siehe schon oben den Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste, § 97 S. 2, § 1 Abs. 8 S. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. c).

<sup>1232</sup> Vgl. auch *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497; *Milker*, InTeR 2017, S. 204.

terface“ (API), verwendet werden.<sup>1233</sup> Das API ermöglicht App-Entwicklungen für den Dienst sowie ihre Einbettung und Verbindung mit ihm und ist damit Grundvoraussetzung für die Verwendung von „Bot“-Programmen. Es dokumentiert grundsätzlich alle Aktivitäten, die über die Schnittstelle geschehen, vor allem Programmeinsätze. Andernfalls wäre der Betreiber nicht mehr fähig, bestimmte Programme und Verhaltensweisen zu verhindern, und wäre demgemäß nicht mehr Herr seines eigenen Dienstes. Hierüber dürfte es für den Dienst in aller Regel ein Leichtes sein, den Einsatz von „Bots“ auch im Zuge weiterer Entwicklungen zu erkennen.<sup>1234</sup>

Ferner könnten die Dienste zur Identifikation auch entsprechende Instrumente in Form einer vorgelagerten und technisch einfach umzusetzende Zugangs- oder Identitätskontrolle, etwa durch „Captcha“ und „ReCaptcha“, einsetzen und auf diese Weise den Einsatz von automatisierten Kommunikationsprogrammen aufdecken.<sup>1235</sup> „Captchas“ bilden beispielsweise verzerrte Textbestandteile ab, die in ein Eingabefeld eingetippt werden müssen.<sup>1236</sup> Ein „ReCaptcha“ lässt lediglich eine „Checkbox“ auf dem Bildschirm erscheinen, die vom Verwender zu bestätigen ist.<sup>1237</sup> Während dieses Vorgangs wird anhand der benötigten Zeit, der IP-Adresse, der Mausbewegungen und weiterer Aktionen des Verwenders eine Wahrscheinlichkeit ermittelt, ob ein menschlicher Nutzer oder ein Programm hinter dem Zugriff steht.<sup>1238</sup> Hierbei werden auch bereits Ermittlungen unter Einbeziehung von Daten zu maschinellem Lernen, also künstlich intelligenter „Bots“, angestellt.<sup>1239</sup> Ist überwiegend wahrscheinlich, dass ein „Bot“ hinter dem Zugriffsprofil steht, muss ein Zusatz-„Captcha“ gelöst werden.<sup>1240</sup> Je intensiver und häufiger dieses Erkennungssystem eingesetzt wird, desto weitreichender kann der Einsatz von „Bots“ aufgedeckt werden. Auch wenn einige „Bot“-Programme derartig eingesetzte Instrumente bereits überwinden können, täte dies der grundsätzlichen Geeignetheit des Einsatzes solcher Instrumente zur potentiellen Förderung von Transparenz keinen Abbruch.<sup>1241</sup>

Mit der Kennzeichnung weiß der Rezipient zwar noch nicht, ob durch den Einsatz der „Bots“ die Relevanzen angezeigter Themen in einem Netzwerk oder Video-sharing-Dienst beeinflusst wurden und sog. Trending Topics entstehen. Dies steht der Geeignetheit der Kennzeichnungspflichten aber nicht entgegen. Denn die vermittelten relevanten Beiträge trügen ebenfalls eine entsprechende Kennzeichnung,

<sup>1233</sup> *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 251 m. w. N.; *Milker*, ebd.

<sup>1234</sup> Vgl. *M. Schröder*, DVBl. 2018, S. 470; *Egli/Rechsteiner*, ebd. m. w. N.; ausführlich *Milker*, ebd.

<sup>1235</sup> *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497; *Milker*, ebd.

<sup>1236</sup> Vgl. *v. Ahn/Blum/Langford*, Telling Humans and Computers Apart, AI, CMU-CS-02-117, S. 1.

<sup>1237</sup> Zur dieser Erfindung von Google, vgl. *Shet*, Are you a robot? Introducing „No CAPTCHA reCAPTCHA“, Google Security Blog, Beitrag vom 3. Dezember 2014.

<sup>1238</sup> *Milker*, InTer 2017, S. 204.

<sup>1239</sup> Vgl. Google reCAPTCHA, Creation of Value. Stop a bot. Build a bot, auf: [developers.google.com](https://developers.google.com).

<sup>1240</sup> Vgl. Google reCAPTCHA, What is recaptcha, auf: [developers.google.com](https://developers.google.com).

<sup>1241</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Umgehung von derartigen Instrumenten nur *M. Söldner*, reCAPTCHA kann mit Google-Diensten umgangen werden, auf: [PCWelt.de](https://www.pcwelt.de), Artikel vom 2. März 2017.

stammten sie von einem „Bot“. Ob es zweckmäßiger wäre, einer potentiellen Meinungsverzerrung durch sog. Trending Topics durch einen die Aussagen von „Bots“ unmittelbar relativierenden Vermittlungsalgorithmus entgegenzuwirken, ist für die Geeignetheit der Kennzeichnungspflichten unerheblich.<sup>1242</sup> Der Gesetzgeber hat insoweit von einer Einschätzungsprärogative<sup>1243</sup> Gebrauch gemacht und sich für Kennzeichnungspflichten entschieden.

Daher spielt es für die Geeignetheit des Eingriffs auch keine Rolle, dass andere Maßnahmen unter Umständen zu einer höheren Transparenz führen könnten, etwa eine eindeutige deklaratorische Vorgabe im Gesetzestext, wie genau die Kennzeichnung – beispielhaft *„dieser Beitrag wurde von einem Social Bot erstellt“* – zu erfolgen hat, oder die Festlegung einer an die adressierten Dienste gerichteten Pflicht, die Kennzeichnung im Rahmen des Absendens von Nachrichten an eine von mehreren Faktoren abhängige Authentifizierung zu knüpfen.

### (3) Erforderlichkeit

Ferner müssten die Kennzeichnungspflichten auch erforderlich sein. Es dürfte also kein gleich geeignetes, milderer Mittel vorhanden sein, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1244</sup>

#### (a) Selbstregulierung durch Dienste

Als milderer Mittel käme die bloße Selbstregulierung durch die adressierten Dienste in Betracht, soweit sich diese als zumindest gleich effektiv erweise. Auch wenn einige populäre Anbieter den „Bot“-Einsatz zur Verbreitung von Aussagen sogar vollständig in ihren AGB verbieten,<sup>1245</sup> haben sich diesbezüglich noch keine netzwerkübergreifend einheitlichen Verhaltensregeln etabliert. Aber selbst wenn die Dienste ein solches Verbot angeordnet haben, lässt sich ein Vollzugsdefizit erkennen. Anhand der weiterhin bestehenden zahlreichen „Bot“-Profile zeigt sich, dass die Betreiber entgegen ihrer AGB nicht gegen die „Bot“-Nutzung vorzugehen scheinen.<sup>1246</sup> Dabei

<sup>1242</sup> Zur Funktionsweise eines relativierenden Vermittlungsalgorithmus siehe *M. Schröder*, DVBl. 2018, S. 470; *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 251 m. w. N.; ausführlich *Milker*, InTer 2017, S. 204.

<sup>1243</sup> Siehe nur BVerfGE 103, 293, 307 f. – Urlaubsanrechnung; *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 39 m. w. N.

<sup>1244</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>1245</sup> Vgl. *Facebook*, Ziffer 2.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen von Facebook i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinien zur Authentizität und Spam, auf: Facebook.com; so etwa noch *Twitter*, Ziffer 4 der ab dem 25. Mai 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Twitter.com, jetzt X.com.

<sup>1246</sup> *M. Siegmann*, Twitter: Bis zu 48 Mio. „Bot“-Profile, auf: heise.de, Artikel vom 13. März 2017. Bei Facebook sind es laut Expertenschätzungen etwa 30–35 Mio. „Bot“-Profile (ca. 1,6 % aller Nutzer [2,2 Mrd.]), vgl. Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 7.

dürfte eine Überproportionalität von „Social Bots“ innerhalb eines Dienstes dazu führen, dass sich Nutzer der Kommunikation enthalten oder den Dienst meiden, was zu wirtschaftlichen Einbußen führen würde.<sup>1247</sup>

Der fehlende erkennbare Wille an einer einheitlichen Handhabung einerseits und die mangelnde Durchsetzung der bestehenden Verbote andererseits veranschaulichen, dass die Selbstregulierung kein der Kennzeichnungspflicht gleich verlässliches, wirksames und effektives Mittel darstellt.<sup>1248</sup>

(b) Eine bloß verwen­dergerich­te­te Kenn­zeich­nung­spflicht

Eine Kennzeichnungspflicht, die nur die „Bot“-Verwender verpflichtete, würde ungeachtet ihrer gewissen Abschreckungswirkung nicht die gleiche Wirkkraft entfalten wie eine zusätzlich an die Dienste selbst gerichtete Verpflichtung.<sup>1249</sup>

(c) Gesetzliches Verbot der „Bot“-Verwendung

Die Kennzeichnungspflichten werden zusätzlich durch Bußgeldandrohungen für Verstöße abgesichert. Diese Sanktionierungsoption ist milder als ein gesetzliches Verbot des „Bot“-Einsatzes, das grundsätzlich das letzte Mittel darstellt. Ob ein Verbot eine bessere Eignung als die Kennzeichnungspflichten mit Bußgeldandrohung aufweist, wird an späterer Stelle noch geprüft, ist jedoch hier aufgrund der dem Gesetzgeber bestehenden Einschätzungsprärogative<sup>1250</sup> von der er mit dem Schaffen der Kennzeichnungspflichten und ihrer Absicherung durch Bußgeldandrohungen Gebrauch gemacht hat, unbeachtlich.<sup>1251</sup>

(d) Eine rein technische „Bot“-Erkennung und -Kennzeichnung

Es könnte zudem diskutiert werden, ob es ein milderes Mittel darstellte, gesetzlich eine technische Lösung zur Kennzeichnung festzulegen. Darauf kommt es indes gar nicht an. Denn ein solches Ansinnen wäre nicht gleich effektiv. Vielmehr liefe der Gesetzgeber Gefahr, durch das gesetzliche Festlegen einer technischen Lösung selbst Anreize für ihre Umgehung im Rahmen der Weiterentwicklung und Programmierung der „Bot“-Software zu setzen. Der Gesetzgeber würde damit einerseits unter Umständen das Gegenteil von dem ursprünglich intendierten Zweck erreichen und andererseits bei Weiterentwicklungen der „Bots“ in kürzester Zeit wieder tätig werden müssen.

<sup>1247</sup> *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 256.

<sup>1248</sup> So auch *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497. Dagegen noch *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 78; *Golz*, K&R-Beil. 2017, S. 31; *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103.

<sup>1249</sup> *Löber/Roßnagel*, ebd.

<sup>1250</sup> Siehe nur BVerfGE 103, 293, 307 f. – Urlaubsanrechnung. *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 39 m. w. N.

<sup>1251</sup> Siehe Abschnitt „Verbot des „Bot“-Einsatzes unter Punkt G. II. 1.

## (e) Netzwerkgerichtete Pflicht zum Vorhalten eines Vermittlungsalgorithmus

Eine gesetzliche Verpflichtung der adressierten Dienste zum Vorhalten eines die Relevanz von „Bot“-Beiträgen verringernden Vermittlungsalgorithmus, der der Meinungsverzerrung durch sog. Trending Topics entgegenwirkt, weist eine im Vergleich zu den Kennzeichnungspflichten vergleichbare Eingriffsintensität in Bezug auf die Berufsausübungsfreiheit auf. Der Dienstbetreiber müsste die Programmierung eines Vermittlungsalgorithmus vornehmen, der wiederum an seine Programmierschnittstelle, das sog. „Application Programming Interface“ (API), anknüpft, mit dem der Einsatz von „Bots“ grundsätzlich erkannt werden kann.<sup>1252</sup> An dieser Schnittstelle dürfte – zumindest in tatsächlicher Hinsicht – auch die Dienstpflicht des § 93 Abs. 3 MStV zur Erkennung und Kennzeichnung der „Bot“-Beiträge ansetzen.

Sie stellt jedoch eine eingriffsintensivere Maßnahme im Hinblick auf die Meinungsfreiheit dar, da mit dem Relativierungsalgorithmus der Vermittlung von „Bot“-Aussagen entsprechend entgegengewirkt würde. „Bot“-Beiträge hätten unter Umständen nicht mehr dieselbe Breitenwirkung wie die unmittelbar von einem Menschen getätigten. Dies wiegt schwerer als die bloße Kenntlichmachung der verwendeten Modalität.

Mangels hinreichender Erkenntnisse über eine bessere Eignung dieser Maßnahme im Verhältnis zu den Kennzeichnungspflichten lässt sich die Erforderlichkeit der Anordnung eines Relativierungsalgorithmus infrage stellen. Ein bloßes Kenntlichmachen von „Bot“-Inhalten scheint nach derzeitigem Kenntnisstand ausreichend, um den Rezipienten in die Lage zu versetzen, Aussagen eigenständig einzuordnen und zu bewerten.<sup>1253</sup> Auch bei sog. Trending Topics müssten Kennzeichnungen erfolgen, wenn Äußerungen von „Bots“ stammten.

## (f) Ergebnis: Erforderlichkeit

Die Kennzeichnungspflichten sind daher erforderlich.

## (4) Angemessenheit

Die Kennzeichnungspflichten müssten auch angemessen sein. Die mit ihnen verbundenen Eingriffe dürften also nicht außer Verhältnis zu dem mit ihnen intendierten Zweck stehen.<sup>1254</sup>

Dabei steht der Schutz der individuellen, unverzerrten Meinungsbildung innerhalb der adressierten Dienste dem Schutz der Meinungsfreiheit der Dienstnutzer und der Berufsfreiheit der Dienstbetreiber gegenüber.

<sup>1252</sup> Vgl. *Halvani et al.*, in: Steinebach/Bader/Rinsdorf/Krämer/Roßnagel, Desinformation aufdecken und bekämpfen. S. 112; *M. Schröder*, DVBl. 2018, S. 470; *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 251 m. w. N. Ausführlich *Milker*, InTer 2017, S. 204.

<sup>1253</sup> Anders noch *K. Schwarz*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 050, S. 9.

<sup>1254</sup> BVerfGE 99, 202, 212 f. – Erstattungspflicht des Arbeitgebers.



## (a) Unverzerrte Meinungsbildung

Die Gefahr, die Meinungsbildung einseitig durch eine automatisierte Inhaltsverbreitung zu verzerren, ist im Vergleich zu der durch die von Menschen selbst verbreiteten Aussagen stark erhöht und wiegt daher besonders schwer. Denn „Bot“-Äußerungen sind größtenteils nicht von menschlichen Aussagen zu unterscheiden. Ein Rezipient wird daher in der Regel nicht davon ausgehen, mit einer durch einen „Bot“ getätigten Aussage konfrontiert zu sein. Er vertraut dem menschlich anmutenden Kommunikator und erachtet dessen Aussage als glaubhaft.

Deshalb können „Bots“ – vor allem bei ihrem Zusammenwirken – durch eine massenhafte Aussageverbreitung innerhalb eines Dienstes eine gefestigte Mehrheitsmeinung suggerieren, die tatsächlich nicht besteht. Denn Rezipienten werden aufgrund der vielen gleichgesinnten Beiträge davon ausgehen, dass sich viele menschliche Nutzer dieser Meinung angeschlossen haben. Hierdurch kann die Schweigespirale in Gang gesetzt werden.<sup>1255</sup> Es besteht die Gefahr, dass „Bots“ im Einzelfall eben genau hierzu eingesetzt werden, so dass eine geistige Auseinandersetzung ausgeschlossen wird. In einem solchen Falle wäre die Aussagenverbreitung durch einen „Bot“ sogar – ausnahmsweise – sozialunverträglich.<sup>1256</sup>

Auch wenn menschliche Nutzer ihre Meinung dauerhaft manuell wiederholen können, etwa mithilfe von Copy-and-Paste, bleibt ihnen bei dieser Verfahrensweise im Vergleich zu dem einfachen Programmieren des „Bots“ ein nicht vergleichbarer Mehraufwand insbesondere in zeitlicher Hinsicht. Ein menschlicher Nutzer kann keine einem „Bot“ vergleichbare Anzahl an Beiträgen innerhalb eines Wimpernschlags verbreiten, was sich vor allem in demokratischen Zusammenhängen besonders empfindlich auswirken kann. Aber selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, würde dieses Verhalten die Meinungsbildung nicht verzerren, da hinter jeder Äußerung für den Rezipienten erkennbar derselbe Nutzer steckt. Der sich wiederholende Nutzer betriebe damit allenfalls Meinungsbildung in der gewohnten Weise, ohne zu verschleiern, dass ein Programm die Inhalte automatisiert verbreitet hat.<sup>1257</sup>

Die Kennzeichnungspflichten verringern diese von der Verschleierung ausgehenden Gefahren. Durch die entstehende Transparenz über die Eigenschaft des Kommunikators wird den Rezipienten bewusst, wie Beiträge verbreitet wurden, wodurch die Glaubhaftigkeit von automatisierten „Bot“-Beiträgen relativiert würde. Dies wird zwar teilweise mit dem Argument bestritten, dass keine hinreichende Forschung in diesem Bereich bestehe.<sup>1258</sup> Allerdings ist zu erwarten, dass ein Rezipient gekennzeichnete „Bot“-Posts nicht gleich ernstnehmen wird wie einen Beitrag eines

<sup>1255</sup> Siehe oben den Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1256</sup> Siehe hierzu schon den Abschnitt „Schutzbereichsexklusion durch besondere Sozialwidrigkeit von „Social Bots“ unter Punkt C. IV. 2. b) cc).

<sup>1257</sup> Ähnlich *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496; *Schröder*, DVBl 2018, S. 468.

<sup>1258</sup> Vgl. *Hegelich*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 049, S. 6; *Sängerlaub*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 048, S. 6.

menschlichen Nutzers, da der Rezipient nunmehr überhaupt in die Lage versetzt ist, Beiträge eigenständig einzuordnen und zu bewerten.<sup>1259</sup> Insoweit wird ein selbstbestimmtes Handeln und Meinungsbilden des Rezipienten sowie das Vertrauen in den grundsätzlich anonymen Kommunikationsprozess im Internet gefördert.<sup>1260</sup>

Dass dem Rezipienten damit noch nicht bekannt ist, ob die Relevanzen angezeigter Themen durch den Einsatz der „Bots“ beeinflusst wurden, ist hierfür zunächst unerheblich.<sup>1261</sup> Denn auch die vermittelten relevanten Inhalte trügen eine entsprechende Kennzeichnung, wenn sie von einem „Bot“ stammen. Der Gefahr von Meinungsverzerrungen durch massenhaft synthetische Beiträge, durch die eine vermeintlich bestehende gesellschaftliche Mehrheitsmeinung suggeriert wird, die eine Schweigespirale auslösen kann, hilft die Kennzeichnung der künstlichen Meinungsmacher ab.<sup>1262</sup> Die Möglichkeit, den „Bot“-Beitrag dennoch für richtig oder unterstützenswert zu erachten, ist vielmehr Ausdruck der individuellen Meinungsbildung und verfassungsrechtlich gewollt.

Zum Schutz einer unverzerrten Meinungsbildung besteht damit ein herausgehobenes Interesse an den Kennzeichnungspflichten.

#### (b) Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV trifft die von der Meinungsfreiheit geschützte Wahl der Äußerungsmodalitäten unmittelbar, die netzwerkgerichtete Pflicht trifft diese mittelbar. Dabei nimmt die Zuhilfenahme eines „Bots“ zur Aussagenverbreitung grundsätzlich denselben Stellenwert im demokratischen Staat ein wie eine händische Publikation. Gleichwohl handelt es sich bei „Bot“-Beiträgen im Vergleich zu den von Menschen unmittelbar getätigten Äußerungen um strukturell ungleiche Aussagen, die eine Unterscheidung zum Zwecke einer unverzerrten Meinungsbildung rechtfertigen.<sup>1263</sup> Die Gefahren dieser Verbreitungsmodalität für die Meinungsbildung wurden soeben aufgezeigt.

Dabei wiegt der Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzer durch die Kennzeichnungspflicht nur gering. Dem „Bot“-Verwender bleibt die automatisierte, unter Umständen massenhafte Verbreitung von Inhalten weiterhin möglich. Er muss bloß die Modalität der Nutzung eines „Bots“ im Rahmen der Aussagenverbreitung kenntlich machen. Der Verwender, der einen „Bot“ nicht missbräuchlich einsetzen will, trägt von der Pflicht keine nachteiligen Folgen, da er die Kundgabemodalitäten zugunsten der Wirkung der Aussage regelmäßig nicht verheimlichen will oder

<sup>1259</sup> *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 258; *Milker*, InTer 2017, S. 205 mit Hinweis auf *Georgi*, Automatisierter Hass im Netz, auf: FAZ.net, Artikel vom 24. Mai 2016; Allgemein zur Suggestivkraft (un-)anonymer Äußerungen *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 92 mit Hinweis auf BVerfGE 97, 391, 398 f. – Mißbrauchsvorwurf. Dafür auch *Neudert*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 046, S. 4.

<sup>1260</sup> Ähnlich *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497.

<sup>1261</sup> Anders *K. Schwarz*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 050, S. 9.

<sup>1262</sup> Zur sog. Schweigespirale siehe oben den Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1263</sup> So auch *Milker*, InTer 2017, S. 202.

muss.<sup>1264</sup> Eine befürchtete Stigmatisierung findet in diesen Fällen nicht statt.<sup>1265</sup> Es wird dem Verwender bloß die Gelegenheit genommen, über die „Bot“-Eigenschaft des Verbreiters des Inhalts zu täuschen und damit nur ein solches Verhalten ausgeschlossen, das vor dem Hintergrund einer unverzerrten Meinungsbildung nicht schutzwürdig ist.<sup>1266</sup>

Den Kennzeichnungspflichten ähnlich, wenngleich etwas zurückhaltender, sind die verfassungsrechtlich nicht umstrittenen Impressumspflichten für Telemedienanbieter aus § 18 Abs. 1 MStV<sup>1267</sup> und § 5 f. TMG.<sup>1268</sup> Durch das Impressum wird zwar maßgeblich die Zuordnung von Inhalten zu Telemedienanbietern und damit auch deren rechtlichen Verfolgbarkeit sichergestellt. Gleichwohl kann über die namentliche Kenntnis des Anbieters auch eine Einordnung der verbreiteten Inhalte erfolgen, wodurch die freie Meinungsbildung zumindest mittelbar geschützt wird.

Das besondere Interesse an einer freien Meinungsbildung überwiegt hier die durch die Kennzeichnungspflichten nur gering beeinträchtigten Belange der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender. Die Kennzeichnungspflichten sind in Bezug auf die Eingriffe in die Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender angemessen.

### (c) Berufsausübungsfreiheit der Dienste, Art. 12 Abs. 1 GG

Die netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 3 MStV betrifft zudem die Berufsausübungsfreiheit der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste, die soziale Netzwerke anbieten. Sie haben dafür Sorge zu tragen, dass Telemedien i. S. v. § 18 Abs. 3 MStV gekennzeichnet werden.

Dabei setzen Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG – wie Eingriffe in alle Grundrechte – eine gesetzliche Grundlage voraus, die dem Gebot der Normenklarheit und dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt.<sup>1269</sup> Die diesbezüglichen Anforderungen an diese Vorgaben sind zudem besonders hoch, weil die Landesmedienanstalten bei Verstößen gegen diese Handlungspflicht sowohl die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung des Verstoßes nach § 109 Abs. 1 und 2 MStV ergreifen, als auch ein Bußgeld über den Ordnungswidrigkeitenvorbehalt des § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 45 MStV verhängen können.

<sup>1264</sup> *Jülicher/Röttgen*, InTer 2018, S. 19.

<sup>1265</sup> Anders *Emmer*, Ausschuss-Drs. SB 19(23) 051, S. 5.

<sup>1266</sup> Siehe den Abschnitt „Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb).

<sup>1267</sup> Vorher § 55 Abs. 1 RStV.

<sup>1268</sup> Siehe den Abschnitt „Impressumspflichten nach § 5 f. TMG und § 18 Abs. 1 MStV“ unter Punkt E. II. 3.

<sup>1269</sup> Vgl. BVerfGE 154, 152, 237 f. Rn. 137 – BND; 100, 313, 359 f. – TKÜ I; 65, 1, 44, 54 – Volkszählung.

Dabei erscheint *prima facie* jedoch unklar, was der Dienstanbieter unter dem Terminus des Sorgetragens verstehen muss. Es ist dem Gesetzgeber aber grundsätzlich nicht verwehrt, unbestimmte Rechtsbegriffe gesetzlich zu verankern, soweit sich ihr Inhalt im Wege der Auslegung ermitteln lässt.<sup>1270</sup>

Der Terminus des Sorgetragens könnte bedeuten, dass ein Dienst Kennzeichnungen von „Bot“-Beiträgen schon *per se* selbst vornehmen muss, ohne dass Verstöße gegen die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht vorliegen. Der Begriff könnte aber auch bedeuten, dass ein Dienst dauerhaft im Nachgang an die Inhalteverbreitung prüfen und kennzeichnen muss, wenn seine Nutzer gegen ihre Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV verstoßen haben. Unter dem Terminus könnte schließlich auch verstanden werden, dass lediglich die technischen Vorkehrungen dafür bereitgehalten werden müssen, dass der Nutzer seine Kennzeichnungspflicht erfüllen kann und Dienste erst auf zweiter Ebene Kennzeichnungen in den für sie nachvollziehbaren Fällen selbst vornehmen müssen.

Welches Verhalten der Gesetzgeber von den Diensten durch das Sorgetragen erwartet, ließ er in der Gesetzesbegründung offen; er wollte die konkrete Art und Weise der Pflichterfüllung bewusst nicht festlegen.<sup>1271</sup> Dem gesetzgeberischen Willen zufolge sollte damit eine Flexibilität im Rahmen der Bekämpfung intransparenter automatisierter Inhaltsverbreitung geschaffen werden. Dabei sollen die Dienste aber nicht zur eigenen Verfolgung und Sanktionierung von Verstößen gegen die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV verpflichtet sein.<sup>1272</sup> Ein lückenloser Schutz vor intransparenter Meinungsbildung durch die Verwendung von „Bots“ muss demgemäß von den Diensten nicht sichergestellt werden. Nach dem gesetzgeberischen Willen müssen also weder proaktiv Kennzeichnungen noch dauerhafte Kontrollen und eigenständige Sanktionierungen durch den Dienst bei Verstößen gegen die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht erfolgen. Gleichwohl verbietet es die Norm den Diensten auch nicht, dennoch proaktiv zu handeln oder permanente Kontrollen und nachträgliche Kennzeichnungen zu veranlassen.

Damit dürfte sich das Sorgetragen auf das Vorhalten der technischen Vorkehrungen beschränken, damit Kennzeichnungen erfolgen können: Auf erster Ebene müssen die adressierten Dienste daher dem „Bot“-Verwender eine Kennzeichnung nach § 18 Abs. 3 MStV ermöglichen. Für den Fall, dass der „Bot“-Verwender gegen seine Kennzeichnungspflicht verstößt, muss der Dienstbetreiber auf zweiter Ebene Mechanismen bereithalten, die eine Identifikation und Kennzeichnung des „Bots“ durch den Dienst ermöglichen.<sup>1273</sup> Dieses Verständnis genügt den Anforderungen an die Normenklarheit und Bestimmtheit.

<sup>1270</sup> Vgl. BVerfGE 150, 1, 101 Rn. 203 – Zensus 2011; 106, 1, 19 – Aufgabenübertragung Oberfinanzdirektion; 101, 1, 32 – Hennenhaltungsverordnung.

<sup>1271</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 50.

<sup>1272</sup> Ebd.

<sup>1273</sup> Vgl. ebd.

Ein so verstandenes Sorgetragen des Diensteanbieters weist eine eher geringe Eingriffsintensität auf, da es auf erster Ebene für einen adressierten Dienst nur darum geht, Instrumente bereitzuhalten, mit denen der Nutzer seine Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV erfüllen kann. Hierfür ausreichend ist, dass dem Nutzer ermöglicht wird, dass er Beiträge, die von einem „Bot“ stammen, bei ihrem Absetzen als „Bot“-Post kenntlich machen kann. Dabei reicht es, dass der Dienst eine solche Möglichkeit auf irgendeine Weise vorhält, etwa durch ein anzuklickendes Kästchen im Rahmen der Profilerstellung, dass unter dem Profil „Bot“-Posts abgesendet werden, wonach Kennzeichnungen erfolgen. Der hierdurch organisatorische und finanzielle Aufwand dürfte sich in Grenzen halten.

Erst auf zweiter Ebene soll ein Dienst Kennzeichnungen selbst vornehmen. Auch diesbezüglich dürfte sich der organisatorische und finanzielle Aufwand für die Dienste in engen Grenzen halten. Denn die Dienste können über ihr API den Einsatz von „Bot“-Programmen grundsätzlich auch anhand eines Algorithmus<sup>1274</sup> nachvollziehen oder die Kennzeichnung durch einfache – aber teils von „Bots“ bereits überwindbare<sup>1275</sup> – Mittel, wie beispielsweise „Captcha“ und „ReCaptcha“, automatisiert erkennen lassen. Ein zu intensiv geführtes „Captcha-“ und „ReCaptchaing“ dürfte aber wiederum zur Benutzerunfreundlichkeit führen.<sup>1276</sup> Wenn beispielsweise bei jedem „Post“ eine solche Kontrolle stattfindet, könnten Nutzer den Diensten über kurz oder lang fernbleiben, was erhebliche wirtschaftliche Einbußen nach sich ziehen und die Berufsausübung erheblich beeinträchtigen könnte.

Neuerdings sind bereits die ersten Entwicklungen „unsichtbarer ReCaptchas“ im Einsatz.<sup>1277</sup> Diese belasten den Nutzer nicht mit etwaigen Anforderungen. Über deren Effektivität lässt sich bislang indes nur spekulieren. Da aber auch in anderem Kontext Zugangskontrollen für den Diensteanbieter als zumutbar erachtet wurden, hätte der Gesetzgeber ebenfalls etwaige technische Zugangskontrollen gesetzlich verankern und damit also einen Eingriff von höherer Intensität im Vergleich zur Kennzeichnungspflicht vornehmen können.<sup>1278</sup>

Dies hat er indes nicht getan. Im Gegenteil hat er die von § 93 Abs. 4 MStV ausgehende Eingriffsintensität dadurch abgemildert, indem er den Wortlaut offen und flexibel gestaltet hat und damit den Diensten grundsätzlich die Entscheidungsfreiheit darüber einräumt, wie sie der Kennzeichnungspflicht nachkommen. Dabei müssen sie keinen lückenlosen Schutz vor ungekennzeichneten „Bot“-Nachrichten

<sup>1274</sup> Vgl. hierzu schon die so verführende Plattform <https://slack.com>; vgl. ferner *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 258 (Fn. 80 zu den negativen Folgen).

<sup>1275</sup> Siehe hierzu bereits Abschnitt „Geeignetheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (2).

<sup>1276</sup> Siehe ebd.; *Milker*, InTer 2017, S. 204 mit Hinweis auf *T. König*, *Wahnsinn im Internet*, auf: Spiegel Online, Artikel vom 19. November 2012.

<sup>1277</sup> *C. Fröhlich*, Unsichtbare Captchas, auf: Stern.de, Artikel vom 13. März 2017.

<sup>1278</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15. September 2016, – C-484-14 –, curia, Rn. 90 ff. – *McFadden* ./ *Sony Music*.

sicherstellen.<sup>1279</sup> Einerseits eröffnet der dadurch geschaffene Spielraum dem Dienst die Möglichkeit, technische Entwicklungen in Sachen „Bot“-Technologie angemessen einzufangen.<sup>1280</sup> Dabei dürfte die Kennzeichnung grundsätzlich auch im Interesse der Dienste liegen, sofern sie ihr Geschäftsmodell auch zukünftig glaubhaft anbieten wollen. Im Falle einer Überproportionalität von „Social Bots“ innerhalb eines Dienstes kann davon ausgegangen werden, dass sich Nutzer der Kommunikation enthalten oder den Dienst meiden, was wiederum zu wirtschaftlichen Einbußen führen würde.<sup>1281</sup> Andererseits werden die Dienste durch diese Ausgestaltung der Anordnung und ihrer Absicherung durch Bußgeldanordnungen keinem Druck ausgesetzt, eine „Überkennzeichnung“ von Beiträgen dergestalt durchzuführen, dass irrtümlich individuelle, durch einen Nutzer selbst veröffentlichte Aussagen als „Bot“-Content markiert würden, was wiederum den Schutz der Kommunikationsfreiheiten der „Bot“-Nutzer sichert.<sup>1282</sup>

Diesem geringinvasiven Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit steht nichts weniger als das Absichern einer transparenten Meinungsbildung gegenüber, die sich in allen Lebensbereichen, insbesondere auch in demokratiewesentlichen Zusammenhängen, auswirkt. Dabei lassen sich Eingriffe in die Berufsausübung durch Belange des Allgemeinwohls rechtfertigen.<sup>1283</sup> Die unverzerrte Meinungsbildung stellt sogar einen überragend wichtigen Belang der Allgemeinheit dar, dessen Schutz vor dem Hintergrund der möglichen Tragweite einer intransparenten, verzerrten Überzeugungsbildung in den adressierten Diensten den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit rechtfertigt.

#### (5) Ergebnis: Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Kennzeichnungspflichten sind verfassungsmäßig gerechtfertigt.

#### (iv) Ergebnis: Vereinbarkeit mit Grundrechten

Die Kennzeichnungspflichten sind mit der Meinungsfreiheit der Nutzer und der Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber vereinbar.

#### bb) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Kennzeichnungspflichten müssten mit dem Unionsrecht vereinbar sein.

<sup>1279</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 50. Zur geringeren Eingriffsintensität einer offenen Regelung siehe allgemein schon *Milker*, InTer 2017, S. 206.

<sup>1280</sup> *Eifert*, in: ders./Gostomzyk, Netzwerkrecht, S. 18; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497.

<sup>1281</sup> *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 256.

<sup>1282</sup> Vgl. zu der parallelen Diskussion zum sog. Overblocking im Rahmen des NetzDG, Abschnitt „NetzDG mit der Meinungsfreiheit der Nutzer vereinbar“ unter Punkt E. V. 1.

<sup>1283</sup> BVerfGE 117, 163, 182 – Anwaltshonorar; 111, 10, 32 – Ladenschluss; 103, 1, 10 – Singularzulassung von Rechtsanwälten; 7, 377, 405 – Apothekenurteil.

## (i) Nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV

Hinsichtlich der nutzergerichteten Pflicht, ihren Einsatz von „Bots“ zu kennzeichnen, bestehen keine Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, vor allem mit Blick auf die E-Commerce Richtlinie (ECRL)<sup>1284</sup>. Damit die ECRL anwendbar ist, müsste der „Bot“ einen Dienst der Informationsgesellschaft i. S. d. Art. 2 lit. a) ECRL darstellen und der Anwendungsbereich der ECRL dürfte nicht nach Art. 1 Abs. 6 ECRL ausgeschlossen sein.<sup>1285</sup> Ferner müsste der „Bot“ eine elektronische Dienstleistung, in der Regel gegen Entgelt, erbringen. Letzteres unterliegt einerseits der technischen, andererseits der wirtschaftlichen<sup>1286</sup> Ausgestaltung des jeweiligen Konfigurationsprogrammes und muss nicht einheitlich sein.

Jedoch müssen diese Fragen vorliegend schon deshalb nicht beantwortet werden, weil mit § 18 Abs. 3 MStV einzig eine Kollision mit dem Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL in Betracht kommt. Nach dem Herkunftslandprinzip ist nur der Mitgliedstaat zur Regulierung der Dienste der Informationsgesellschaft befugt, in dem der Dienst niedergelassen ist. Diese Anforderung hält § 18 Abs. 3 MStV ein, weil er wegen § 1 Abs. 7 MStV nur „Bot“-Nutzer mit Sitz in Deutschland adressiert.

## (ii) Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV und Art. 15 ECRL

Bezogen auf die Pflicht für Dienstbetreiber muss Art. 15 Abs. 1 ECRL näher betrachtet werden, der durch § 7 Abs. 2 TMG in nationales Recht umgesetzt wurde.<sup>1287</sup> Danach dürfen die Mitgliedstaaten den Diensteanbietern keine allgemeine Verpflichtung auferlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

Zu den von der Norm erfassten Informationen zählen alle Angaben, die innerhalb eines Dienstes übermittelt oder gespeichert werden.<sup>1288</sup> Das Überwachungsverbot für Betreiber gilt nach seinem Wortlaut und *Telos* nur für die von Nutzern

<sup>1284</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178/1 vom 17. Juli 2000.

<sup>1285</sup> Siehe Abschnitt „Keine Ausnahme vom Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 6“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii) (1).

<sup>1286</sup> Siehe zum weiten Verständnis der Entgeltlichkeit nur *Marly*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, ECRL, Art. 2 Rn. 7.

<sup>1287</sup> § 8 Abs. 2 S. 1 TDG ist 2007 unverändert in den späteren § 7 Abs. 2 TMG übergegangen. § 5 Abs. 2 TDG wurde bereits vor Inkrafttreten der ECRL geschaffen.

<sup>1288</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23; *Spindler*, in: ders./Schmitz, TMG, Vor §§ 7–10, Rn. 30.



eingebrachten (Fremd-)Informationen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.<sup>1289</sup> Es soll verhindern, dass eine Überwachungspflicht für den Betreiber begründet wird, die zu seiner deliktischen Haftung führt.<sup>1290</sup>

Bei der Erkennung (und Kennzeichnung) von „Social Bots“ geht es jedoch nicht darum, eine rechtswidrige Tätigkeit zu erforschen oder zu überwachen. Die bloße Verwendung von „Social Bots“ ist *de lege lata* nicht rechtswidrig.<sup>1291</sup> Eine deliktsrechtliche Haftung droht den Plattformbetreibern damit schon gar nicht.

Ferner erfasst das Überwachungsverbot lediglich fremde Informationen. In den adressierten Diensten betrifft dies also die Äußerungsinhalte der Nutzer. Um die Inhalte selbst geht es bei der Kennzeichnung von „Social Bots“ gerade nicht. Denn die Nutzung eines Programms zur automatisierten Inhaltsverbreitung stellt bloß eine Modalität der Dienstnutzung dar.<sup>1292</sup> Das Überwachungsverbot aus Art. 15 Abs. 1 ECRL ist daher gar nicht betroffen.<sup>1293</sup> Anders wäre das, wenn die durch den „Bot“ verbreiteten Äußerungen der Überwachung unterlägen. Die Kennzeichnungspflichten aus dem MStV verstoßen nicht gegen Art. 15 Abs. 1 ECRL.

(iii) Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip

(§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3 ECRL

Allerdings fragt sich, ob die über das in § 1 Abs. 8 S. 1 MStV verankerte Marktortprinzip geltende Kennzeichnungspflicht für soziale Netzwerke aus § 93 Abs. 4 MStV dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL entspricht. Nach dem Marktortprinzip gilt der MStV für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen, soweit sie als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen sind. Medienintermediär ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV ein jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen. Hierzu zählen etwa soziale Netzwerke, Videosharing-Dienste, aber auch Suchmaschinen.

Nach dem Marktortprinzip sollen vom räumlichen Anwendungsbereich auch Medienintermediäre mit Sitz im Ausland, etwa in Irland,<sup>1294</sup> wie beispielhaft die Dienste *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* der nationalen Regelung unterworfen sein, wenn sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Diese Intention wird anhand der Gesetzgebungsmaterialien zum MStV deutlich, nach denen das Marktortprinzip in Ermangelung entsprechender europäischer Regelungen notwendig sei, um den Medienpluralismus sowie die kommunikative Chancengleichheit in Deutschland

<sup>1289</sup> Vgl. *Müller-Broich*, NK-TMG, § 7, Rn. 4; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 495.

<sup>1290</sup> *Hoffmann*, in: *Spindler/Schuster*, TMG, § 7 Rn. 33.

<sup>1291</sup> Siehe Abschnitt „Strafrechtliche Vorkehrungen“ unter Punkt E. II. 1.

<sup>1292</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb).

<sup>1293</sup> Vgl. *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 495. Vgl. auch *Milker*, InTeR 2017, S. 206 für Identitätskontrollen.

<sup>1294</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

sicherzustellen.<sup>1295</sup> Darüber hinaus haben die deutschen Behörden die Erstreckung des Anwendungsbereichs auch auf nicht im deutschen Hoheitsgebiet niedergelassene Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediäre im Rahmen des Notifizierungsverfahrens ausdrücklich bestätigt, nachdem die EU-Kommission ergänzende Informationen erbeten hatte.<sup>1296</sup>

Soweit es sich bei den Medienintermediären um soziale Netzwerke handelt, gilt für sie gem. § 93 Abs. 4 MStV die Kennzeichnungspflicht. Diese konfligiert daher mit dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL, wenn soziale Netzwerke ihren Sitz in einem anderen Herkunftsstaat haben.

#### (1) Keine Ausnahme vom Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 6 ECRL

Die Länder waren bei der Ausarbeitung des MStV zunächst der Auffassung, dass der Anwendungsbereich der ECRL für den MStV aufgrund von Art. 1 Abs. 6 ECRL nicht eröffnet sei.<sup>1297</sup> Nach Art. 1 Abs. 6 ECRL bleiben Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene von der ECRL unberührt, die unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen.

Ungeachtet der Frage, ob der MStV den Meinungspluralismus in hinreichender Weise fördern kann, ermöglicht die Vorschrift keinen Ausschluss vom Anwendungsbereich der Richtlinie, soweit Dienste der Informationsgesellschaft betroffen sind.<sup>1298</sup> Dies ergibt sich schon aus dem systematischen Vergleich zu Art. 1 Abs. 5 ECRL, der davon spricht, dass die Richtlinie „keine Anwendung“ auf näher bestimmte Fälle findet. Dagegen stellt Art. 1 Abs. 6 ECRL klar, dass das Gemeinschaftsrecht gewahrt werden muss, zu dem auch die Richtlinie selbst gehört. Die Vorschriften der Richtlinie sollen nicht zum Zwecke des Meinungspluralismus umgangen werden können.

Da in hiesiger Betrachtung Telemedien in Form von sozialen Netzwerken von den Kennzeichnungspflichten betroffen sind, müssen die Vorschriften der ECRL beachtet werden. Der Anwendungsbereich der ECRL ist nicht durch Art. 1 Abs. 6 ECRL ausgeschlossen.

#### (2) Herkunftslandprinzip, Art. 3 Abs. 2 ECRL

Damit unterliegen die Kennzeichnungspflichten dem Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL. Nach Art. 3 Abs. 2 ECRL dürfen andere, vom Herkunftsstaat abweichende Mitgliedstaaten der Europäischen Union den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Mit anderen Worten unterliegen die Dienste im

<sup>1295</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 4 f. Siehe ferner *Hönig d'Orville*, ZUM 2019, S. 108; *Ory*, ZUM 2019, S. 145; *Liesching*, MStV verstößt gegen EU-Recht, auf: Beck-Community, Artikel vom 29. April 2020.

<sup>1296</sup> EU-Kommission, C(2020) 2823 final, S. 4.

<sup>1297</sup> Ebd., S. 2.

<sup>1298</sup> Ebd., S. 3.

koordinierten Bereiches allein der Regulierung des Herkunftsstaates. Andere Mitgliedstaaten dürfen hier keine vom Herkunftsstaat abweichenden Regeln treffen.<sup>1299</sup> Herkunftsstaat ist dabei derjenige, in dem der Dienst niedergelassen ist. Ein Dienst der Informationsgesellschaft i. S. d. Art. 2 lit. a) ECRL ist jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Hierzu zählen Medienintermediäre wie soziale Netzwerke.

Zum sachlichen Anwendungsbereich des koordinierten Bereichs zählen nach Art. 2 lit. h) UAbs. 1 ECRL die von einem Dienst der Informationsgesellschaft zu erfüllenden Anforderungen in Bezug auf die Ausübung der Tätigkeit, etwa Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters und betreffend die Qualität oder den Inhalt des Dienstes.

Dieser Bereich erfasst auch Pflichten in Bezug auf das Betreiben von sozialen Netzwerken, etwa Kennzeichnungspflichten für die Netzwerke wie in § 93 Abs. 4 MStV. Eine Ausnahme vom koordinierten Bereich nach Art. 2 lit. h) UAbs. 2 ECRL besteht für Kennzeichnungspflichten nicht. Etwas anderes gilt vorliegend in Ermangelung einer entsprechenden Bereichsausnahme nach Art. 3 Abs. 3 ECRL i. V. m. dem Anhang der ECRL nicht.

Da das Herkunftslandprinzip kein Kollisionsrecht darstellt, bleibt das Recht der Abrufstaaten anwendbar, soweit es das Recht des Herkunftsstaates nicht einschränkt.<sup>1300</sup> Der MStV bleibt also solange anwendbar, bis seine Regelungen das Recht des Herkunftsstaates einschränken. Wann eine Maßnahme vorliegt, die das Potential aufweist, das Recht des Herkunftsstaates einzuschränken, hat der EuGH in ähnlichen Fällen weit ausgelegt.<sup>1301</sup> Da aber im Herkunftsstaat der besonders nutzerreichen Netzwerke, Irland<sup>1302</sup>, keine entsprechende netzwerkgerichtete Pflicht zur Kennzeichnung von „Bots“ besteht, liegt in jeder diesbezüglichen Pflicht eine Einschränkung der irischen Regelung – und nicht bloß das Potential einer solchen –, so auch bei der Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV.<sup>1303</sup> Das Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf der Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill<sup>1304</sup> ist noch nicht abgeschlossen, wobei auch er keine Kennzeichnungspflichten enthält, sondern bestimmte „Bot“-Verwendungen nach Part 2 Nr. 6 (1) strafbar sein sollen.

<sup>1299</sup> Vgl. hierzu schon *Nölscher*, ZUM 2020, S. 306 m. w. N.

<sup>1300</sup> EuGH ZUM-RD 2011, 657 Rn. 60 – *Martinez/eDate*. Zu den vor der Entscheidung vertretenen unterschiedlichen Positionen ausführlich *Drexel*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg*, MüKo BGB XIII, ROM-II, Art. 6, Rn. 63 ff., Rn. 66 ff., Rn. 80; *Schack*, MMR 2000, S. 63.

<sup>1301</sup> Vgl. nur EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2014, – C-678/11 –, curia, Rn. 40 f. – Kommission gegen Spanien.

<sup>1302</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1303</sup> EU-Kommission, C(2020) 2823 final, S. 5.

<sup>1304</sup> *Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas*, Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017 (150/2017). Der Entwurf befindet sich aktuell im Committee Stage (Dáil Éireann, Third Stage, 31. März 2021).

## (3) Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 4 ECRL

Gleichwohl können Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, die in Bezug auf einen „bestimmten Dienst“ der Informationsgesellschaft vom Herkunftslandprinzip abweichen, soweit die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 ECRL erfüllt sind: Dies ist der Fall, wenn die Maßnahmen dem Schutz einer der genannten Schutzgüter dienen ((a)), einen „bestimmten“ Dienst betreffen ((b)), verhältnismäßig ((c)) sind und das Verfahren ordnungsgemäß eingehalten wurde ((d)). Dass die Voraussetzungen vorliegen, haben die deutschen Behörden im Rahmen des Notifizierungsverfahrens zum MStV angenommen.<sup>1305</sup>

## (a) Legitimer (Schutz-)Zweck

Art. 3 Abs. 4 lit. a) i) ECRL zählt abschließend legitime Schutzgüter auf.<sup>1306</sup> Hierzu gehören etwa die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit und der Verbraucherschutz.

Der MStV will dagegen den Medienpluralismus sicherstellen, den der abschließende Art. 3 Abs. 4 lit. a) i) ECRL nicht ausdrücklich als Schutzzweck nennt. Dies begründet zunächst Zweifel daran, dass der MStV die Anforderung von Art. 3 Abs. 4 lit. a) i) ECRL erfüllt.

Jedoch könnte die Sicherstellung des Medienpluralismus in Deutschland dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienen.<sup>1307</sup> Dabei nennt die Richtlinienvorschrift konkretisierende Regelbeispiele, die die öffentliche Ordnung „insbesondere“ umfasst. Aber auch in dieser Aufzählung tauchen der Meinungs- und Medienpluralismus nicht auf.

Allerdings liegt nach dem EuGH ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dann vor, wenn ein Verhalten eine Gefahr für die Gesellschaft in Form von wesentlichen Grundregeln des Gemeinwesens darstelle, ohne dass das Verhalten notwendigerweise verboten sein müsste.<sup>1308</sup> Dies eröffnet die Möglichkeit, auch den Schutz des Medienpluralismus sowie einer pluralen Meinungsbildung unter den Schutz der öffentlichen Ordnung zu subsumieren, da diese Bedingungen – wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung zurecht ausführt – schlechthin konstituierend für die freiheitlich demokratische Grundordnung sind.<sup>1309</sup> Hierin liegt der legitime Zweck des MStV.

---

<sup>1305</sup> Ebd.

<sup>1306</sup> Vgl. ebd.

<sup>1307</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 4 f.

<sup>1308</sup> EuGH, Urteil vom 13. März 1984, – 16/83 –, Slg. 1984, 1299, Rn. 33 – Prantl; Urteil vom 4. Dezember 1974, – 41/74 –, Slg. 1974, 1337, 1350 – van Duyn ./ Home Office.

<sup>1309</sup> Dies hat die EU-Kommission in ihrer Mitteilung offengelassen, vgl. ebd. Siehe hingegen BVerfGE 10, 118, 121 – FDJ; 7, 198, 208 – Lüth.

(b) Betroffenheit „eines bestimmten Dienstes“ der Informationsgesellschaft

Ferner müsste der MStV einen „bestimmten“ Dienst der Informationsgesellschaft betreffen, der diesen legitimen Zweck beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieses Zwecks darstellt, Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL. Da der Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL eine Maßnahme nur gegen einen „bestimmten Dienst“ ermöglicht, stellt sich allgemein die Frage, ob die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 4 ECRL auf nationale Gesetze Anwendung finden kann. Hierfür muss geklärt werden, wie der Begriff eines „bestimmten Dienstes“ auszulegen ist. Diese Frage wurde zuletzt auch im Kontext der Unionsrechtmäßigkeit des NetzDG diskutiert.<sup>1310</sup>

Dabei geht die überwiegende Ansicht der Literatur davon aus, dass sich die Ausnahme nur auf konkret-individuelle Verwaltungsmaßnahmen, nicht aber auf abstrakt-generelle Rechtsätze anwenden lasse.<sup>1311</sup> Diese Annahme lässt sich auf den ersten Blick mit der Ansicht der Kommission in einer Mitteilung aus dem Jahr 2003 stützen, nach der Abrufstaaten etwa Mahnungen oder Zwangsgelder aussprechen könnten, wenn nichtharmonisierte Dienste angeboten würden.<sup>1312</sup> Dagegen sei es nicht zulässig, wenn ein Mitgliedstaat auf Grundlage von Art. 3 Abs. 4 ECRL die Gesamtheit seiner Rechtsvorschriften allgemein und horizontal auf alle Dienste anwendete, zu denen die Einwohner dieses Staates Zugang hätten.<sup>1313</sup> Nur ein solches Verständnis wirke einer Rechtzersplitterung durch einzelstaatliche Regulierung entgegen und fördere damit das mit der Richtlinie intendierte Ziel der Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes.<sup>1314</sup> Nach dieser Ansicht wäre der MStV mit seinen abstrakt-generellen Pflichten nicht von der Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL erfasst.

Die Gegenansicht geht indes davon aus, dass die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL auch bei Gesetzen greife.<sup>1315</sup> Dies bedeutete, dass eine Maßnahme auch abstrakt-generell sein, sich folglich an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen richten dürfte. Nach dieser Auffassung wären die an alle Medienintermediäre gerichteten Vorschriften des MStV von Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL erfasst.

<sup>1310</sup> Siehe *Cornils*, NJW 2021, S. 2466 m. w. N.; *Spindler*, ZUM 2017, S. 477; *Nölscher*, ZUM 2020, S. 307 ff.

<sup>1311</sup> Siehe statt vieler nur *Martini*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV, § 1 Rn. 74; *Hoven/Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), NetzDG, § 1 Rn. 9 m. w. N.; *Liesching*, MMR 2020, S. 3. Zurückhaltender *Nölscher*, ebd.

<sup>1312</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und die Europäische Zentralbank, Anwendungen von Art. 3 Abs. 4 bis 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf Finanzdienstleistungen vom 14. Mai 2003, KOM(2003) 259 endg., 5.

<sup>1313</sup> Ebd.

<sup>1314</sup> Vgl. *Spindler*, ZUM 2017, S. 473, S. 476; *Nordmeier*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, TMG, § 3 Rn. 18 ff. Andere Ansicht hingegen Generalanwalt *Villalón* in seinen Schlussanträgen vom 29. März 2011, – C-509/09 und C-161/10 –, Rn. 80 – eDate Advertising. Offengelassen in EuGH GRUR 2011, 243, 246 Rn. 76 – Ker-Optika.

<sup>1315</sup> *Schwartmann/Mühlenbeck*, ZRP 2020, S. 172. In diese Richtung, wenngleich im Ergebnis offengelassen VG Köln MMR 2022, 330, 336 Rn. 71 ff.

Für die erstgenannte Ansicht spricht *prima facie* der Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL, nach dem sich die Maßnahme an einen „bestimmten“ Dienst richten muss. Streng hieran orientiert scheint damit ein einzelner im konkreten Fall betroffener Dienst gemeint zu sein. Diesem Verständnis lässt sich indes eine abstrahierte Auslegung des Wortlautes entgegenhalten, nach der von dem Begriff eines bestimmten Dienstes ein Tätigkeitstypus im Sinne einer Gruppe von Anbietern erfasst sein könnte. Letztere Auslegung vertrat die Bundesregierung im Rahmen des Notifizierungsverfahrens zum NetzDG.<sup>1316</sup>

Gegen ein solch abstrahiertes Verständnis werden häufig die romanischen Sprachfassungen der Vorschrift ins Feld geführt, in denen der verwendete Singular verdeutliche, dass nur von einem konkreten (frz. „à l'égard d'un service donné“, ital. „per quanto concerne un determinato servizio“, span. „respecto de un determinado servicio“) und nicht von mehreren Diensten die Rede sei.<sup>1317</sup> Jedoch sind die romanischen Sprachfassungen genauso abstrakt und unbestimmt gefasst wie die deutsche. Allein die Formulierung im Singular, die die deutsche Fassung im Übrigen auch verwendet, führt noch nicht dazu, dass jeweils nur ein bestimmter Dienst hierunter zu verstehen ist. Möglich bleibt – wie gesehen –, dass ein abstrakter Diensttypus gemeint ist. Insoweit dringt der Vergleich mit anderen Sprachfassungen nicht durch.<sup>1318</sup>

Gleichwohl spricht eine systematische Betrachtung zwischen Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 ECRL dafür, dass die Ausnahme aus Abs. 4 nur konkret-individuelle Maßnahmen zulässt. Denn abstrakt-generelle Rechtsätze begründen eher Bereichsausnahmen, die dem Art. 3 Abs. 3 ECRL unterliegen. Ferner deutet der systematische Zusammenhang der Tatbestandsvoraussetzungen aus Art. 3 Abs. 4 lit. a) ECRL zur Verfahrensvorschrift aus lit. b) an, dass das konkrete Verhalten eines einzelnen Dienstes in Rede stehen muss.<sup>1319</sup> Denn bevor der Abrufstaat eigene Maßnahmen ergreift, muss er den Herkunftsstaat zur Vornahme solcher auffordern. Der Herkunftsstaat soll dann prüfen, ob er Maßnahmen ergreift, was eher dafürspricht, dass ein konkreter Fall eines bestimmten Dienstes vorliegen muss, nicht eine abstrakte, bloß mögliche Fallgestaltung im Zusammenhang mit einem Diensttypus.<sup>1320</sup>

Allerdings bedeutet das bei genauerem Hinsehen – entgegen der Ansicht der Kommission von 2003 – gerade nicht, dass keine abstrakt-generelle Regelung für alle einer Dienstkategorie angehörigen Anbieter getroffen werden dürfte. Vielmehr dürfe sie nur nicht abstrakt auf eine Vielzahl von Verhalten aller der Kategorie zugehörigen Dienste angewendet werden, ohne das Herkunftslandprinzip zu beach-

<sup>1316</sup> Vgl. BReg, Begründung des Gesetzentwurfs zum NetzDG, S. 14.

<sup>1317</sup> So beispielsweise Spindler, ZUM 2017, S. 477. Vollständig heißt es im Französischen aber: „Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies.“

<sup>1318</sup> Nölscher, ZUM 2020, S. 307.

<sup>1319</sup> Ebd.; Spindler, ZUM 2017, S. 476; Hoeren, NetzDG europarechtswidrig, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 30. März 2017.

<sup>1320</sup> Vgl. Nölscher, ebd.



ten. Hierfür sprechen schon rechtstaatliche Grundsätze, die nach Art. 2 EUV die Grundlage der Europäischen Union bilden. Eine konkret-individuelle Maßnahme darf nur aufgrund von oder durch Gesetz vorgenommen werden, da ein staatliches Handeln ohne Gesetz Willkür darstellt. Einzelfallgesetze sind grundsätzlich rechtstaatlich unzulässig.

Nichtsdestoweniger muss sich nach Ansicht der Kommission jede auf Grundlage eines Gesetzes getroffene konkret-individuelle Maßnahme, etwa ein wegen Verletzung der Kennzeichnungspflicht verhängtes Bußgeld nach § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 45 MStV, an den Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 ECRL messen lassen. Dies könnte einen enormen Arbeitsaufwand für die Kommission bedeuten, die über jede einzelne Maßnahme nach dem MStV wachen müsste. Es wirkte insoweit entlastend, unterstellte man ein Gesetz, das Einzelfallmaßnahmen ermöglicht, als solches der Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL. Diese prozessökonomische Erwägung hilft jedoch nicht darüber hinweg, dass der Zweck des unter Umständen arbeitsintensiven Überprüfungsmechanismus gerade darin liegt, eine einheitliche Rechtsanwendung im Binnenmarkt zu gewährleisten. Daher spricht einiges dafür, dass Art. 3 Abs. 4 ECRL eine einfallbezogene Schutzklausel darstellen sollte, die keine abstrakt-generellen Regelungen zulässt und mithin auch keine Vielzahl von Anbietern eines Dienstypus adressiert.<sup>1321</sup>

Hinsichtlich der MStV-Regelungen ließe sich allenfalls noch ein Vergleich zur Allgemeinverfügung i. S. d. § 35 S. 2 VwVfG anstellen. Eine solche stellt eine konkret-generelle Maßnahme dar, die wie ein Verwaltungsakt als konkret-individuelle Maßnahme einer Behörde behandelt wird. Allgemeinverfügungen erfassen zwar einen konkreten Fall, sind aber an einen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis (adressatenbezogen, Var. 1) oder auf die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit (nutzungsbezogen, Var. 3) gerichtet, wie beispielhaft Verkehrsschilder konkrete Handlungen für jeden Straßenverkehrsteilnehmer des konkreten Streckenabschnitts anordnen. Wenn die an soziale Netzwerke gerichtete Kennzeichnungspflicht des MStV in der Auslegung des autonomen Europarechts eine solch konkret-generelle Regelung darstellte, könnte das dazu führen, dass sie entsprechend § 35 S. 2 VwVfG wie ein konkret-individueller Akt zu behandeln wäre und daher die Voraussetzung von Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL erfüllte.

Vorliegend handelt es sich bei den Vorschriften des MStV zwar grundsätzlich um Regelungen, die aufgrund der Zustimmungsgesetze der Länder Gesetzesqualität erlangt haben. Diese Rechtsätze müssen grundsätzlich abstrakt-generell sein.

<sup>1321</sup> Vgl. zum Ganzen *Nölscher*, ebd., S. 308 mit Verweis auf *Spindler*, ZUM 2017, S. 476; *Feldmann*, K&R 2017, S. 296; *Liesching*, MMR 2018, S. 29; *Hoeren*, NetzDG europarechtswidrig, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 30. März 2017. Offengelassen hingegen von *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2581 f. Dagegen auf Grundlage von § 3 Abs. 5 TMG und § 4 Abs. 2 TDG aber BGH ZUM-RD 2006, 373, 376 f. – Arzneimittelwerbung im Internet; OLG Hamburg MMR 2010, 185, 186 – gratis SMS.



Dagegen ließe sich mit Blick auf die Allgemeinverfügung vorbringen, dass die Regelungen des MStV nicht vollständig an die Allgemeinheit, sondern jeweils an einen klar bestimmbar Personenkreis, etwa Anbieter sozialer Netzwerke oder Telemedienbetreiber, gerichtet sind. Ferner ließe sich mit Blick auf die Kennzeichnungspflicht argumentieren, dass ein konkreter Fall in den Blick genommen wird, namentlich die Verbreitung von Inhalten unter Zuhilfenahme eines „Bots“.

Dennoch verfängt dieses Argument auf mehreren Ebenen nicht: Erstens zählen Allgemeinverfügungen zu den Handlungsmöglichkeiten der Exekutive, nicht der Legislative. Auch die Legislative richtet ihre Gesetze ebenfalls nicht immer an jedermann, sondern sehr oft an bestimmbar Personenkreise. Zweitens richten sich die Regelungen des MStV auch nicht auf einen konkreten Fall. Es geht hier nicht wie beim genannten Straßenschild um die Nutzung der konkreten Straße oder – mit Blick auf die Kennzeichnungspflichten – um „Bot“-Inhalte in einem konkreten sozialen Netzwerk, sondern vielmehr um den abstrakten Fall der Inhaltsverbreitung durch „Bots“ in jedwedem sozialen Netzwerk. Es liegt insoweit schon keine dem Anwendungsbereich der Allgemeinverfügung unterfallende Fallgestaltung vor. Ein anderes Verständnis verwischte die Grenzen von Gesetzen und Allgemeinverfügungen.

Es kann also nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass der MStV abstrakt-generelle Pflichten begründet, wie etwa die Kennzeichnungspflicht für soziale Netzwerke, die die dargestellte Auffassung der Kommission unterwandern.

Trotz der ursprünglich mit dem Herkunftslandprinzip verfolgten Zielsetzung stellen sich im Rahmen der Anwendung der ECRL auf heutige Kommunikationsstrukturen Bedenken ein. Es drängen sich zwei grundsätzliche Fragen auf: Zum Ersten fragt sich, ob das Herkunftslandprinzip sein Ziel, die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes, überhaupt noch erreichen kann. Zwar soll grundsätzlich nur der Herkunftsstaat eine Regulierung treffen, um eine Rechtszersplitterung zu vermeiden und Rechtssicherheit für den Diensteanbieter zu schaffen. Rechtssicherheit für den Anbieter bedeutet nicht auch Rechtssicherheit für den Nutzer, was den Binnenmarkt ebenfalls nachhaltig stören kann. Das Herkunftslandprinzip eröffnet dabei die Möglichkeit, dass jedes Herkunftsland seine jeweils eigene Regulierung trifft, über die die Abrufstaaten nicht hinausgehen dürfen. Anbieter gleicher Dienstart aus verschiedenen Herkunftsstaaten könnten damit unterschiedlichen Regelungen unterstehen, obwohl die entgrenzten Informationsdienste – ungeachtet ihrer Niederlassung – alle Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffen. Das Herkunftslandprinzip sichert also den von ihm intendierten einheitlichen Rechtsrahmen nicht restlos ab; im Gegenteil ermöglicht es zersplitterte nationale Regulierungen zugunsten von Rechtsunsicherheit. Das Herkunftslandprinzip selbst ist damit zur Erreichung seines originären Zwecks im Rahmen der heutigen Internetkommunikationsbedingungen nur bedingt geeignet.<sup>1322</sup>

<sup>1322</sup> Nölscher, ebd., S. 309.

Um tatsächlich einen einheitlichen Binnenmarkt sicherzustellen, wurden in anderen Bereichen, etwa dem Verbraucherschutzrecht, einheitliche, vollharmonisierende Vorschriften vonseiten der Europäischen Union erlassen.<sup>1323</sup> Den Zweck des Herkunftslandprinzips als Argument gegen eine abstrakt-generelle Regulierung des Abrufstaates, wie sie durch den MStV vorgenommen wurde, anzuführen, überzeugt also nicht vollständig.<sup>1324</sup>

Zum Zweiten ist fraglich, wie der von der ECRL bezweckte, angemessene Grundrechtsschutz im Zeitalter von stark gewandelten Kommunikationsmodalitäten sichergestellt werden soll, wenn das Herkunftslandprinzip fort gilt, die Herkunftsstaaten sich den neuen Gefahrenlagen aber nicht in gleicher Weise annehmen. Zwar hat sich die Europäische Union dieser Problematik mittlerweile mit Art. 28b AVMD-RL (2018) angenommen und einfache Standards festgelegt, die die Herkunftsstaaten zugunsten eines angemessenen Rechtsschutzes sicherstellen müssen. Jedoch gilt diese Vorschrift nur für die speziellen Videosharing-Dienste, so dass weiterhin das Fehlen einer einheitlichen Rechtsetzung im Binnenmarkt beklagt werden muss. Außerhalb dieser speziellen Dienste, und damit insbesondere auf herkömmliche soziale Netzwerke, gelangt bloß die ECRL zur Anwendung.<sup>1325</sup>

Um die von der ECRL intendierten Zwecke – einheitlicher Binnenmarkt und angemessener Grundrechtsschutz – erreichen zu können, muss die Richtlinie aufgrund der neu entstehenden grundrechtlichen Spannungsfeldern, die sich durch die wandelnden Gefahrenlagen im Rahmen des ständigen technischen Fortschritts entwickeln, funktional ausgelegt werden.<sup>1326</sup> Die ECRL ist im Jahr 2000 entstanden und damit zu einer Zeit, als es noch keine den heutigen sozialen Netzwerken wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* vergleichbaren digitalen Kommunikationszentren gab. Die Evolution des Internets vom einstigen Konsumnetz hin zum heute ubiquitären „Mitmach-Web“, in dem jeder Nutzer als „Prosument“ tätig werden kann, war für den europäischen Gesetzgeber damals noch nicht vorhersehbar. Denn „Mitmach-Medien“ waren kaum oder, wenn überhaupt, nur fragmentarisch vorhanden. Die ECRL nahm soziale Medien, wie sie heute allgemein bekannt sind, noch gar nicht in den Blick. Vielmehr waren solche Dienste Leitbild für die Richtlinie, in denen – anders als dies in den sozialen Netzwerken heute möglich

<sup>1323</sup> Vgl. die Erwägungsgründe 3–7 und 65 der ECRL sowie Art. 1 der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2011 L 304/64 vom 22. November 2011). Zum Ganzen *Nölscher*, ZUM 2020, S. 308 f.

<sup>1324</sup> Vgl. *Nölscher*, ebd., S. 308.

<sup>1325</sup> Zum Begriff des Videosharing-Dienstes siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste, § 97 S. 2, § 1 Abs. 8 S. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. c).

<sup>1326</sup> In diese Richtung auch *Eifert*, in: ders./Gostomzyk, Netzwerkrecht, S. 24; *Nölscher*, ZUM 2020, S. 309.

ist – Inhalte keine besondere Breiten- und Perpetuierungswirkung erreichen. Die meisten Dienste wirkten ausschließlich oder weit überwiegend in ihrem Herkunftsstaat. Die Einhaltung der Regeln anderer Abrufstaaten hätte sie unter Umständen vor besondere Probleme gestellt, so dass das Herkunftslandprinzip gewissermaßen ihre Existenz absicherte.<sup>1327</sup>

Anders als die Dienste früher sind die sozialen Netzwerke heutzutage unausweichlicher und zentraler Bestandteil der Kommunikationslandschaft mit besonderer gesellschaftlicher Verantwortung, was nun auch der europäische Gesetzgeber ausdrücklich anerkennt.<sup>1328</sup> Indem sie fremde Inhalte über ihre Algorithmen filtern, tragen sie aktiv zur Meinungsbildung bei. Für bestimmte Inhalte entsteht dadurch eine gesteigerte Breitenwirkung innerhalb zugehöriger sozialer Präferenzgruppen. Dieser Wandel könnte – gerade auch wegen des unbestimmten Wortlauts von Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) E-Commerce-Richtlinie – für ein verändertes, an die neuen Gegebenheiten funktional angepasstes Verständnis der Ausnahmevorschrift sprechen.<sup>1329</sup> Im Rahmen dieser Auslegung darf das intendierte Ziel des Herkunftslandprinzips, die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes, zwar nicht völlig außer Acht gelassen werden. Jedoch vermag das Prinzip diesen Zweck sowieso nicht effektiv abzusichern, so dass gute Gründe dafürsprechen, den angemessenen Grundrechtsschutz als ebenbürtiges Ziel im Rahmen der Abwägung gegenüber dem Herkunftslandprinzip als vorrangig zu erachten.<sup>1330</sup>

Hiergegen ließe sich wiederum mit dem Gegenschluss zu Art. 28a Abs. 1 und Abs. 5 AVMD-RL (2018) argumentieren, mit denen die Geltung des Herkunftslandprinzips gerade für Video-Sharing-Plattformen als eine besondere Form der sozialen Netzwerke nochmals ausdrücklich bekräftigt wurde. Jedoch betreffen diese Vorschriften nur die genannten speziellen Dienste. Die gewandelte Auslegung des Art. 3 Abs. 4 ECRL begründet hierbei auch nicht die Gefahr, dass das für Video-Sharing-Plattformen eigens in Art. 28a AVMD-RL (2018) bestätigte Herkunftslandprinzip durch die Rechtsetzung der Mitgliedstaaten vollständig aus den Angeln gehoben wird. Denn Art. 28b AVMD-RL (2018) reagiert bereits auf die neuen Spannungsfelder, indem er besondere Vorkehrungen zum Schutz eines angemessenen Grundrechtsschutzes festlegt, wodurch grundsätzlich keine abstrakt-generellen Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips zugunsten eines solchen mehr nötig sein dürften.<sup>1331</sup>

<sup>1327</sup> *Nölscher*, ebd.

<sup>1328</sup> Vgl. Erwägungsgrund 56 DSA (Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1 vom 27. Oktober 2022; Erwägungsgrund 4 TerrOIB-VO (Verordnung (EU) 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABl. L 172/79 vom 17. Mai 2021); COM(2018) 226 final, S. 1.

<sup>1329</sup> Im Zusammenhang mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz, *Nölscher*, ZUM 2020, S. 309.

<sup>1330</sup> Ebd.

<sup>1331</sup> Ebd., S. 310.

Entsprechend dieser Maßstäbe handelte die Kommission jüngst auch, indem sie das NetzDG im Rahmen des Notifizierungsverfahrens unbeanstandet ließ und sich nicht gegen die Auslegung der Bundesregierung wandte.<sup>1332</sup> Ihre bloße Enthaltung lässt ein Gesetz zwar nicht europarechtskonform werden. Gleichwohl hätte die Kommission auf Grundlage ihres ursprünglichen Standpunktes zur Auslegung der Vorschrift des Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL auch das NetzDG beanstanden müssen. So beanstandete sie etwa den am 30. März 2020 vorgelegten Entwurf des Gesetzes zur Änderung des NetzDG zumindest in Bezug auf die auch für Video-Sharing Plattformen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten geltenden Regelungen aufgrund der für diese Dienste zuvor geschaffenen harmonisierenden unionsrechtlichen Regelungen der geänderten Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste.<sup>1333</sup> Im Übrigen hat auch Frankreich im Jahr 2018 ein Gesetz gegen „Fake News“<sup>1334</sup> erlassen, dessen abstrakt-generelle Pflichten ebenfalls soziale Netzwerke betreffen. Beanstandungen vonseiten der EU-Kommission erfolgten hierzu nicht. Diese Entwicklung verstärkt insoweit den Verdacht, dass nunmehr ein gewandeltes Verständnis der Vorschrift besteht.

In diese Richtung deutet nunmehr auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH. Dieser hatte es als authentischer Interpret des Unionsrechts zwar lange Zeit vermieden, den Begriff auszulegen.<sup>1335</sup> In seinem jüngeren Urteil zur *grenzüberschreitenden Online-Werbung für Arzneimittel* aus dem Jahr 2020 erklärte er jedoch die von ihm im Vorabvorlageverfahren überprüften Vorschriften als mit Art. 3 Abs. 4 ECRL vereinbar, ohne die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 4 ECRL überhaupt zu thematisieren.<sup>1336</sup> Insoweit ließe sich ebenso argumentieren, dass der EuGH, gerade weil er sich zur Auslegung des Begriffs eines bestimmten Dienstes nie positionierte, in ständiger Rechtsprechung von der Anwendbarkeit der Ausnahmevorschrift des

<sup>1332</sup> Notifizierungsverfahren 2017/0127/D – SERV60. Im Notifizierungsverfahren wird der Begriff „Netzdurchführungsgesetz – NetzDG“ verwendet. Siehe ferner die Sternchenfußnote in der Verkündung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 1. September 2017, BGBl. I, S. 3352. *Schwartmann*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S. 5, S. 8. Siehe statt vieler Berichtserstattungen nur *Briegleb*, Netz-DG: EU-Kommission begrüßt deutsches Vorgehen gegen Hate Speech, 9. Juni 2017; COM(2018) 226 final, S. 2.

<sup>1333</sup> Vgl. EU-Kommission, TRIS/(2020) 01101 zum Notifizierungsverfahren 2020/174/D.

<sup>1334</sup> Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Siehe auch das jüngere Gesetz gegen Hass im Internet, Assemblée Nationale, n°2019-310 (Proposition de Loi visant à lutter contre la haine sur internet), Texte adopté le 9 juillet 2019.

<sup>1335</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019, – C-390/18 – Airbnb Ireland = MMR 2020, 171, 175 Rn. 99; Urteil vom 2. Dezember 2010, – C-108/09 – Ker-Optika = GRUR 2011, 243, 246 Rn. 76.

<sup>1336</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, – C-649/18 – Grenzüberschreitende Online-Werbung für Arzneimittel = GRUR 2020, 1219, 1225 Rn. 115.

Art. 3 Abs. 4 ECRL auch auf nationale Gesetze auszugehen scheint.<sup>1337</sup> Schließlich hatte er diese Frage nie ausdrücklich als nicht entscheidungserheblich offengelassen, sondern sich ihr schlicht mit keinem Wort gewidmet.

Nach alledem ist das funktional gewandelte Verständnis des Begriffs eines bestimmten Dienstes vorzugswürdig.<sup>1338</sup> Hiernach sind auch die an die sozialen Netzwerke mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gerichteten Kennzeichnungspflichten nach § 93 Abs. 4 i. V. m. § 1 Abs. 8 MStV von der Ausnahmenvorschrift des Art. 3 Abs. 4 lit. a) ii) ECRL erfasst.

### (c) Angemessenheit

Weiterhin müsste die Kennzeichnungspflicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr beabsichtigten Schutzziel stehen. Weil ein Mitgliedstaat mit einer solchen Ausnahme Unionsrecht durchführt, ist wegen Art. 51 Abs. 1 GrCh der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta eröffnet, so dass die Abwägung anhand von Unionsgrundrechten erfolgt. Dabei steht der Schutz einer unverzerrten transparenten Meinungsbildung der Unternehmerfreiheit der Netzwerkbetreiber aus Art. 16 GrCh sowie der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 11 Abs. 1 GrCh gegenüber.

Das Interesse an einer transparenten Meinungsbildung im anonymen und durch „Social Bots“ beeinflussten „Mitmach-Web“ ist nicht zuletzt in demokratischen Zusammenhängen entsprechend der obigen Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Angemessenheit besonders schutzwürdig. Für die Glaubhaftigkeit einer Aussage ist maßgebend, dass der Rezipient weiß, ob eine Aussage von einem Menschen oder durch einen „Bot“ verbreitet wurde. Diese Voraussetzung für eine selbstbestimmte Meinungsbildung ermöglicht die Kennzeichnungspflicht. An ihr besteht mithin ein hohes Interesse.<sup>1339</sup>

Die widerstrebende unionsgrundrechtliche Unternehmerfreiheit der Netzwerkbetreiber aus Art. 16 GrCh schützt das Verfolgen von wirtschaftlichen Interessen durch das Anbieten von Waren und Dienstleistungen, was die Ausübung einer Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb umfasst.<sup>1340</sup> Sie gewährleistet auch die Dispositionsfreiheit, also die Freiheit, unternehmerische Planungs- und Grundsatzentscheidungen zu treffen. Zum Verfolgen wirtschaftlicher Interessen durch Anbieten von Dienstleistungen zählt auch das Anbieten von „Hosting“-Diensten wie sozialen Netzwerken.<sup>1341</sup> Die geschützte Dispositionsfreiheit über unternehmerischen Entscheidungen erfasst dabei grundsätzlich auch die Wahl darüber, ob man Beiträge, die durch bestimmte Kommuni-

<sup>1337</sup> In diese Richtung wohl VG Köln MMR 2022, 330. 336 Rn. 74 ff. Ferner Schlussanträge GA Villalón vom 29. März 2011, – C-509/09 und C-161/10 –, Rn. 80 – eDate Advertising.

<sup>1338</sup> Zurückhaltender noch Nölscher, ZUM 2020, S. 310.

<sup>1339</sup> Siehe Abschnitt „Unverzerrte Meinungsbildung“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4) (a).

<sup>1340</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Oktober 2013, – C-101/12 –, curia, Rn. 25 – Schaible.

<sup>1341</sup> Vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 81, Rn. 97 – Google Spain.

kationsmittel, etwa „Bots“, verbreitet wurden, kennzeichnet. Gleichwohl handelt es sich bei der netzwerkgerichteten Kennzeichnungspflicht nach § 93 Abs. 3 MStV nur um einen geringinvasiven Eingriff, der nur wenige Anforderungen an das Netzwerk stellt.<sup>1342</sup> Die Belange der Berufsausübungsfreiheit überwiegen das Interesse an der Absicherung einer unverzerrten Meinungsbildung daher nicht.

Die Meinungsfreiheit aus Art. 11 Abs. 1 GrCh schützt dabei nicht bloß die Äußerung einer Meinung, sondern auch die Wahl ihrer Verbreitungsmodalitäten.<sup>1343</sup> Damit wird sowohl der Einsatz eines „Bots“ geschützt als auch die Wahl darüber, ob und welche Kundgabemodalitäten preisgegeben werden. Diese Modalitätenwahl-freiheit ist durch eine Kennzeichnungspflicht zumindest eingeschränkt, da jedenfalls ein Hinweis erfolgen muss, dass eine Äußerung durch einen „Bot“ verbreitet wurde. Jedoch stellen „Bot“-Beiträge im Vergleich zu den von Menschen unmittelbar getätigten Äußerungen strukturell ungleiche Aussagen dar, die eine Unterscheidung zum Zwecke einer unverzerrten Meinungsbildung rechtfertigen. Dabei hat in aller Regel nur derjenige ein Interesse an der Verschleierung der Eigenschaft des zur Verbreitung von Äußerungen eingesetzten „Bots“, der ihn missbräuchlich verwenden will.<sup>1344</sup> Eine derartige Verwendung ist jedoch nicht schutzwürdig.

Die Abwägung verläuft entsprechend der obigen Darstellung zur grundrechtlichen Angemessenheit der Kennzeichnungspflicht, mit denen die Angemessenheit der netzwerkgerichteten Pflicht bereits festgestellt wurde, so dass hier weitere Ausführungen unterbleiben.<sup>1345</sup>

#### (d) Verfahrensvorschriften

Nach Art. 3 Abs. 4 lit. b) ECRL muss der Mitgliedstaat vor Ergreifen der betreffenden Maßnahmen den Herkunftsstaat auffordern, Maßnahmen zu ergreifen. Erst wenn dieser dem Ersuchen nicht oder nur mit unzulänglichen Maßnahmen Folge geleistet hat, darf der Abrufstaat Maßnahmen selbst ergreifen. Zuvor hat der Abrufstaat die Kommission und den Herkunftsstaat über seine Absicht, derartige Maßnahmen zu ergreifen, zu unterrichten.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der deutsche Staat hat den irischen nicht zur Ergreifung von Maßnahmen zur Kennzeichnung von „Bots“ aufgefordert. Weder in den Gesetzgebungsmaterialien zum MStV noch in den Unterlagen zum Notifizierungsverfahrens noch auf die ausdrückliche Aufforderung EU-Kommission zum Nachliefern von Informationen für Letzteres hat Deutschland Angaben dazu gemacht, ob oder wie Deutschland den Herkunftsstaat Irland

<sup>1342</sup> Siehe Abschnitt „Berufsausübungsfreiheit der Dienste, Art. 12 Abs. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4) (c).

<sup>1343</sup> Vgl. *v. Coelln*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 11 Rn. 17 m. w. N.

<sup>1344</sup> Siehe Abschnitt „Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4) (b).

<sup>1345</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4).



zum Ergreifen von Kennzeichnungspflichten aufgefordert und über seine Absicht aufgeklärt hat, selbst Kennzeichnungspflichten zu erlassen.<sup>1346</sup> Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass ein entsprechendes Verfahren nicht durchlaufen wurde.

Zwar ließe sich argumentieren, dass der Herkunftsstaat trotz des seit vielen Jahren offenkundigen Einflusses von „Social Bots“ in sozialen Netzwerken keine Gegenmaßnahmen zum Schutz der freien Meinungsbildung ergriffen hat. In diesem Unterlassen liegt eine umfängliche Unzulänglichkeit i. S. d. Art. 3 Abs. 4 lit. b) ii) ECRL. Dies hilft jedoch nicht dem Umstand ab, dass Deutschland den Herkunftsstaat hätte auffordern müssen. Eine Ausnahme für Fälle der Offenkundigkeit eines bestehenden Problems besteht nach der ECRL nicht.

Eine Ausnahme von dem vorgegebenen Verfahren sieht nur Art. 3 Abs. 5 ECRL vor, wenn eine Eilbedürftigkeit vorliegt. Eine solche ist hier nicht ersichtlich. Aber selbst dann hätten entsprechende Begründungen gegenüber der Kommission und dem Herkunftsstaat alsbald nach dem Ergreifen der Maßnahmen erfolgen müssen. Auch dies ist nicht geschehen.

(e) Ergebnis: Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 4 ECRL

Der Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 4 ECRL ist hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip aus § 93 Abs. 4 i. V. m. § 1 Abs. 8 MStV – zumindest – wegen der Verfahrensverstöße gegen Art. 3 Abs. 4 lit. b) ECRL nicht erfüllt.

(4) Ergebnis: Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3 ECRL

Die netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip des § 1 Abs. 8 S. 1 MStV ist unionsrechtswidrig und gelangt daher gegenüber sozialen Netzwerken mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten nicht zur Anwendung. Dies bedeutet, dass die Pflicht gegenüber den großen sozialen Netzwerken mit Sitz in Irland nicht anwendbar ist.<sup>1347</sup>

(iv) Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 und 3 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) und Art. 28a AVMD-RL (2018)

Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018) ordnet deklaratorisch für spezielle Videosharing-Dienste an, dass diese Dienste nur der Regulierung des Herkunftsstaates unterliegen. Das Herkunftslandprinzip gilt demgemäß auch für sie.

<sup>1346</sup> EU-Kommission, C(2020) 2823 final, S. 5 f.

<sup>1347</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.



Gem. Art. 1 Abs. 1 lit. b) aa) AVMD-RL (2018) ist ein Videosharing-Dienst eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder eines trennbaren Teils der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze i. S. d. Art. 2 lit. a) der Rahmenrichtlinie<sup>1348</sup> zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Tagging und Festlegung der Abfolge.

§ 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV folgt dieser Legaldefinition. Dabei gilt der MStV gem. § 1 Abs. 8 S. 3 Hs. 1 MStV für Videosharing-Dienste in Bezug auf die Zwecke der §§ 97–99 MStV nur, wenn die Dienste nach dem Telemediengesetz in Deutschland niedergelassen sind. Dies entspricht zunächst dem Herkunftslandprinzip.

Allerdings gilt für alle anderen Pflichten gem. § 1 Abs. 8 S. 1, S. 3 Hs. 2 MStV das Marktortprinzip.<sup>1349</sup> Zu diesen anderen Pflichten gehört wegen § 97 S. 2 MStV auch die Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV. Diese gilt damit auch für Videosharing-Dienste mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, wenn sie gleichfalls soziale Netzwerke darstellen. Der MStV definiert den Begriff des sozialen Netzwerks dabei nicht näher, so dass der Frage nachzugehen wäre, wie sich diese von Video-sharing-Diensten unterscheiden. Übertrüge man im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung aber den Begriff des sozialen Netzwerks aus § 1 Abs. 1 NetzDG, so erfasst er alle Telemedienanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen. Diese Voraussetzungen erfüllen Videosharing-Dienste i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV, Art. 1 Abs. 1 lit. b) aa) AVMD-RL (2018) in aller Regel auch, wobei Letztere *qua* Unionsrecht nicht gewinnorientiert sein müssen. Das bloße Abweichen von der unionsrechtlichen Begriffsbestimmung in Bezug auf die Kennzeichnungspflichten stellt dabei noch keinen Verstoß gegen Unionsrecht dar, da das Unionsrecht keine solche Kennzeichnungspflicht für die nicht gewinnorientierten Videosharing-Dienste bereithält. Insbesondere bei den nutzerreichen bekannten Diensten wird die für Videosharing-Dienste nicht erforderliche Gewinnerzielungsabsicht aber ohnehin vorliegen.<sup>1350</sup> § 97 S. 2 i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV § 1 Abs. 8 S. 3 Hs. 2 MStV erfasst damit auch die Dienste *YouTube* und *TikTok*, weil sie soziale Netzwerke sind und ihren Sitz in

<sup>1348</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108/33 vom 24. April 2002.

<sup>1349</sup> So auch *Martini*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV, § 1 Rn. 79.

<sup>1350</sup> Vgl. auch *Cornils*, NJW 2021, S. 2469. Ferner Abschnitt „Stellungnahme zum Schutz des Vermittlungsaktes durch die Meinungsfreiheit“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (ii) (2).

Irland haben.<sup>1351</sup> Auch diese Anordnung verletzt – soweit der Videosharing-Dienst ein soziales Netzwerk darstellt und seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat – das Herkunftslandprinzip.

(v) Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste (§ 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV) und Art. 28b AVMD-RL (2018)

Es bestehen keine Bedenken daran, dass die Kennzeichnungspflicht den materiellen Anforderungen von Art. 28b AVMD-RL (2018) für Videosharing-Dienste genügt. So gilt nach Art. 28b Abs. 5 AVMD-RL (2018) etwa Art. 15 ECRL. Ein Verstoß gegen diesen löst die bloße Pflicht zur Kennzeichnung von durch „Social Bots“ verbreiteten Inhalten nicht aus.<sup>1352</sup>

Im Übrigen ist die Richtlinie von der Kennzeichnungspflicht nicht betroffen. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nur dazu, angemessene Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Entfernen bestimmter rechtswidriger Inhalte für Videosharing-Dienste, nicht aber zur Kennzeichnung der dort stattfindenden „Bot“-Kommunikation zu schaffen.

cc) Ergebnis: Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die Kennzeichnungspflichten sind nur teilweise mit höherrangigem Recht vereinbar. Die an soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste, die soziale Netzwerke darstellen, mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gerichtete Kennzeichnungspflicht verstößt gegen das unionsrechtliche Herkunftslandprinzip, Art. 3 Abs. 2 ECRL, Art. 28a Abs. 1 AVMD-RL (2018).

### 3. Impressumspflichten nach § 5 f. TMG und § 18 Abs. 1 MStV

Die Impressumspflichten aus § 5 f. TMG für die geschäftsmäßige und aus § 18 Abs. 1 MStV<sup>1353</sup> für die nicht geschäftsmäßige Nutzung von Telemedien verpflichten nicht zu einer Kennzeichnung von Äußerungsinhalten unter der ausdrücklichen Angabe darüber, dass es sich um mittels „Social Bot“ generierte Inhalte handelt. Ein Impressum sichert die Verfolgbarkeit des Anbieters für Inhalte ab und verlangt daher unter anderem seine namentliche Nennung. Insoweit können die Vorschriften allenfalls zur Ergänzung des Impressums dergestalt führen, dass die Inhalte von einem „Bot“ verbreitet werden.<sup>1354</sup> Hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht bestehen keine Bedenken.<sup>1355</sup>

<sup>1351</sup> Vgl. *Anlage 3* und *5*.

<sup>1352</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV und Art. 15 ECRL“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (ii).

<sup>1353</sup> Vorher § 55 Abs. 1 RStV.

<sup>1354</sup> *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 495. Anders *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 78.

<sup>1355</sup> Zur Umsetzung der Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Of-

#### 4. Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“

Die Bearbeitung hat gezeigt, dass in dem deutschen Rechtsrahmen *de lege lata*, der zur Bekämpfung von vielfach zur Meinungsverzerrung durch die Verbreitung von „Fake News“ eingesetzten „Social Bots“ dient, eine strafrechtliche Verfolgung des „Social Bot“-Einsatzes nahezu ausgeschlossen scheint. Ein Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO für eine Straftat nach § 303b Abs. 2 StGB, der zur Aufnahme von Ermittlungen erforderlich ist, wird sich häufig nicht ergeben, da der „Bot“ in aller Regel nicht von einem individuellen Nutzer unterschieden werden kann. Die unter Strafzweckgesichtspunkten von der Strafbarkeitsandrohung des § 303b Abs. 2 StGB intendierte Abschreckungswirkung des meinungsverzerrenden Einsatzes von „Social Bots“ kann sich daher nicht entfalten.<sup>1356</sup>

Gleichwohl haben sich die Landesgesetzgeber mit den Pflichten zur Kennzeichnung der „Bot“-Kommunikation in § 18 Abs. 3, § 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV der Aufgabe angenommen, der Meinungsverzerrung durch „Social Bots“ entgegenzuwirken. Sie sollen die Integrität des Kommunikationsprozesses dadurch aufrechterhalten, indem sie dem Nutzer die Möglichkeit geben, eine Äußerung im Rahmen der nutzerbasierten Online-Kommunikation hinreichend würdigen zu können, indem er in Kenntnis gesetzt wird, ob eine reale Person oder ein Computerprogramm einen Inhalt verbreitet hat.

Die zuvor schon bestehenden Transparenzregelungen des § 5 TMG und § 55 Abs. 1 RStV (jetzt § 18 Abs. 1 MStV) konnten und können dagegen die Gefahr der Verzerrung des Meinungsbildes schon deshalb nicht vergleichbar abwehren, weil sie lediglich Impressumspflichten für Telemedien begründen, nicht aber Pflichten zur Kennzeichnung konkreter Äußerungsinhalte. Sie leisten daher keine der Kennzeichnung von Inhalten selbst vergleichbare Transparenz, wie sie nun mit § 18 Abs. 3 MStV gewährleistet werden soll. Daneben ist in der Praxis bislang ungeklärt, inwieweit sich die geltenden Impressumspflichten für Telemedien überhaupt auf einen „Social Bot“ anwenden lassen. Denn er ist ein Kommunikationsprogramm und stellt selbst keine unmittelbare Informationsquelle dar. Schon in tatsächlicher Hinsicht erscheint es daher schwierig, wie ein Impressum bei einem „Bot“ bereitgehalten werden soll.

Positiv hervorzuheben ist, dass die Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV keine Einschränkung nach Art oder dem thematischen Kontext des „Bot“-Einsatzes erfährt, da nur so eine intransparente Meinungsbeeinflussung durch automatisierte Aussageverbreitung umfänglich vermieden werden kann.

Allerdings ist nach dem offenen Wortlaut des an den Nutzer gerichteten § 18 Abs. 3 S. 2 MStV völlig unklar, in welcher Art und Weise ein Hinweis auf die Verbreitung von Inhalten durch einen „Bot“ erfolgen muss. Für eine nachvollziehbare Meinungsbildung wäre es zweckhaft, wenn der Hinweis der Mitteilung unmissver-

---

fenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABL. EG Nr. L 221/13 vom 4. September 2003, siehe § 5 Nr. 1 TMG.

<sup>1356</sup> Siehe ausführlich *Radtke*, in: Erb/Schäfer, MüKo StGB, Bd. 2, Vorbemerkung § 38 Rn. 35 ff.

ständig und in deutscher Sprache vorangestellt würde.<sup>1357</sup> Stattdessen verlangt die Vorschrift lediglich ein nicht näher konkretisiertes „Bei- oder Voranstellen“ eines irgendwie gearteten Hinweises. Es liegt im Ermessen des jeweiligen „Bot“-Verwenders, wo und wie er den Hinweis erbringt, etwa in Form eines „Hashtags“ oder überhaupt in deutscher Sprache. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass ein Hinweis in einer anderen beliebigen Sprache oder als „Hashtag“, der erst ganz am Ende eines Beitrages angezeigt und damit nicht von allen Nutzern wahrgenommen wird, die Gefahren für die Meinungsbildungen nicht verringert.<sup>1358</sup>

Kritisiert werden muss auch die auf den ersten Blick unklare Reichweite von § 18 Abs. 3 MStV. Die Formulierung, nach der nur Anbieter von Telemedien betroffen sind, die mittels eines Computerprogrammes automatisiert Inhalte verbreiten, ist umständlich und missverständlich. Die Frage nach dem Anwendungsbereich des § 18 Abs. 3 MStV ist weichenstellend und könnte in vertretbarer, enger Auslegung des Telemedienbegriffs im Sinne einer eigenen Informationsquelle auf einen kleinen Teil der automatisierten Kommunikation beschränkt werden. Die Kennzeichnungspflicht betreffe dann allein Anbieter von klassischen Telemedien innerhalb sozialer Medien, nicht aber den einfachen Nutzer, der kein eigenes Telemedium wie eine Website, einen Blog oder ähnliches bereithält. Eine solche Auslegung öffnete Tür und Tor für die Umgehung der Kennzeichnungspflicht.

Aber auch ungeachtet dessen verbleibt die Regulierung der automatisierten Kommunikation nach dem neuen MStV defizitär. Denn selbst wenn der Rechtsanwender den „Social Bot“ richtigerweise als Telemedium qualifiziert, gilt der MStV gem. § 1 Abs. 7 MStV nur für in Deutschland niedergelassene Anbieter von Telemedien. Für die in den Wahlkämpfen westlicher Demokratien, namentlich der USA und Deutschland, zentralen Beeinflussungen durch „Fake News“ verbreitende „Bots“ aus dem Ausland, vor allem Russland, bleiben die Kennzeichnungspflichten damit unanwendbar.<sup>1359</sup> Das ist zwar mit dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL vereinbar. Gleichwohl untersagt dieses Prinzip es nicht, dass mitgliedstaatliche Gesetze Akteure außerhalb der EU adressieren – der deutsche Gesetzgeber hätte sich also nicht bloß auf in Deutschland niedergelassene „Bot“-Betreiber beschränken müssen.

Nur bei Medienintermediären wie sozialen Netzwerken soll sich der Anwendungsbereich des MStV auch auf ausländische Angebote erstrecken, die sich an Nutzer in Deutschland richten, vgl. § 1 Abs. 8 S. 1 MStV. Aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit des in § 1 Abs. 8 S. 1 MStV verankerten Marktortprinzips gelingt dies indes ebenfalls nur eingeschränkt. Die netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV sowie die an soziale Netzwerke darstellende Video-

<sup>1357</sup> Vgl. Gerecke/Stark, GRUR 2021, S. 819; Lent, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV § 18 Rn. 22.

<sup>1358</sup> Vgl. Gerecke/Stark, ebd. Anders Lent, ebd.

<sup>1359</sup> Zu den Beeinflussungen siehe Abschnitt „Einflussnahme auf demokratische Entscheidungen des Souveräns“ unter Punkt B. IV. 3. Ferner Egli/Rechsteiner, AJP/PJA 2017, S. 251 m. w. N.

sharing-Dienste gerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 97 S. 2 MStV (i. V. m. § 1 Abs. 8 S. 3 Hs. 2 MStV) läuft nahezu vollständig ins Leere. Denn die Pflicht greift derzeit für keinen der nutzerstarken Dienste wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *You Tube*, da diese in Irland ihren (europäischen) Sitz haben.<sup>1360</sup> Die Pflicht ist gerade auf diejenigen zentralen Internetöffentlichkeiten unanwendbar, die der Gesetzgeber ursprünglich regulieren wollte. Sie gilt nur für in Deutschland oder außerhalb der Europäischen Union niedergelassene soziale Netzwerke wie *Xing*<sup>1361</sup> und entsprechende Videosharing-Dienste.

Die Lücken im Schutz gegen Meinungsverzerrungen durch „Bots“, die im Rahmen des überhaupt noch bestehenden Anwendungsbereiches der Norm weiter dadurch entstehen, dass die Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nur gilt, wenn sie auch soziale Netzwerke sind, ist dagegen aber allenfalls noch eine Randbemerkung wert.

Im verbleibenden Anwendungsbereich der Norm muss überdies die Weichzeichnung des § 93 Abs. 4 MStV berücksichtigt werden, die die gewollte Kennzeichnungspflicht zu einer bloßen Bemühungspflicht des Dienstes abwertet. Die Dienste müssen in erster Linie nur ermöglichen, dass ein Nutzer die „Bot“-Verwendung kennzeichnen kann. Ihre eigene Pflicht zum Erkennen und Kennzeichnen betrifft erst den Fall, dass ein Verstoß gegen die nutzergerichtete Pflicht aus § 18 Abs. 3 MStV bereits vorliegt. Der Gesetzgeber fordert mit § 93 Abs. 4 MStV kein „proaktives“ Tätigwerden der Dienste, schließt es aber auch nicht aus, sondern überantwortet die Entscheidung hierüber den Diensten. Eine einheitliche Linie hinsichtlich der Erkennungs- und Kennzeichnungsmechanismen wird auf diese Weise nicht sichergestellt.

Dabei ist auch zu kritisieren, dass sowohl nach dem Gesetzeswortlaut als auch in der Gesetzesbegründung unklar bleibt, wie weitreichend die pflichtgemäßen Bemühungen der Dienste in technischer Hinsicht gehen müssen. Der offene Wortlaut der Norm bereitet insoweit Schwierigkeiten bei der Auslegung. Einen lückenlosen Schutz müssen die Dienste nach der Gesetzesbegründung gerade nicht sicherstellen; zur Durchsetzung der Pflicht aus § 18 Abs. 3 MStV sollten sie nicht verpflichtet werden.<sup>1362</sup> Die an die Erfüllung der Bemühungspflicht gestellten Anforderungen dürften daher – ungeachtet der Möglichkeit der Dienste, das Verwenden von „Bots“ algorithmisiert über ihre jeweiligen „Application Programming Interfaces“ nachzuvollziehen – gering ausfallen. Hierdurch entstehen weitere Lücken im Schutz einer transparenten, unverzerrten Meinungsbildung.

Zwar bietet der den Diensten hinsichtlich der technischen Vorkehrungen eingeräumte Gestaltungsspielraum die Möglichkeit, dass die Dienste der dynamischen (Weiter-)Entwicklung der „Bot“-Programme Rechnung tragen können. Insoweit hat der Gesetzgeber gut daran getan, keine technische Vorgabe für die „Bot“-Er-

<sup>1360</sup> Die Impresen dieser Dienste deklarieren allesamt Irland als europäischen Sitz, vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1361</sup> Sitz in Hamburg, vgl. das Impressum von *Xing*, *Anlage 6*.

<sup>1362</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 50.

kennung gesetzlich fixiert zu haben. Denn die Vorgabe einer konkreten technischen Lösung per Gesetz könnte genau das Gegenteil von der intendierten Förderung von Transparenz erreichen. Sie böte eine Grundlage für Programmierungsansätze, die die vorgegebene technische Vorkehrung umgehen können.<sup>1363</sup>

Alles in allem bleibt festzuhalten, dass die Kennzeichnungspflichten einen weit-aus geringeren Anwendungsbereich haben, der gerade nicht diejenigen erfasst, die primär Anlass zu der Regulierung gegeben haben: „Bot“-Nutzer mit Sitz im Ausland sowie die großen, vor allem in Irland niedergelassenen Netzwerk- und Video-sharing-Dienste.<sup>1364</sup>

Deshalb könnte ein der Kennzeichnungspflicht unterliegender Dienstanutzer der populären Social Media-Dienste seine Pflicht missachten, ohne dass der nicht-kennzeichnungspflichtige Dienst später eine Kennzeichnung vornehmen muss. Der beabsichtigte praktische Nutzen dieser Regulierung entwertet sich durch diese Ausgestaltung vollständig selbst.

Daran ändert auch nichts, dass die Kennzeichnungspflichten durch behördliche Ermächtigungsgrundlagen zugunsten von Gegenmaßnahmen und Bußgeldern abgesichert werden sollen: Es stellt sich schon generell die Frage, ob behördliche Verfahren das adressierte Problem überhaupt lösen können. Einerseits sind die hiervon betroffenen Accounts in den Diensten besonders schnelllebig. Andererseits bleibt unklar, wie die zuständigen Landesmedienanstalten an die meist unter Scheinidentitäten agierenden „Bot“-Betreiber herankommen sollen.<sup>1365</sup> Ein Anspruch aus §§ 21 ff. TTDSG steht der Behörde für diese Fälle nicht zu. Überdies besteht für Außenstehende keine verlässliche Möglichkeit der Identifizierung von „Bots“, so dass auch das Druckmittel der Verhängung von Bußgeldern gegenüber den „Bot“-Verwendern zur Absicherung der zumindest für inländische „Bot“-Nutzer bestehenden Kennzeichnungspflicht nicht durchgreift. Aber selbst, wenn man dem Bußgeldvorbehalt zumindest eine grundsätzliche generalpräventive Wirkung beimessen würde, lässt sich bezweifeln, ob sich ein inländischer Nutzer mit demokratiefeindlichem Vorhaben allein von der Ermächtigung der Verhängung eines Bußgeldes für Verstöße gegen die Kennzeichnungspflicht abschrecken ließe.<sup>1366</sup>

Die an die Dienste mit Sitz in Deutschland oder außerhalb der Europäischen Union gerichteten Maßnahmen- und Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 109 Abs. 1 und 2 sowie des § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 45 MStV werden schon wegen der unklaren Formulierung der einzuhaltenden Hauptpflicht aus § 93 Abs. 4 MStV – dem Dafürsorgetragen – ins Leere laufen.

<sup>1363</sup> Vgl. auch *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 498.

<sup>1364</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1365</sup> Vgl. *Siara*, MMR 2020, S. 372.

<sup>1366</sup> So auch *Sümmerrmann*, MStV und Social Bots, auf: [Telemedicus.info](http://Telemedicus.info), Beitrag vom 22. Oktober 2020.



Der Nachweis, wann ein Verstoß gegen diese Bemühungspflicht vorliegt, wird von der zuständigen Stelle nicht zuletzt wegen ihrer niedrigschwelligen Anforderungen und mangels vorgegebener Kriterien nur schwer geführt werden können.<sup>1367</sup>

So enthalten die Kennzeichnungspflichten beispielsweise auch keine Fristen, innerhalb derer eine Kennzeichnung erfolgen muss. Dabei spielt es insbesondere für die Verringerung der Glaubhaftigkeit und Verbreitung von Desinformation eine große Rolle, dass Kennzeichnungen unmittelbar erfolgen. Auch wenn der Gesetzgeber den Diensten die größtmögliche Flexibilität – auch in zeitlicher Hinsicht – einräumen wollte, um die technische Möglichkeit der Erkennung und Kennzeichnung von „Social Bots“ auch im Hinblick auf künftige Entwicklungen sicherzustellen, hätte der Gesetzgeber gut daran getan, Kennzeichnungsfristen überhaupt zu erwägen. Dass Erkennungen aufgrund neuer Entwicklungen zeitlich variieren können, wird nicht bestritten. Allerdings finden sich auch in anderen Gesetzen entsprechende unbestimmte Rechtsbegriffe, über die diese Variabilität im Rahmen der Rechtsauslegung flexibel eingefangen werden kann, vgl. nur Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL, § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 NetzDG. Auf diese Weise liefe auch die Absicherung der Pflicht durch den Bußgeldtatbestand nicht vollständig leer. Ob dieses Ansinnen mit höherrangigem Recht vereinbar ist, wird noch geprüft, wobei die Ausgestaltung Anreizstrukturen zugunsten einer „Überkennzeichnung“ von Beiträgen auch individueller, echter Nutzer als „Bot“-Äußerung vermeiden muss.<sup>1368</sup>

In diesem Zusammenhang könnte auch die Einrichtung von Beschwerdemöglichkeiten für Nutzer bedacht werden, die die aktuellen Regelungen ebenfalls nicht voraussetzen. Zwar ist die Pflicht des § 93 Abs. 4 MStV hinreichend flexibel und weich und schützt grundsätzlich vor einer irrtümlichen Kennzeichnung von Profilen, mit denen natürliche Nutzer ihr Beiträge verbreiten. Einen Irrtum auszuschließen, vermag die Regelung aber nicht. Auch das Fehlen einer gesetzlichen Pflicht der Dienste zum Bereithalten von Beschwerdemöglichkeiten für die Nutzer für Fälle irrtümlicher Kennzeichnung ist deshalb als negativ zu bewerten.

Nach alledem kann die Regulierung von „Social Bots“ auch nach Einführung der besonderen Regelungen im MStV einen transparenten und nachvollziehbaren Meinungsbildungsprozess nicht sicherstellen und verbleibt weiterhin als defizitär.

<sup>1367</sup> Ähnlich *Stara*, MMR 2020, S. 372.

<sup>1368</sup> Zur parallelen Frage des sog. „Overblockings“ siehe Abschnitt „NetzDG mit der Meinungsfreiheit der Nutzer vereinbar“ unter Punkt E. V. 1. Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Vorgabe „unverzüglich“ vgl. Abschnitt „Fristsetzung für die Kennzeichnung von ‚Bot‘-Beiträgen durch Dienstbetreiber“ unter Punkt G. II. 3. b).



### III. Allgemeine Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten

Ferner soll der allgemeine Regulierungsrahmen für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste untersucht werden. Speziell an diese Dienste adressierte Regelungen finden sich außerhalb des NetzDG und § 93 Abs. 4 MStV (i. V. m. § 97 S. 2 MStV) und § 97 S. 1 ff. MStV und §§ 10a ff. TMG nicht.<sup>1369</sup> Insoweit soll der für sie einschlägige allgemeine Regulierungsrahmen untersucht werden, der im Zusammenhang mit der Verbreitung von „Fake News“ steht. Die Dienste sind ähnlich wie Suchmaschinen Vermittlungsdienste – sog. Intermediäre. Das ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umkehrschluss des § 93 Abs. 4 MStV, nach dem Medienintermediäre, die soziale Netzwerke anbieten, zur „Bot“-Kennzeichnung<sup>1370</sup> verpflichtet werden, sondern auch anhand der mit Inkrafttreten des MStV in § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV eingeführten Legaldefinition des Medienintermediärs<sup>1371</sup>: Ein solcher ist ein jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen. Durch ebendiese Tätigkeiten zeichnen sich soziale Netzwerke aus, aber teils auch Videosharing-Dienste, die gesondert in § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV legaldefiniert sind, und für die die Vorschriften über Medienintermediäre gelten (§ 97 S. 2 MStV).

Deshalb werden neben den allgemeinen zivil- (1.) und strafrechtlichen Haftungsregeln (2.) und Auskunftsansprüchen von den mit „Fake News“ Betroffenen gegen die Dienste (3.–4.) auch Transparenzpflichten nach § 93 MStV (5.) in den Blick genommen.

Bloß mittelbar die Verbreitung von „Fake News“ betreffende Regulierungsinstrumente, werden nicht näher behandelt: Hierzu zählen insbesondere Instrumente zur Absicherung einer positiven Meinungsvielfalt<sup>1372</sup> innerhalb dieser als

<sup>1369</sup> Zum Begriff des sozialen Netzwerks ausführlich, siehe *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 23 ff.

<sup>1370</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für soziale Netzwerke nach § 93 Abs. 4 MStV“ unter Punkt E. II. 2. b).

<sup>1371</sup> Zur vorher streitigen Begriffsbestimmung und Abgrenzung zu sog. Plattformen, die nunmehr in § 2 Abs. 2 Nr. 19 MStV legaldefiniert sind, *Paal*, MMR 2018, S. 568 mit Hinweis auf LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 251, 253 f. Offener *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 16 ff.; Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Zwischenbericht vom Dezember 2015, S. 41; *dies.*, Bericht vom Juni 2016, S. 31; *Müller-Terpitz*, AfP 2017, S. 380; *Dörr/Natt*, ZUM 2014, S. 843. Diese Begriffe noch synonym verwendend BT-Drs. 18/13013, S. 19 f. im Zusammenhang mit dem NetzDG; Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. 80 ff.; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-061/18. Vgl. zum Begriff der Plattform schon den Rundfunkstaatsvertrag in der Fassung von Art. 1 des Zehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 19. Dezember 2007 (GBl. 2008), in Kraft getreten am 1. September 2008. Zur Kritik an der nunmehr geltenden Legaldefinition siehe *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, S. 235 f.

<sup>1372</sup> Zum Begriff der positiven Vielfalt siehe *J. Kreile*, ZUM 2017, S. 268 f.; *Müller-Terpitz*, AfP 2017, S. 382.

„Flaschenhals“<sup>1373</sup> fungierenden Dienste, die „Fake News“ entgegenwirken könnten. Daher wird auch das Neutralitätsgebot aus § 94 MStV nicht näher erörtert, das Medienintermediären verbietet, journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote im Rahmen der Vermittlung zu diskriminieren, und damit der Wahrnehmbarkeit der vorhandenen Vielfalt dient und beispielhaft auch dem Entstehen von *Trending Topics* entgegenwirkt, die wiederum „Fake News“ enthalten können.<sup>1374</sup>

Demgemäß wird auch nicht behandelt, ob sich andere Pflichten zur Absicherung einer positiven Meinungsvielfalt, etwa aus dem Bereich der Plattformregulierung nach § 82 MStV<sup>1375</sup> oder dem Medienkonzentrationsrecht aus den §§ 59 ff. MStV<sup>1376</sup> in analoger Anwendung auf Medienintermediäre übertragen lassen, wobei dies ausscheiden dürfte, da es nach Inkrafttreten des MStV an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt und auch die mit diesen Instrumenten verfolgten Interessen für die Vielfaltssicherung auf Plattformen einerseits und im privaten Rundfunk andererseits und im Vergleich zu Medienintermediären jeweils grundverschieden sind.<sup>1377</sup> Weiter bleiben kartellrechtliche (negative) Konzentrationskontrollen vorherrschend marktmächtiger<sup>1378</sup> Intermediäre außer Betracht.<sup>1379</sup>

<sup>1373</sup> *Lischka/Stöcker*, Digitale Öffentlichkeit, S. 7. *Körber*, WRP 2012, S. 765 mit Verweis auf *Heuze-roth*, Die Unsichtbarmacher, auf: Welt.de, Artikel vom 19. September 2010 sprechen von einem „Unsichtbarmachen“ von Information, die nicht auf den ersten Suchergebnissen zu finden ist.

<sup>1374</sup> Siehe Abschnitt „Die Bedeutung der Internetkommunikation für die Verbreitung von „Fake News“ unter Punkt B. V. Zur der vor der Schaffung des § 94 MStV bestehenden Debatte siehe *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 31; *ders.*, MMR 2018, S. 570 f.; *ders./Hennemann*, JZ 2017, S. 653; *Schulz*, AfP 2017, S. 379. Für marktbeherrschende Suchmaschinen *J. Kreile*, ZUM 2017, S. 272 ff.

<sup>1375</sup> Vorher § 52c RStV.

<sup>1376</sup> Vorher § 25 RStV.

<sup>1377</sup> Zur Diskussion der Übertragung der Plattformregulierung aus § 82 MStV: Dafür *Paal*, MMR 2018, S. 570; ähnlich *J. Kreile*, ZUM 2017, S. 272 ff. Dagegen *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 48; ähnlich *Dörr/Natt*, ZUM 2014, S. 843, die die von § 82 MStV errichtete bloß technische Zugangsfreiheit zu Plattformen als Gegenargument zur vergleichbaren Interessenlage herausstellen. Technischen Zugang hat jedoch grundsätzlich jeder Anbieter, der Inhalte im Internet publiziert, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. 82 Rn. 195, S. 88 Rn. 219; *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, S. 183. Zum Zweck des Medienkonzentrationsrechts *J. Kreile*, ZUM 2017, S. 268; *Müller-Terpitz*, AfP 2017, S. 382. Gegen eine analoge Anwendung auf Medienintermediäre BVerwG ZUM-RD 2014, 454, 459 Rn. 32, 460 Rn. 35; *Paal*, MMR 2018, S. 569.

<sup>1378</sup> Siehe ausführlich zum Begriff „vorherrschende Meinungsmacht“ *W. Schulz*, AfP 2017, S. 373 ff.

<sup>1379</sup> Zum Zweck des Verbots eines missbräuchlichen Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung aus § 19 GWB zugunsten des Erhalts der freien Marktwirtschaft und der Chancengleichheit der wirtschaftlichen Akteure in ihr, siehe *Bechtold/Bosch*, GWB-Kommentar, Einführung Rn. 50 ff.; *Dörr/Natt*, ZUM 2014, S. 843; *Körber*, WRP 2012, S. 763. Zu den sich teils widersprechenden Zielsetzungen von Medien- und Kartellrecht vgl. *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 302 ff. m. w. N. Ähnlich sowie zu den unterschiedlichen „Marktbegriffen“ von Wettbewerbs- und Medienrecht *Müller-Terpitz*, AfP 2017, S. 381. An der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Medienintermediäre zweifelnd BKartA, 6. Beschlussabteilung B6-126/14, Beschluss vom 8. September 2015, Rn. 215; *Paal*, MMR 2018, S. 569; *ders.*, Intermediäre: Regulierung und

## 1. Zivilrechtliche Ansprüche gegen die Dienste

Den Geschädigten stehen, im Falle der Anwendbarkeit des deutschen Rechts, auf die nicht näher eingegangen wird,<sup>1380</sup> zivilrechtliche Ansprüche gegen soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste zur Verfügung, um verbreitete Desinformation zu bekämpfen. Das betrifft vor allem die allgemeine Störerhaftung (a)), vertragliche und deliktische Schadenersatzansprüche (b)) sowie Auskunftsansprüche zur Offenlegung der Daten des schädigenden Nutzers (c)).

### a) Allgemeine Störerhaftung

Ein soziales Netzwerk sowie ein Videosharing-Dienst kann im Wege der Störerhaftung nach § 1004 Abs. 1 analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB auf Löschung von – im Gegensatz zu § 1 Abs. 3 NetzDG – allen rechtswidrigen Inhalten Dritter in Anspruch genommen werden („*Notice and take down*-Verfahren“). Hierzu zählen beispielhaft auch persönlichkeitsrechtsverletzende „Fake News“. Für digitale Sachverhalte hat der BGH diese Haftung insbesondere in seinen Entscheidungen zu *Spickmich.de*<sup>1381</sup> und *Blogspot*<sup>1382</sup> konkretisiert. Entsprechende Vorgaben finden sich zudem in Art. 13 Abs. 1 lit. e) und Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL.

Bei dieser Haftung handelt es sich um eine mittelbare Verantwortlichkeit des Dienstes, die sich aus dem allgemeinen Grundsatz ergibt, dass derjenige, der einen kausalen Beitrag zu einer Rechtsverletzung leistet, spätestens im Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Rechtsverletzung die Unterstützung beenden muss, sofern er

---

Vielfaltsicherung, S. 22. Ungeachtet der Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Medienintermediäre siehe zur Folge der kartellrechtlichen Neutralität, die keine Meinungsneutralität sicherstellt, sondern ein Verbot der wettbewerbswidrigen Einflussnahme auf die Suchmaschinenergebnisse, *Dörr/Natt*, ZUM 2014, S. 843.

<sup>1380</sup> Zur Anwendbarkeit der Rom-I Verordnung bei vertraglichen Schuldverhältnissen siehe Art. 3 Nr. 1 lit. b) EGBGB. Grundsätzlich gilt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Diensteanbieters, vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom-I Verordnung nach dem. Siehe aber Art. 6 Abs. 1 Rom-I Verordnung BGH MMR 2018, 95, 97 Rn. 28 ff. Zum Gerichtsstand siehe Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 EuGVVO. Zum Erfolgsort siehe Art. 7 Nr. 1 lit. a) und lit. b) EuGVVO. Zu den Kriterien der Bestimmung des Erfolgsortes siehe EuGH NJW 2002, 1407, 1408 Rn. 32; NJW 2007, 1799, 1801 Rn. 32 ff., Rn. 42; BGH NJW 2006, 1806, 1807 Rn. 14 ff., Rn. 20 ff. Zur Problematik der Feststellung bei ubiquitären Internetdiensten siehe einerseits *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO-Kommentar, ZPO, § 29 Rn. 27; *Gottwald*, in: Rauscher/Krüger, MüKo ZPO III, Rom-I-VO, Art. 7 Rn. 30 und andererseits OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 7. Bei Verbraucherverträgen i. S. d. Art. 7 Rom-I Verordnung siehe hingegen nur Art. 17 Abs. 1 lit. c) und Art. 18 Abs. 1 EuGVVO. Zur Anwendbarkeit des Rechts bei außervertraglichen Schuldverhältnissen siehe schon oben den Abschnitt „Zivilrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E.I.1. Sowie Art. 3 EGBGB, Art. 4 Abs. 3 Rom-II Verordnung. Bei der Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom-II Verordnung, siehe hingegen Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 EGBGB. Zum Gerichtsstand siehe Art. 7 Nr. 2 EuGVVO.

<sup>1381</sup> BGH NJW 2009, 2888 – „Spickmich.de“.

<sup>1382</sup> BGH MMR 2012, 124 – Blogspot.

sich nicht auf höherrangige Interessen berufen kann.<sup>1383</sup> Dies gilt auch für Betreiber von Kommunikationsforen, die als mittelbare Störer sogar verpflichtet sein können, derartige Störungen künftig zu verhindern.<sup>1384</sup> Sie müssen zwar nicht die von den Nutzern auf seinem Angebot verbreiteten Inhalte vor ihrer Veröffentlichung auf Rechtsverletzungen prüfen, um einer Haftung zu entgehen.<sup>1385</sup> Dies ergibt sich für Diensteanbieter i. S. d. § 1 Abs. 1, § 2 S. 1 Nr. 1 TMG wie soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste auch aus § 7 Abs. 2 TMG. Das Haftungsprivileg aus § 10 TMG bleibt im Rahmen der verschuldensunabhängigen allgemeinen Störerhaftung nach § 1004 Abs. 1 analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB versperrt, da dieses den Sinn der nur auf ein Löschen rechtswidriger Inhalte gerichteten Störerhaftung aushöhlen würde; das Haftungsprivileg bezieht sich daher nur auf die straf- und schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit.<sup>1386</sup> Vielmehr zwingt das Haftungsprivileg den „Host-Provider“ gerade dazu, seiner Löschpflicht aus der Störerhaftung zügig nachzukommen, um sich vor einer zivil- und strafrechtlichen Haftung zu bewahren.

Wird der Anbieter also auf eine Rechtsverletzung hingewiesen und unternimmt nichts, ist er mittelbarer Störer i. S. d. § 1004 BGB. Dabei muss unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten auch die Schwierigkeit des konkreten Einzelfalles berücksichtigt werden.<sup>1387</sup> Nur wenn die Rechtswidrigkeit eines Inhalts ohne weiteres feststellbar ist, besteht eine zeitlich unmittelbare Pflicht zu seiner Entfernung. Der Umfang der Prüfungspflichten bemisst sich anhand der Schwere der in Rede stehenden Rechtsverletzungen.<sup>1388</sup> Grundsätzlich ist dem Verbreiter des Inhalts die Gelegenheit

<sup>1383</sup> Vgl. BGH NJW 2018 642, 644 Rn. 31 – Umfang der Prüfungspflicht des Betreibers einer Internetsuchmaschine bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen; NJW 2009, 2888, 2890 Rn. 15 – „Spickmich.de“; B. Raue, JZ 2018, S. 962; Ohly, ZUM 2015, S. 311 f. Zum Inhalt der Intermediärpflichten siehe F. Hoffmann, JuS 2017, S. 716, S. 718 f.

<sup>1384</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2019, – C-18/18 –, curia, Rn. 34 ff. – Glawischnig-Piesczek ./ Facebook Ireland Limited; BGHZ 209, 139, 148 Rn. 23 – Ärzteportal III; vgl. auch BGHZ 191, 19, 26 Rn. 21 – Stiftparfüm; 158, 236, 251 f. – Internet-Versteigerung I; BGH NJW 2018 642, 644 Rn. 32 – Umfang der Prüfungspflicht des Betreibers einer Internetsuchmaschine bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.

<sup>1385</sup> Jüngst BVerfGE 152, 216, 261 f. Rn. 113 – Recht auf Vergessen II; BGH NJW 2018 642, 644 Rn. 32, 645 Rn. 36 – Umfang der Prüfungspflicht des Betreibers einer Internetsuchmaschine bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.

<sup>1386</sup> Ständige Rechtsprechung BGH GRUR 2016, 855, 857 Rn. 19 – Jameda II; BGHZ 158, 236, 246 ff. – Internet-Versteigerung I; BGH NJW 2009, 2888, 2889 Rn. 14 – „spickmich.de“; GRUR 2007, 708, 710 Rn. 19 – Internet-Versteigerung II; CR 2007, 586 Rn. 7 – Meinungsforum. Dagegen KG Berlin, Urteil vom 16. April 2013, – 5 U 63/12 –, juris, Rn. 75; ebenso auf Grundlage von § 7 Abs. 2 TMG und Art 14 Abs. 3 und Erwägungsgrund 46 ECRL Hoffmann/Volkmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, TMG, § 10 Rn. 3; Müller-Broich, NK-TMG, § 10, Rn. 1. Offengelassen in EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 12. Juli 2011, – C-324/09 –, curia, Rn. 37 – L’Oréal/eBay; Urteil der Großen Kammer vom 23. März 2010, – C-236/08 bis C-238/08 –, curia, Tenor 3 – Google France et. al. ./ Louis Vuitton et. al.

<sup>1387</sup> BGH NJW 2018 642, 645 f. Rn. 36 f. – Umfang der Prüfungspflicht des Betreibers einer Internetsuchmaschine bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen; MMR 2012, 124, 126 Rn. 25 f. – Blogspot.

<sup>1388</sup> Ebd.

zur Stellungnahme zu den Beanstandungen zu geben (sog. Dialogverfahren).<sup>1389</sup> Eine Löschung erfolgt, wenn der Verbreiter nicht Stellung nimmt, oder auf Grundlage seiner Stellungnahme und der Beanstandung zutage tritt, dass der Inhalt rechtswidrig war.<sup>1390</sup>

#### *b) Schadenersatzansprüche*

Werden rechtswidrige Inhalte Dritter trotz Kenntnis des Netzwerks oder Video-sharing-Dienstes nicht unverzüglich gelöscht, entstehen dem Verletzten vertragliche Ansprüche gem. der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufgrund der Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf Rechtsgüter des verletzten Dienstenutzers sowie deliktische Ansprüche nach den §§ 823 ff. BGB, insbesondere aufgrund der Verletzung der persönlichen Ehre durch ein Unterlassen des Diensteanbieters, der nach § 10 TMG zu dieser Handlung verpflichtet ist. Deliktische Ansprüche gegen die Dienste können sich auch ergeben, wenn sie sich die Aussagen von Dritten zu Eigen gemacht haben.<sup>1391</sup> Das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, § 292 ZPO vermutete Vertretenmüssen des Anbieters im Rahmen der vertraglichen sowie sein Verschulden im Rahmen der deliktischen Haftung bemisst sich anhand der privilegierenden Verantwortlichkeit des § 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG. Für die Rechtsfolgen sei auf die obigen Ausführungen zu den §§ 249 ff. BGB verwiesen.<sup>1392</sup>

#### *c) Ergebnis: Zivilrechtliche Ansprüche gegen die Dienste*

Materiell bestehen mit der Störerhaftung und den sich anschließenden Schadenersatzansprüchen der Geschädigten gegen Diensteanbieter im Falle von nicht vorgenommenen Löschungen Instrumente zur Entfernung von desinformativen Inhalten.

## **2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber**

Die strafrechtliche Sanktionierung eines Dienstbetreibers durch die Vermittlung von Inhalten Dritter richtet sich nach § 10 TMG: Sofern er rechtswidrige Fremdinhalte bei Verbreitung kennt oder sie ab Kenntnisnahme nicht unverzüglich löscht, ist er strafrechtlich verantwortlich. Dabei kommt vor allem eine Beihilfe i. S. d. § 27 StGB in Betracht, wenn eine Unterstützungsleistung bei der täterschaftlichen Verbreitungshandlung rechtswidriger Inhalte geleistet wird. Anknüpfungspunkt für eine vorsätzlich, rechtswidrige Haupttat stellen die angesprochenen für den Desin-

<sup>1389</sup> BGH MMR 2012, 124, 126 Rn. 27 – Blogspot. Vgl. jüngst auch zu Löschungen nach den Community Standards BGH, Urteile vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 163 und – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 175.

<sup>1390</sup> BGH ebd. – Blogspot.

<sup>1391</sup> Vgl. BGHZ 132, 13, 18; 128, 1, 11; 66, 182, 189; BGH NJW 2008, 1882, 1884 Rn. 21 – ueber18.de; NJW 2003, 1308, 1311 – „Psychosekte“. Siehe ferner Müller-Broich, NK-TMG, § 7, Rn. 2 f.

<sup>1392</sup> Siehe Abschnitt „Rechtsfolgen, §§ 249 ff. BGB“ unter Punkt E. I. 1. a) aa) (ii).

formationsverbreiter in Betracht kommenden Strafgesetze dar, auf die an dieser Stelle verwiesen werden kann.<sup>1393</sup> Auch eine Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB<sup>1394</sup> ist möglich, dürfte aber praktisch von geringerer Relevanz sein.

### 3. Auskunftsanspruch aus § 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG gegen die Dienste

Da der unmittelbare Schädiger im anonymen Internet oft nur schwer ausfindig gemacht werden kann, folgt aus § 21 Abs. 2 S. 1 u. 2 TTDSG ein Anspruch des Verletzten gegen den Telemedienanbieter auf Erteilung der Auskunft über bei ihm vorhandene Bestandsdaten des Schädigers, soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche<sup>1395</sup> wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund von rechtswidrigen Inhalten erforderlich ist, die von § 10a Abs. 1 TMG oder § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst werden. Das Gericht entscheidet nach der Verfahrensordnung des FamFG über die Zulässigkeit der Auskunftserteilung und die entsprechende Pflicht des Dienstanbieters, § 21 Abs. 3 S. 1 u. 2 TTDSG. Vorher war unter Umständen ein zweistufiges Verfahren erforderlich, wonach das (erste) nach dem FamFG zuständige Gericht über die Zulässigkeit der Auskunftserteilung entschied und bei Weigerung des Dienstes auf Auskunftserteilung ein unter Umständen anderes, nach der ZPO zuständiges Gericht über die Pflicht des Dienstes zur Auskunftserteilung entscheiden musste, § 14 Abs. 4 TMG a. F.<sup>1396</sup>

Telemedienanbieter i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG ist jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt. Der sehr weite Begriff des Telemediums i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG i. V. m. § 2 Abs. 1 TTDSG umfasst alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG oder Rundfunk nach § 2 MStV sind. Unbeachtlich ist auch, ob ein Entgelt für die Nutzung verlangt wird, vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 TMG. Hierunter fallen daher alle gewöhnlichen Angebote im Online-Bereich wie Webseiten, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Videosharing-Dienste, Online-Shops, Werbemails, Video-on-Demand-Dienste oder Applikationen. Anspruchsgegner dieses Auskunftsanspruchs sind nach dem vom Gesetzgeber gewollt weiten Verständnis daher alle Privatpersonen, Unternehmen und öffentliche Stellen, die ein entsprechendes Medium betreiben, an ihm mitwirken oder den Zugang zu ihm vermitteln.<sup>1397</sup> Der Anspruch kann aber nur so weit reichen, wie

<sup>1393</sup> Siehe Abschnitt „Materielles Strafrecht“ unter Punkt E. I. 2. a).

<sup>1394</sup> Zu den Voraussetzungen siehe *Joeks*, in: ders./Miebach, MüKo StGB I, StGB, § 25 Rn. 193 ff.; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK StGB I, § 25 Rn. 125 ff.

<sup>1395</sup> Siehe Abschnitt „Zivilrechtliche Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E. I. 1.

<sup>1396</sup> § 14 TMG in der ab dem 1. Oktober 2017 geltenden Fassung, eingeführt durch Art. 2 des Gesetzes vom 1. September 2017, BGBl. I S. 3352.

<sup>1397</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27441, S. 1, 30 f., S. 34.



tatsächlich auch Bestandsdaten erhoben werden. Dies ist beispielsweise bei sozialen Netzwerken aufgrund des in aller Regel bestehenden Registrierungserfordernisses eher der Fall als bei registrierungsfreien Suchmaschinen.

Bestandsdaten sind personenbezogene Daten, deren Herausgabe sich an den Anforderungen der DS-GVO messen lassen muss. Der „Host-Provider“ darf die Bestandsdaten des Nutzers gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) und c) DS-GVO grundsätzlich zur Durchführung des konkreten Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem jeweiligen Nutzer erheben. Eine Weitergabe an einen geschädigten Nutzer als ein außerhalb dieses Verhältnisses stehender Dritter ist dem ursprünglichen Erhebungszweck fremd und widerspricht damit dem Zweckbindungsgebot i. S. d. Art. 5 Abs. 1 lit. b) und Art. 6 Abs. 1, Abs. 4 DS-GVO, dem die Erhebung personenbezogener Daten aufgrund des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterliegt.<sup>1398</sup> Dem Dienst ist die Auskunftserteilung an den geschädigten Dritten daher grundsätzlich schon von Verfassungen wegen rechtlich unmöglich i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB.

Jedoch liegt mit § 21 Abs. 2 TTDSG eine bereichsspezifische Rechtsgrundlage für die Weitergabe der Bestandsdaten vor, die sich auf die Ausnahmeregelung des Art. 6 Abs. 4 Alt. 2 i. V. m. der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 lit. i) und j) DS-GVO stützen lässt. § 21 Abs. 2 TTDSG geht dem allgemeinen § 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG als *lex specialis*-Regelung vor.<sup>1399</sup>

Zwar gewährt die DS-GVO eine grundsätzlich anonyme Nutzung von Telemediendiensten. Allerdings wollte der europäische Gesetzgeber mit der DS-GVO nicht nur zum Schutz persönlicher Daten, sondern auch zur Stärkung und Durchsetzung von Ansprüchen im digitalen Raum beitragen und hat deshalb die Ausnahmen zum Zweckbindungsgebot geschaffen.<sup>1400</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat in gleicher Intention von der Umsetzungsmöglichkeit der Öffnungsklausel des Art. 23 DS-GVO Gebrauch gemacht. Aufgrund der bereichsspezifischen Rechtsgrundlage ist die Weitergabe der Bestandsdaten zulässig, so dass ein geltend gemachter Anspruch materiell Erfolg haben kann.

Die rechtliche Zulässigkeit der Weitergabe des Dienstes hilft indes noch nicht über die regelmäßig bestehende tatsächliche Unmöglichkeit der Datenherausgabe hinweg, wenn etwa keine verifizierten Bestandsdaten über äuernde Nutzer vorhanden sind. Denn die Datenerhebung stellt keine Pflicht, sondern nur eine Möglichkeit für den Betreiber dar.<sup>1401</sup> Im Verhältnis zwischen Dienstbetreiber und Nutzer ist die Angabe der wahren Identität für die Einhaltung sowie Durchsetzung der daraus resultierenden Pflichten wesentlich: Sie gehört nicht umsonst zu den *essentialia negotii* eines Vertra-

<sup>1398</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 46 – Volkszählung.

<sup>1399</sup> Vgl. *Taeger/Gabel*, DSGVO – BDSG – TTDSG, § 21 Rn. 6; *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DSGVO BDSG, § 14 TMG Rn. 21. Andere Ansicht zu dem inzwischen weggefallenen § 14 Abs. 3 TMG noch *Pille*, NJW 2018, S. 3546.

<sup>1400</sup> Vgl. unter anderem auch die Erwägungsgründe 2 und 4 DS-GVO.

<sup>1401</sup> Vgl. zu der durch § 13 Abs. 6 S. 1 TMG vor dem 1. Dezember 2021 geltenden Rechtslage vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21, III ZR 4/21 –, juris, Rn. 50 ff.; Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 4/21 –, juris, Rn. 24 ff., Rn. 34, Rn. 37 ff.



ges.<sup>1402</sup> Der Vertragspartner muss grundsätzlich wissen oder zumindest die Möglichkeit der Kenntnis darüber haben, wer sein Gegenüber ist, um ihn an seine vertraglich übernommenen Pflichten – gleich welcher Art – erinnern zu können, sie im Zweifelsfalle rechtlich durchzusetzen und auf diese Weise bestehende Missbrauchsrisiken präventiv zu verringern.<sup>1403</sup> Die rechtliche Verfolgung von im Internet begangenen vertraglichen wie deliktischen Verletzungen wird durch die Angabe der persönlichen Daten regelmäßig überhaupt erst ermöglicht. Dies unterstreicht den Nutzen der Erhebung der korrekten Identitätsdaten. Dennoch bleibt es *de lege lata* dem Dienstbetreiber überlassen, sich die Identität des Nutzers mitteilen zu lassen oder sich des eigenen Schutzes sowie des Schutzes anderer Auskunftsberechtigter zu begeben. Selbst wenn etwa die Netzwerke wie *Facebook* und *Twitter* über ihre AGB<sup>1404</sup> grundsätzlich die Identitätsdaten zur Registrierung fordern, lässt sich diese Bedingung einfach umgehen.<sup>1405</sup> Die Registrierung verlangt zur Verifikation der Identität bloß die Bestätigung eines an eine E-Mail-Adresse versendeten Links. Dies stellt keine Hürde für Umgehungen dar, da solche Postfächer kostenfrei verfügbar sind und teils nur zum Zweck des Erstellens eines „Fake Accounts“ angelegt werden. Der Auskunftsanspruch wird dadurch seiner Geltungskraft beraubt und bleibt grundsätzlich ein stumpfes Schwert.

#### 4. Auskunftsanspruch aus §§ 242, 259, 260 BGB gegen die Dienste

Der allgemeine, aus Treu und Glauben folgende Auskunftsanspruch tritt insoweit hinter den oben genannten, spezielleren Auskunftsanspruch aus §§ 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG zurück.<sup>1406</sup> Soweit die verletzenden Inhalte andere als die von § 21 Abs. 2 TTSDG genannten rechtswidrigen Inhalte darstellen, dürfte der allgemeine Auskunftsanspruch gesperrt sein. Der Gesetzgeber hat in § 21 Abs. 2 TTSDG klar zum Ausdruck gebracht, dass der Anbieter zur Bestandsdatenauskunft nur in den dort genannten Verletzungshandlungen verpflichtet ist.

<sup>1402</sup> *Medicus*, BGB AT, Rn. 431.

<sup>1403</sup> Ähnlich *Kersten*, JuS 2017, S. 197. Ausführlich zu Beispielen der missbräuchlichen Verwendung *B. Lorenz*, VuR 2014, S. 88.

<sup>1404</sup> Vgl. beispielsweise *Facebook*, Ziffer 3.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com. Siehe ferner *Twitter*, Ziffer 1 und 2 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, i. V. m. Ziffer 1.3 der Datenschutzrichtlinie vom 18. Mai 2023 auf: Twitter.com, jetzt X.com. Früher noch deutlicher, vgl. *Facebook*, Ziffer 4 ab dem 19. April 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com.

<sup>1405</sup> Vgl. *B. Krause*, NStZ 2016, S. 139; *Caspar*, ZRP 2015, S. 236.

<sup>1406</sup> Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 23. März 2022, – 9 Wx 23/21 –, juris, Rn. 44. Vgl. allgemein *Röver*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK BGB (Stand: 1. Februar 2022), BGB, § 260 Rn. 51. Vgl. zum Anspruch auf Bestandsdatenauskunft des verletzten Nutzers gegenüber einem Intermediär vor Inkrafttreten des § 21 TTDSG nur beispielhaft BGH, Urteil vom 1. Juli 2014, – VI ZR 345/13 –, juris, Rn. 7. Eine ähnliche Fallgestaltung zeigte sich in AG Köln NJW-RR 1989, 269.

## 5. Transparenzpflichten der Dienste nach § 6 TMG und § 93

### Abs. 1 Nr. 2 MStV

*De lege lata* besteht nach § 6 TMG die Pflicht, kommerzielle Kommunikation kenntlich zu machen. Dies betrifft Beiträge, die von Dritten finanziert werden. Nicht ausgewiesen werden muss, von wem die Finanzierung stammt, um auf diese Weise Rückschlüsse auf die Tendenz und Intention dieses Angebots zuzulassen. Auch nicht von der Kennzeichnungspflicht umfasst sind eigene Angebote. Die Kennzeichnungspflicht wahrt wegen § 3 Abs. 2 TMG das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL, da sie Dienste aus nichtdeutschen Mitgliedstaaten nicht beschränkt.

Da soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste Medienintermediäre sind, gilt für sie die Transparenzpflicht aus § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV (i. V. m. § 97 S. 2 MStV). Danach müssen Medienintermediäre die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache in leicht wahrnehmbarer Weise, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar halten. Die Dienste wählen die Mittel zur Erfüllung dieser Pflicht selbst. Die hierdurch entstehende Transparenz soll es dem Nutzer ermöglichen, die präsentierten Inhalte angemessen zu würdigen und Meinungsvielfalt zu sichern.<sup>1407</sup> Nicht offengelegt werden müssen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wie beispielhaft der verwendete Vermittlungsalgorithmus selbst.<sup>1408</sup> Gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Regel bestehen keine Bedenken, so dass hier von einer entsprechenden Überprüfung der Vorschrift abgesehen wird.

Diese Transparenzpflicht gilt nach § 1 Abs. 8 S. 1, S. 3 Hs. 2 MStV für alle Medienintermediäre und Videosharing-Dienste, die zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind, also auch die großen Dienste mit (europäischem) Sitz in Irland.<sup>1409</sup> Die Ausführungen zum Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL (i. V. m. Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)) im Zusammenhang mit der Kennzeichnungspflicht nach § 93 Abs. 4 MStV werden hierzu in Bezug genommen, da die Kennzeichnungspflichten das Recht Irlands einschränken.<sup>1410</sup> Aktuelle irische Gesetzgebungsverfahren zur Plattformregulierung wie die Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017<sup>1411</sup> oder jüngst verabschie-

<sup>1407</sup> Vgl. Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 49 f.

<sup>1408</sup> Vgl. ebd., S. 50.

<sup>1409</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1410</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii) und Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 und 3 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) und Art. 28a AVMD-RL (2018)“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iv).

<sup>1411</sup> *Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas, Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017 (150/2017)*. Der Gesetzesentwurf befindet sich aktuell im Committee Stage (Dáil Éireann, Third Stage, 31. März 2021).

dete Gesetze wie der Online Safety and Media Regulation Act 2022<sup>1412</sup> sehen keine entsprechende Transparenzpflicht vor. Eine Ausnahmeregelung nach Art. 3 Abs. 4 ECRL lässt sich nicht begründen, weil die Verfahrensvorschriften nicht eingehalten sind. Auf die großen Dienste mit Sitz in einem nichtdeutschen Mitgliedstaat der EU lässt sich die Regelung daher nicht anwenden.

## 6. Evaluation: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten

Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste werden mit Blick auf die Desinformationsverbreitung – ungeachtet des an sie gerichteten NetzDG (vgl. § 1 Abs. 1, § 3d NetzDG)<sup>1413</sup> und Digital Services Act (DSA)<sup>1414</sup> – *de lege lata* noch nicht hinreichend adressiert, obwohl sich der Beginn der juristischen Diskussion zur Regulierung von Intermediärdiensten auf das Jahr 2007 zurückdatieren lässt.<sup>1415</sup>

Dabei lässt sich an der neu eingeführten Legaldefinition des Medienintermediärs in § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV, unter die ein soziales Netzwerk grundsätzlich subsumiert werden kann, bereits kritisieren, dass sie die Vermittlung zumindest auch journalistisch-redaktioneller Angebote Dritter voraussetzt. Hierdurch ergibt sich die Gefahr einer gesetzlichen Ungleichbehandlung zu Intermediärdiensten, die solche gerade nicht vermitteln, sondern bloß laienhafte Angebote.<sup>1416</sup> Zwar kann in lebensnaher Betrachtung davon ausgegangen werden, dass die allermeisten journalistisch-redaktionellen Angebote aufgrund einer gewissen Professionalität ihrer Anbieter eine höhere Relevanz für die Meinungsbildung entfalten als laienhafte Angebote. Insoweit scheint die Benachteiligung sachlich gerechtfertigt. Nichtsdestotrotz ist nicht ausgeschlossen, dass ein laienhaftes Angebot eine entsprechende Relevanz für die Meinungsbildung zeitigen kann. Bloß laienhafte Angebote vermittelnde Dienste unterstünden dann etwa nicht den Vielfaltsanforderungen des § 93 MStV, so dass einseitige Meinungsverzerrungen drohen. Entsprechend der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention wäre es für einen lückenlosen Schutz der Meinungsbildung angezeigt gewesen, hätte der Gesetzgeber stattdessen an das Kriterium der „Meinungsbildungsrelevanz“ anknüpft.<sup>1417</sup>

<sup>1412</sup> Online Safety and Media Regulation Act 2022 (41/2022) v. 10. Dezember 2022.

<sup>1413</sup> Siehe hierzu Abschnitt „Die Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten in Bezug auf „Fake News“ durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ unter Punkt E. V.

<sup>1414</sup> Siehe hierzu Abschnitt „Digital Services Act“ unter Punkt F.

<sup>1415</sup> Vgl. *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, S. 881 ff.; *Sieber/Liesching*, MMR-Beil. 2007, S. 1 ff. Zur Geschichte sozialer Netzwerke *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 47 ff.

<sup>1416</sup> *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, S. 235 f.; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2018, S. 689.

<sup>1417</sup> *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 20; *ders.*, MMR 2018, S. 568; *ders./Heidtke*, ebd. Zum Kriterium der Nutzerzahl für die Meinungsbildungsrelevanz siehe Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht vom Juni 2016, S. 36 spricht insofern von einer „Bagatellschwelle“. Ein ähnlicher Regelungsansatz findet sich in § 1 Abs. 2 NetzDG (2 Mio. Nutzer im Inland). Kritisch zur Quantifizierbarkeit der Meinungsmacht nach Nutzerzahlen *Müller-Terpitz*, AFP 2017, S. 383. Zum Kriterium bestehender Marktmacht für die

Zumindest lassen sich die an „Host-Provider“ adressierten Regelungen auch auf soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste anwenden, so dass sich zumindest Lösungsansprüche aus der allgemeinen Störerhaftung und Schadensersatzansprüche aus dem Vertrags- und Deliktsrecht ergeben können. Gleichwohl wirken sie erst retrospektiv und können daher kognitionswissenschaftliche Wirkungen auf die Meinungsbildung nicht verhindern.<sup>1418</sup>

Zwar schafft § 21 Abs. 2 TTDSG grundsätzlich die rechtlichen Voraussetzungen für eine Auskunftserteilung der Bestandsdaten der Schädiger an die Geschädigten durch die datenerhebenden Netzwerk- und Videosharing-Dienste, was abschreckend auf Schädiger wirken könnte. Auch das nunmehr einstufige Gerichtsverfahren über die Zulässigkeit und die Pflicht zur Erteilung der Bestandsdaten ist grundsätzlich schneller und effektiver als das frühere zweistufige Verfahren, nach dem unter Umständen verschiedene Gerichte zuständig waren.<sup>1419</sup> Aber auch das dauert zulange, wie sich anhand eines Beschlusses des OLG Schleswig zeigt, in dem die Rechtsverletzung im Januar eintrat und das erstinstanzliche Gericht erst im September die Bestandsdatenauskunft per Beschluss (rechtsfehlerhaft) ablehnte.<sup>1420</sup>

Ferner dürfen die Probleme der praktischen Umsetzbarkeit nicht außer Acht bleiben. Denn die Erhebung der persönlichen Daten eines Nutzers ist keine Rechtspflicht, sondern lediglich eine fakultative Möglichkeit der Anbieter, der sich soziale Netzwerke<sup>1421</sup> zwar bedienen, aber die erhobenen Nutzerdaten trotz alledem nicht hinreichend verifizieren.<sup>1422</sup>

Im Übrigen ist die Transparenzpflicht hinsichtlich der Kriterien der Aggregation, Selektion und Vermittlung sehr offen ausgestaltet. Ob der Nutzer aufgrund der mit § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV (i. V. m. § 97 S. 2 MStV) geschaffenen Transparenz in

---

Meinungsbildungsrelevanz siehe *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 27 f. Zurückhaltend hierbei *Paal*, MMR 2018, S. 570. Siehe hingegen *ders.*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 22, wobei das primäre Kriterium für die Marktmacht die Nutzeranzahl sein dürfte, vgl. auch S. 30. *ders./Hennemann*, JZ 2017, S. 653 sehen die Marktstellung des Intermediärs hingegen gänzlich unabhängig von der Meinungsbildungsrelevanz. Dabei kommt es freilich darauf an, wie der Terminus der Marktmacht gedeutet wird. Zum Kriterium des Umsatzes für die Meinungsbildungsrelevanz siehe Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. 85 ff. Rn. 206 ff. Für ein anhand der konkreten Meinungsbildungsrelevanz abgestuftes Pflichtenkonzept *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung, S. 30; *ders.*, MMR 2018, S. 570. Im Ansatz auch *Schulz/Dankert*, ebd., S. 74.

<sup>1418</sup> Siehe hierzu oben den Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

<sup>1419</sup> Vgl. *Gerecke*, Schnellere Auskunft von Instagram & Co., auf: LTO.de, Artikel vom 19. April 2022.

<sup>1420</sup> Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 23. März 2022, – 9 Wx 23/21 –, juris, Rn. 11, Rn. 19.

<sup>1421</sup> Vgl. beispielsweise *Facebook*, Ziffer 3.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com. Siehe ferner *Twitter*, Ziffer 1 und 2 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, i. V. m. Ziffer 1.3 der Datenschutzrichtlinie vom 18. Mai 2023 auf: Twitter.com, jetzt X.com.

<sup>1422</sup> Keine Rechtspflicht nach der vor dem 1. Dezember 2021 geltenden Rechtslage (§ 13 Abs. 6 S. 1 TMG a. F.), vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21, III ZR 4/21 –, juris, Rn. 50 ff.; Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 4/21 –, juris, Rn. 24 ff., Rn. 34, Rn. 37 ff.; *B. Krause*, NStZ 2016, S. 139; *Caspar*, ZRP 2015, S. 236.

Bezug auf Kriterien der Aggregation, Selektion und Vermittlung von Inhalten nachvollziehen kann, wie ihm angezeigte Inhalte zustande kommen, lässt sich mangels vorliegender Studien nicht beantworten.<sup>1423</sup> So lässt sich nur auf den Webseiten von *Facebook* und *YouTube* – auf den zweiten Blick – eine Rubrik<sup>1424</sup> finden, die Kriterien der personalisierten Videovermittlung in höchst rudimentärer Weise aufzeigt, nicht aber bei den sozialen Netzwerken wie *Instagram* oder *Twitter*. Dies ließe sich auch auf den Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL (i. V. m. Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)) zurückführen, da das Gesetz als mögliche Ausnahme vom Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4 ECRL – wie schon die Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV – zumindest an Verfahrensmängeln leidet. Insoweit werden Nutzer auch weiterhin nicht die konkrete Funktionsweise der verwendeten Algorithmen nachvollziehen können. Eine gewinnbringende Stärkung der Nutzerautonomie und der Integrität des Meinungsbildungsprozesses ist von dieser Transparenzpflicht nicht zu erwarten.

Der gesetzliche Nachholbedarf ist offenkundig. *De lege lata* ist das Regulierungsregime nicht hinreichend, um der Desinformationsverbreitung nachhaltig entgegenzutreten.

#### **IV. Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste durch sog. Community Standards**

In den letzten Jahren wurden in der Rechtsprechung und der juristischen Wissenschaft besonders stark die Zulässigkeit von Löschungen von Inhalten und Ausschlüssen aus den sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten auf Grundlage der sog. Community Standards diskutiert. Die Gemeinschaftstandards sind eine Art „Netiquette“, mit dem die Dienste in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verbreitung bestimmter Inhalte verbieten und diese im Falle ihrer Verbreitung entfernen und ihre Kundenbeziehungen auf diese Weise an ideologischen, sonst subjektiven Tendenzen oder nach wirtschaftlichen Rationalitäten ausrichten.

Insoweit stellte sich die Frage, ob Dienste Nutzerbeiträge auch bei einem bloßen Verstoß gegen ihre selbst gesetzten Community Standards löschen dürfen, wenn die Beiträge keine Rechte Dritter oder die objektive Rechtsordnung, etwa Strafgesetze, verletzen.

<sup>1423</sup> Ablehnend *Kottmann*, ZUM 2019, S. 119 f., nach dem zu viel Transparenz zu Intransparenz führe.

<sup>1424</sup> Vgl. *Facebook*, Rubrik „Hilfereich – Startseite – Wie funktioniert dein Feed“, auf Facebook.com; *YouTube*, Rubrik „Wie funktioniert *YouTube* – Produktmerkmale – Empfohlene Videos“, auf: YouTube.com.

Nach einer Ansicht ist das Löschen aufgrund der Gemeinschaftstandards unzulässig, da dann – anders als im Rahmen der allgemeinen Störerhaftung oder nach dem NetzDG – auch zulässige, von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckte Äußerungen der Nutzer gelöscht würden.<sup>1425</sup>

Nach der Gegenansicht sind Dienstbetreiber von Verfassungen wegen nicht gehindert, in ihren Geschäftsbedingungen strengere Äußerungsverbote vorzusehen, die auch nicht strafbare oder rechtsverletzende Meinungsäußerungen erfassen.<sup>1426</sup> Dies könnte dazu führen, dass die Gemeinschaftstandards vorsähen, dass Beiträge „aus beliebigem Grund“<sup>1427</sup> gelöscht werden dürften, um etwa Löschungen für Zweifelsfälle aus Besorgnis der Haftung zu ermöglichen. Wäre dies rechtlich zulässig, bestünde anders als nach der zuerst genannten Ansicht kein Nutzeranspruch auf Veröffentlichung, der einem „Overblocking“ entgegengesetzt werden könnte. Der Streit hängt maßgeblich davon ab, inwiefern der jeweilige Dienst die Grundrechte seiner Nutzer berücksichtigen muss. Die Dienste könnten im Verhältnis zu ihren Nutzern einer dem Staat vergleichbaren Grundrechtsbindung unterliegen, die sich aus dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag i. V. m. der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ergibt und zu Ansprüchen des Äußernden gegen den Dienst auf Zugang zu und Veröffentlichung in den Diensten führt. Nach einem *obiter dictum* des BVerfG aus seiner *Fraport*-Entscheidung, das jüngst in mehreren Entscheidungen<sup>1428</sup> bestätigt wurde, kann „je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung [...] die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleichkommen. Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen

<sup>1425</sup> OLG München MMR 2021, 71, 73 Rn. 65; 79, 82 Rn. 74; MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32. *Elsaß/Lasbusga/Tichy*, CR 2017, S. 239, S. 241.

<sup>1426</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 ff. mit Verweis auf OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Brandenburg GRUR-RS 2020, 35273 Rn. 12 f.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Bamberg GRUR-RS 2020, 38642 Rn. 39 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff.; *Beurskens*, NJW 2018, S. 3420; *D. Holznagel*, CR 2018, S. 369 Rn. 20; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 75; *Spindler*, CR 2019, S. 238 Rn. 23, Rn. 33, Rn. 35.

<sup>1427</sup> So etwa noch *Twitter*, Ziffer 4 („Beendigung dieser Bedingungen“) der ab dem 25. Mai 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: [Twitter.com](https://twitter.com), jetzt [X.com](https://x.com): „Wir können Ihre Accounts sperren oder kündigen oder Ihnen die Bereitstellung der Dienste jederzeit aus beliebigem Grund ganz oder teilweise verwehren [...].“

<sup>1428</sup> Jüngst BVerfGE 152, 152, 191 Rn. 88 – Recht auf Vergessen I; BVerfGE 148, 267, 280 f. Rn. 33, 283 f. Rn. 41 – Stadionverbot; 139, 378, 380 Rn. 5 – „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019, – 1 BvQ 42/19 –, juris, Rn. 15 – Entsperrung eines Facebook-Accounts.



[...]“<sup>1429</sup>. Dies könnte bei sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten der Fall sein, wenn sie gesellschaftlich relevante, offene Kommunikationsräume eröffnen, da solchen Diskussionsräumen eine besondere Funktion für die Meinungsbildung zukommt, wegen der die freie Kommunikationsmöglichkeit gewährleistet und der Meinungspluralismus sichergestellt werden muss.<sup>1430</sup> Dem Äußernden würden im Falle der Grundrechtsbindung der Dienste Ansprüche gegen Letzteres auf Zugang zu und Veröffentlichung von Beiträgen in den Diensten erwachsen. Beide Ansprüche würden sogar das virtuelle Hausrecht (Community Standards) des Dienstbetreibers einschränken. Der Anspruch auf Veröffentlichung könnte der Löschung rechtmäßiger Inhalte entgegengesetzt werden. Zugangssperren und Löschungen könnten Dienste nur noch unter Angabe sachlicher Gründe rechtfertigen, etwa durch das Vorliegen rechtswidriger Inhalte.

Eine Grundrechtsbindung scheidet hingegen aus, wenn Dienstbetreiber den Zugang über ihr Hausrecht von vornherein auf konkrete Personen beschränken. Denn die Kommunikationsgrundrechte geben „dem Einzelnen keinen Anspruch auf Zutritt zu ihm sonst nicht zugänglichen Orten“<sup>1431</sup>. Öffnen sie ihn aber für Jedermann, bestünde ein Kontrahierungszwang<sup>1432</sup> zum Vertragsabschluss aufgrund von Selbstbindung, wodurch wechselseitige Vertragspflichten für Dienstbetreiber und -nutzer entstünden, auf die die Grundrechte über die mittelbare Drittwirkung einstrahlen.<sup>1433</sup>

## 1. Grundsätzlich: Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Private Rechtsbeziehungen unterstehen grundsätzlich der freien Ausgestaltung durch die Vertragsparteien, was sich aus der verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ergibt, die wiederum durch viele Normen des Vertragsrechts begrenzt wird.<sup>1434</sup> Für den berufsmäßigen Anbieter gründet sich diese Möglichkeit ferner auf seiner Berufsausübungsfreiheit.<sup>1435</sup> Er kann seine Kundenbeziehungen nach subjektiven Präferenzen ausrichten.<sup>1436</sup> Deshalb darf er grund-

<sup>1429</sup> Richtungweisend BVerfGE 128, 226, 249 f. – Fraport (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>1430</sup> Ebd., S. 265 – Fraport *e contrario*.

<sup>1431</sup> Ebd.

<sup>1432</sup> Ebd., 252 – Fraport.

<sup>1433</sup> Siehe insoweit auch die Parallele im Vereinsrecht nach § 38 BGB, nach dem grundsätzlich kein Anspruch auf Aufnahme als Mitglied in einen Verein besteht, soweit kein Kontrahierungszwang vorliegt. Vgl. auch BGH NJW 1985, 2503, 2504; 1214, 1214 f. Soweit eine Aufnahme erfolgt ist, gelten die überwiegend in der Vereinssatzung ausgestalteten Pflichten für den Verein gegenüber seinen Mitgliedern wie auch der Mitglieder gegenüber ihrem Verein.

<sup>1434</sup> Zum Grundsatz der Vertragsfreiheit vgl. BVerfGE 103, 197, 215 – Pflegeversicherung I; 95, 267, 303 – Altschulden.

<sup>1435</sup> Zur dogmatischen Begründung siehe ausführlich *Elsaß/Lasbusgal/Tichy*, CR 2017, S. 235 ff.

<sup>1436</sup> BVerfGE 128, 226, 248 f. – Fraport.



sätzlich etwa Regeln für die von ihm angebotene Öffentlichkeit (Community Standards) sowie Rechtsfolgen für Verstöße deklinieren wie die Löschung bestimmter Beiträge bis hin zum vollständigen Ausschluss von Nutzern.

Unabhängig davon, ob sich der Ausschluss eines Nutzers auf das Hausrecht oder gesetzliche Regelungen stützt, tangiert der Dienst mit ihm aus grundrechtlicher Perspektive zumindest die Allgemeine Handlungsfreiheit sowie die Möglichkeit der Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte des Nutzers innerhalb des Dienstes. Beitragslöschungen und Kontosperrungen können die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisteten aktiven Äußerungsfreiheiten sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG betreffen. Diese gegenläufigen grundrechtlichen Belange sind innerhalb des Privatrechtsverhältnisses indes nicht unmittelbar zu berücksichtigen. Grundsätzlich ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG nur der Staat grundrechtsgebunden, nicht der Private.

## 2. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Nichtsdestotrotz beeinflussen die grundrechtlichen Belange auch private Rechtsbeziehungen, da Letztere im Einklang mit den Wertentscheidungen der Verfassung stehen müssen, welche die Fachgerichte als Mittler im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Rechts, insbesondere über die Einbruchstellen der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe, berücksichtigen müssen.<sup>1437</sup> Die grundrechtliche Ausstrahlungswirkung dient in den Drittwirkungskonstellationen primär dem angemessenen Ausgleich gleichberechtigter, kollidierender Interessen mehrerer Privater.<sup>1438</sup> Dabei müssen die widerstreitenden grundrechtlich geschützten Interessen in ihrer Wechselwirkung erfasst und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich gebracht werden, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.<sup>1439</sup>

Das BVerfG hat in seiner *Fraport*-Entscheidung im Kontext mit Kommunikation darauf hingewiesen, dass auch Private über die Lehre der mittelbaren Drittwirkung unter besonderen Voraussetzungen wie der Staat grundrechtsgebunden sein können.<sup>1440</sup> Es konkretisiert, dass insbesondere derjenige Private, der einen Kommunikationsraum eröffnet und mit seiner Bereitstellung die Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation in einer Funktion übernimmt, die dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen die Grundrechte seiner Teilnehmer wahren müsse.<sup>1441</sup> Sein in der Entschei-

<sup>1437</sup> Vgl. ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 198, 205 ff. – Lüth.

<sup>1438</sup> Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfGE 148, 267, 280 Rn. 32 – Stadionverbot 142, 74, 101 Rn. 82 – Sampling; 134, 204, 223 Rn. 68 – Werkverwertungsverträge; 129, 78, 101 f. – Le Corbusier.

<sup>1439</sup> BVerfGE 152, 152, 185 Rn. 76 – Recht auf Vergessen I; 148, 267, 280 Rn. 32 – Stadionverbot; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 59; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 71.

<sup>1440</sup> BVerfGE 152, 152, 191 Rn. 88 – Recht auf Vergessen I; 128, 226, 249 f. – Fraport.

<sup>1441</sup> Ebd.

dung angedeutetes Verständnis eines Systems einer graduellen Grundrechtsbindung bestätigte es innerhalb der letzten Jahre in mehreren Entscheidungen (einstweilige Anordnung zum „*Bierdosen-Flashmob für die Freiheit*“ 2015, Beschluss zum bundesweiten *Stadionverbot* 2018, Beschluss zum *Recht auf Vergessen I*).<sup>1442</sup> Im Verfahren zum *Stadionverbot* wurde ein Fan mit einem zweijährigen bundesweiten Stadionzugangsverbot belegt, da von ihm Störungen weiterer Spiele erwartet wurden, durch die sowohl eine reibungslose Durchführung der Bundesligaspiele als auch das Wohl der Sportler gefährdet gewesen wären. Dabei hat das BVerfG herausgestellt, dass ein bundesweites Zugangsverbot eine erhebliche Beeinträchtigung des Zuschauers darstelle und dem im Namen des DFB handelnden Stadionbetreiber eine monopolartige Stellung zukomme, weshalb es gerechtfertigt sei, dass Letzterer, trotz seines aus der Eigentumsgarantie folgenden, einfach-gesetzlich konkretisierten Hausrechts, Stadionausschlüsse nicht sachgrundlos willkürlich vornehmen dürfe, also das Allgemeine Gleichbehandlungsgebot achten müsse.<sup>1443</sup> Der Betreiber ist also mittelbar grundrechtsgebunden. Der Beschluss eröffnete jüngst die Diskussion darüber, ob die Bindung auch auf soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste zutreffe.<sup>1444</sup> Das BVerfG deutete ein solches Verständnis in Bezug auf soziale Netzwerke in einer einstweiligen Anordnung zur *Entsperrung eines Facebook-Accounts* 2019 ausdrücklich an, ohne sich festzulegen.<sup>1445</sup> Die Fachgerichte entschieden in dieser Frage uneinheitlich.<sup>1446</sup> Der BGH nahm in seinen Urteilen im Jahr 2021 keine vollständige Grundrechtsbindung der Netzwerke an.<sup>1447</sup> Dies unterstreicht den bestehenden Klärungsbedarf.

<sup>1442</sup> Als „*relativ*“ bezeichnet in ebd., S. 249 – Fraport; BVerfGE 152, 152, 185 Rn. 77 – Recht auf Vergessen I; 148, 267, 280 f. Rn. 33; 283 f. Rn. 41 – Stadionverbot; 139, 378, 380 Rn. 5 – „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“.

<sup>1443</sup> Vgl. BVerfGE 148, 267, 281 Rn. 36 – Stadionverbot.

<sup>1444</sup> Vgl. *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 75; *Spindler*, CR 2019, S. 238 Rn. 23, Rn. 33, Rn. 35; *Beurskens*, NJW 2018, S. 3420; *D. Holznagel*, CR 2018, S. 369 Rn. 20; *Elsaß/Lasbusgal/Tichy*, CR 2017, S. 239 ff.

<sup>1445</sup> BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019, – 1 BvQ 42/19 –, juris, Rn. 15 – Entsperrung eines Facebook-Accounts.

<sup>1446</sup> Vgl. für eine Grundrechtsbindung. OLG München MMR 2021, 71, 73 Rn. 65; 79, 82 Rn. 74; MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3119, 3120 Rn. 21; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 20, Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32. Gegen eine Grundrechtsbindung vgl. OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Brandenburg GRUR-RS 2020, 35273 Rn. 12 f.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Bamberg GRUR-RS 2020, 38642 Rn. 39 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff.

<sup>1447</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 f.

### 3. Reichweite der mittelbaren Drittwirkung

Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die Reichweite der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte über die Lehre der mittelbaren Drittwirkung vom jeweiligen Einzelfall abhängt. Die mittelbare Drittwirkung funktioniert nicht nach einem binären „On-/Off-Konzept“, sondern relativ. Wenn das BVerfG in seinem Beschluss aufzeigt, dass der Stadionbetreiber bei einem bundesweiten Stadionverbot grundrechtliche Wertungen beachten müsse, dann spiegelt das das Ergebnis einer konkreten Abwägung der betroffenen Verfassungspositionen wider, nicht hingegen einen pauschalen Grundsatz. Dies macht der Senat hinreichend deutlich, indem er von einer „spezifischen (Ausnahme-)Konstellation“<sup>1448</sup> spricht, die stets anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles festgestellt werden muss.

Maßgeblich seien vier Faktoren: „Die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite.“<sup>1449</sup> Diese Kriterien lassen sich damit erklären, dass sie Indizien dafür liefern, ob ein Privater eine dem Staat vergleichbare Stellung einnimmt. Je mehr dies zutrifft, desto mehr muss er gebunden sein. Die Reichweite der mittelbaren Drittwirkung bestimmt sich folglich graduell aus einer *Je-Desto*-Betrachtung der genannten Paritätskriterien. Denn die grundrechtlich geschützte Privatautonomie beruht gerade auf dem Prinzip der Vertragsparität. Eine Ausnahme in Form der Grundrechtsbindung eines Vertragsteils erscheint deshalb allenfalls gerechtfertigt, wenn zwischen den Partnern eine besondere Disparität besteht, die sich anhand der genannten Implikatoren feststellen lässt.<sup>1450</sup> Eine tiefgreifende Disparität vermag deshalb etwa auch einen Kontrahierungszwang zu rechtfertigen. Verstärkt wird dies aus gleichheits- und kommunikationsrechtlicher Perspektive, wenn sich die beanspruchte Partei eigenständig selbst bindet, indem sie ihre Leistung einem großen Publikum grundsätzlich unterschiedslos öffnet.<sup>1451</sup> Dennoch darf bei der Beantwortung dieser Fragen im Rahmen eines ausgewogenen Grundrechtsausgleichs nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Dienste eigene grundrechtlich geschützte Interessen wahrnehmen.

<sup>1448</sup> BVerfGE 148, 267, 283 f. Rn. 41 – Stadionverbot. Vgl. jetzt auch BVerfGE 152, 152, 186 f. Rn. 80 f. – Recht auf Vergessen I. Die Hervorhebung erfolgte durch den Verfasser.

<sup>1449</sup> BVerfGE 148, 267, 280 f. Rn. 33 – Stadionverbot mit Hinweis auf BVerfGE 89, 214, 232 ff. – Bürgschaftsverträge. Jetzt auch BVerfGE 152, 152, 185 Rn. 77 – Recht auf Vergessen I.

<sup>1450</sup> Vgl. BVerfGE 103 89, 100 f. – Unterhaltsverzichtsvertrag; 89, 214, 232 – Bürgschaftsverträge. Von „Machtasymmetrien“ sprechen *Augsberg/Petras*, JuS 2022, S. 100.

<sup>1451</sup> Vgl. BVerfGE 148, 267, 283 f. Rn. 41 – Stadionverbot.

#### 4. Konkrete Betrachtung der mittelbaren Drittwirkung im Kontext sozialer Netzwerke und Videosharing-Dienste

In Konstellationen von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten und Nutzern besteht – unabhängig davon, ob das Hausrecht auch Bestandteil des konkreten Netzwerk- oder Videosharing-Dienstnutzungsvertrages geworden ist – die abwägungsbedürftige Kollision zwischen den Nutzerinteressen in Form des Gleichbehandlungsgebots und der Kommunikationsfreiheit und den Betreiberinteressen in Form ihrer Berufsausübungs-, Vertrags- und unter Umständen auch ihrer Meinungsfreiheit.<sup>1452</sup> Aus diesem konkreten, an den aufgezeigten Paritätskriterien orientierten Widerstreit ergibt sich die jeweilige Reichweite der mittelbaren Drittwirkung. Bereits abstrakt lässt sich sagen, dass sich Einschränkungen der Berufsausübung und der Vertragsfreiheit grundsätzlich unter der Darlegung von Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen. Diese könnten in dieser Konstellation in der gesellschaftlichen Bedeutung der Partizipation am digitalen, sozialen und kommunikativen Leben sowie zugleich einer möglichen besonderen Verantwortung der Dienstbetreiber im Rahmen etwaiger die Nutzer betreffenden Entscheidungen liegen. Dabei könnte sich ein Anspruch auf willkürfreien Zugang ergeben, wenn die Dienste ihren Nutzern strukturell überlegen sind und einem großen Publikum den Zugang ohne Ansehen der konkreten Person gewähren, da dies den Gleichbehandlungsgrundsatz in besonderer Weise aktivieren würde.<sup>1453</sup> Für einen Nutzeranspruch auf Veröffentlichung ist maßgeblich, ob mit dem Dienst ein allgemein zugänglicher Kommunikationsraum eröffnet wurde, weil in offenen Verkehrsräumen Meinungskampf betrieben werden soll, so dass dem Dienst eine dem Staat vergleichbare Berücksichtigungspflicht der Nutzerkommunikationsfreiheiten zukommen würde.<sup>1454</sup> In diesen Fällen würden die grundrechtlichen Belange des Dienstes grundsätzlich zugunsten derer der Nutzer zurücktreten. *Prima vista* treffen auf soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste alle für eine Grundrechtsbindung sprechenden Kriterien zu: Sie scheinen in der digitalen Gesellschaft schier unumgänglich, was einerseits ihren hohen gesellschaftlichen Stellenwert impliziert, andererseits aber auch ihre Wirkmacht und die Angewiesenheit des Nutzers auf den Dienstbetreiber ausdrückt. Ferner muten sie als digitale, öffentliche Kommunikationszentren an, was für einen offenen Kommunikationsraum spricht.

<sup>1452</sup> Das Netzwerk kann sich bei der Vermittlung von fremden Inhalten grundsätzlich nicht auf die Meinungsfreiheit berufen, vgl. Abschnitt „Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb).

<sup>1453</sup> Vgl. BVerfGE 148, 267, 283 f. Rn. 41 – Stadionverbot; BGHZ 124, 39, 43 – Taschenkontrolle.

<sup>1454</sup> Siehe dahingehend BVerfGE 128, 226, 251 f. – Fraport.

a) *Das soziale Netzwerk und der Videosharing-Dienst als unausweichliches Desiderat für das „Onlife“*

Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste ermöglichen die aktive Kommunikation in jedweder Form und dienen der präferenzgesteuerten, teils sekundenaktuellen Informationsbeschaffung. Dabei sind nahezu alle sozialen und politischen Akteure, klassische Medienbetreiber sowie zunehmend auch staatliche Einrichtungen in ihnen aktiv.<sup>1455</sup> Eine entsprechend breitenwirksame Kommunikation und zentrale Informationsaufnahme ist im dezentralen Internet nicht vergleichbar möglich. Die Dienste sind Ballungsräume soziokultureller, politischer Kommunikation und stellen ein Desiderat für das sog. „Onlife“ dar, was ein klares Indiz für ihre Unausweichlichkeit liefert. „Lock-in“-Effekte bedingen dabei eine enge Bindung der Nutzer an die Dienste; gerade für die „digital natives“ sind die Dienste nicht mehr wegzudenken.<sup>1456</sup> Ihre gesellschaftliche Relevanz dürfte sich im Zuge fortschreitender Digitalisierung noch erhöhen, was nicht zuletzt die stetig wachsende Zahl internetfähiger Endgeräte bedingt.

Viele soziale Gruppen kommunizieren einzig über die Netzwerke, so dass Ausschlüsse dazu führen könnten, dass sich Teilnehmer dieser Gruppen nicht mehr an gruppeninternen und öffentlichen Debatten sowie auch abseits des digitalen sozialen Lebens beteiligen.<sup>1457</sup> Daher ist die Teilnahme an den Diensten für den Nutzer essentiell, um sozialer Isolation vorzubeugen.<sup>1458</sup> Aufgrund dieser Abhängigkeit wirken Ausschlüsse und Löschungen im Hinblick auf die geschützten Kommunikationsinteressen des Nutzers besonders schwer.

b) *Die Marktmacht des jeweiligen Netzwerks und Videosharing-Dienstes*

Auch die Marktmacht eines Netzwerkes oder Videosharing-Dienstes könnte die Abhängigkeit des Nutzers gegenüber dem Dienst sowie die soziale Mächtigkeit des Letzteren verstärken. Denn besonders starke Beeinträchtigungen der Nutzerinteressen betreffen vor allem Ausschlüsse und Löschungen des als „marktbeherrschend“<sup>1459</sup> eingestuftes Netzwerks *Facebook* mit seinen weltweit rund 2,9 Mrd. Nutzern, davon

<sup>1455</sup> Vgl. nur KEK, 13. Jahresbericht 2010, S. 338.

<sup>1456</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 55; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 67 f.; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 79 f. So auch *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 301; *B. Raue*, JZ 2018, S. 966 mit Hinweis auf die Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. 109 Rn. 302. *Schiff*, MMR 2018, S. 371.

<sup>1457</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, ebd.; VG Mainz MMR 2018, 556, 560 Rn. 145.

<sup>1458</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152 189 Rn. 85 – Recht auf Vergessen I; *Kutschal/Thomé*, Grundrechtsschutz im Internet, S. 44.

<sup>1459</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 48; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 60; Beschluss vom 28. Januar 2021, – III ZR 156/20 –, juris, Rn. 12 m. w. N.; Beschluss vom 23. Juni 2020, – KVR 69/19 – juris, Rn. 14 ff.; BKartA, Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren, auf: Bundeskartellamt.de, Pressemitteilung vom 17. Dezember 2017.

10 Mio. täglich in Deutschland, sowie die Dienste von *You Tube* mit seinen 2,5 Mrd. Nutzern, davon wöchentlich 30 Mio. in Deutschland, und *Instagram* mit weltweit etwa 1,4 Mrd., in Deutschland täglich etwa 11 Mio. Nutzern.<sup>1460</sup> Der Kurznachrichtendienst *Twitter* liegt zwar im Vergleich der aktiven Nutzer – weltweit etwa 436 Mio., täglich 1,4 Mio. in Deutschland – als Implikator seiner gesellschaftlichen Bedeutung zurück.<sup>1461</sup> Aber auch bei dieser Nutzeranzahl kann man nicht von einer geringen Relevanz sprechen. Auch andere, derweil weniger populäre Dienste können diesen Grad künftig erreichen.

Allerdings kann eine bloß besondere Marktmacht eines privaten Akteurs allein nicht unmittelbar mit der Monopolstellung eines staatlichen Unternehmens auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge, wie etwa früher der Post, gleichgesetzt werden.<sup>1462</sup> Andernfalls wären wirtschaftlich mächtige Privatunternehmen stets mit dem Staat vergleichbar und trotz eigener grundrechtlicher Betätigung an die Grundrechte Dritter gebunden. Dies hätte eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zur Folge, die der Grundentscheidung aus Art. 1 Abs. 3 GG widerspräche, nach der nur der Staat grundrechtsgebunden ist. Insoweit bedarf es eines tatsächlichen Monopols eines privaten Anbieters, um zu einer dem Staat vergleichbaren Grundrechtsbindung zu gelangen.

*c) Das soziale Netzwerk bzw. der Videosharing-Dienst als eigenständiger Kommunikationsmarkt*

Gegen eine unausweichliche Monopolstellung eines sozialen Netzwerks oder Videosharing-Dienstes könnte ferner die bestehende Vielzahl von entsprechenden Diensten sprechen. Denn Ausschlüsse aus einer der bedeutsamen Kommunikationsinfrastrukturen gelten nicht dienstübergreifend. In dem Beschluss zum *Stadionverbot* handelte es sich streitgegenständlich hingegen um ein bundesweites – übergreifendes – Zutrittsverbot für alle Stadien im Bundesgebiet. Dies deutet auf eine vergleichsweise höhere Eingriffsintensität im Vergleich zu Ausschlüssen aus sozialen Netzwerken oder Videosharing-Diensten hin: Wer aus einem solchen Dienst ausgeschlossen wird, kann sich in einem anderen anmelden oder anderen sozialen Medien bedienen, um zu kommunizieren. Die kommunikative Partizipation im Internet kann anderweitig sichergestellt werden, wodurch eine Monopolstellung des jeweiligen sozialen Netzwerks oder Videosharing-Dienstes nicht bestünde.<sup>1463</sup>

<sup>1460</sup> Vgl. *L. Rabe*, Ranking der größten Social Networks und Messenger nach der Anzahl der Nutzer im Januar 2022, auf: Statista.de, Statistik vom 27. Januar 2022; *Tönn*, Social Media 2022: Aktuelle Nutzerzahlen, auf: Kontor4, Beitrag vom 3. Januar 2022.

<sup>1461</sup> Zu den Zahlen, ebd.

<sup>1462</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 59; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 71; OLG Hamm K&R 2020, 841, 844 f.; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 62.

<sup>1463</sup> Vgl. VG Mainz MMR 2018, 556, 560 Rn. 145. *Feldmann/Heidrich*, CR 2006, S. 412. In diese Richtung *Liesching* im Interview mit *M. Amos*, Im Staate Facebook auf: LTO.de, Artikel vom 24. September 2018. Als „Quasi-Monopolstellung“ bezeichnend, OLG Dresden NJW 2018,



Diese Annahme würde aber voraussetzen, dass man im Bereich der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste von einem (Gesamt-)Markt ausgeht, der nur wenig beeinträchtigt ist, wenn man einen Dienst nicht mehr nutzen darf. Gegen diese Annahme spricht jedoch, dass die Dienste nur teilweise interagieren; zumindest für Dienste, die denselben Betreiber haben, können Interaktionen nicht *per se* verneint werden. Jedoch kann nur im Falle von umfänglicher Interaktion aller sozialen Netzwerke oder Videosharing-Dienste von einem transparenten und einheitlichen Gesamtmeinungsmarkt gesprochen werden. Diese Voraussetzung wird indes nicht erfüllt.

Das gegen die Unausweichlichkeit eines Dienstes sprechende Argument der Partizipationsmöglichkeiten in anderen Diensten lässt sich durch ein simples Beispiel widerlegen: Wer beim Fußball ausgeschlossen wird, obwohl er diesen Sport sehen möchte, wird sich zur Kompensation nicht in Handball- oder Basketballarenen begeben. Es würden sprichwörtlich Äpfel mit Birnen verglichen. Im Hinblick auf das Stadionverbot würde letztlich nicht von dem kleinsten gemeinsamen Nenner der „Fußballstadien“, sondern von der Vergleichsgruppe „Sportstadien“ ausgegangen. Die Möglichkeit, andere Stadien zu besuchen, stünde dem Fußballfan weiterhin offen, so dass auch dem DFB keine Monopolstellung erwüchse. In dieser Konsequenz müsste auch der Stadionverbotsbeschluss anders beurteilt werden. Diese Erkenntnisse lassen sich auf soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste übertragen. Die Dienst- und Angebotsstrukturen der konkreten Dienste sind wie die obigen Vergleichsfälle sehr unterschiedlich. Während beispielsweise *Twitter* primär auf die Verbreitung von kurzen Texten ausgerichtet ist, liegt der Schwerpunkt bei *Instagram* auf der Verbreitung von Bildern und (Kurz-)Videos. Der Behauptung, ein Ausschluss aus einem Dienst sei deshalb weniger einschneidend, weil andere Dienste zur Verfügung stünden, kann daher nicht gefolgt werden.

Wegen menschlich begrenzter Kapazitäten und zeitlicher Ressourcen fokussieren sich Nutzer oft nur auf einen Dienst.<sup>1464</sup> Ausschlaggebend sind das spezielle Angebot wie die Bündelung aller großen Medien nebst Instant-Chat-Diensten und Applikationen sowie die Nutzung durch das soziale Umfeld und gesellschaftliche Trends. Nutzer unterwerfen sich daher nur einem Meinungsmarkt, dessen Nutzung für sie besonders bedeutsam ist, und über den der Betreiber allein wacht.<sup>1465</sup> Aus der Nutzung ergeben sich Wechselwirkungen der On- und Offline-Kommunikation, weil Diskurse aus dem realen Leben in die Dienste über- und fortgeführt werden und andersherum.<sup>1466</sup> Dies verdeutlicht abermals die Sozialisierungseffekte und die bei Zugangsverweigerung drohende Gefahr sozialer Isolation.

---

3111, 3114; OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. September 2018, – 4 W 63/18 –, juris, Rn 74.

Ähnlich OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 62; *Augsberg/Petras*, JuS 2022, S. 102.

<sup>1464</sup> *B. Raue*, JZ 2018, S. 966. Vgl. jetzt BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 55.

<sup>1465</sup> Ebd. So auch *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 311 f.; *Worms/Gusy*, DuD 2012, S. 96.

<sup>1466</sup> *Pille*, ebd., S. 312; *Worms/Gusy*, ebd.



Möglichkeiten, wie beispielsweise die analoge Kommunikation mit dem sozialen Umfeld, die eine besondere Abhängigkeit des Nutzers von einem bestimmten Dienst negieren könnten, bestehen zumindest nicht in vergleichbarer Weise. Zur Teilnahme an sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten gibt es derweil tatsächlich kein reelles Substitut – die Gesellschaft ist auf sie angewiesen und damit gewissermaßen abhängig.<sup>1467</sup> Aus diesen Gründen muss jedes soziale Netzwerk und jeder Videosharing-Dienst als eigenständiger Kommunikationsmarkt qualifiziert werden, der von seinem Betreiber beherrscht wird. Den einzelnen Diensten kommt damit eine unausweichliche, zumindest „quasi-monopolartige“ Stellung zu.<sup>1468</sup>

*d) Strukturelle Ungleichheit von Netzwerk und Nutzer*

Die strukturelle Ungleichheit von Nutzern und Dienst verstärkt sich dadurch, dass die Nutzer grundsätzlich nicht individuell auf die Vertragsgestaltung einwirken können.

*e) Öffnung eines Verkehrs*

Zu klären ist noch, ob Dienste öffentliche Verkehrs- oder Kommunikationsräume bilden, die grundsätzlich weder beim Zugang zwischen der Person des Nutzungswilligen als auch im Rahmen der Kommunikation zwischen spezifischen Thematiken unterscheiden. In diesem Fall liegt eine generelle Öffnung vor, die grundsätzlich die Berücksichtigung der Kommunikationsgrundrechte erforderlich macht.<sup>1469</sup> Eine solche Öffnung liegt vor, wenn der Dienst durch Teilnahme am öffentlichen sozialen Leben einer Selbstbindung (aa)) unterliegt und/oder ein öffentliches Forum (bb)) darstellt.

*aa) Selbstbindung durch Teilnahme am öffentlichen sozialen Leben*

Grundsätzlich dient die Privatautonomie in Form der Vertragsfreiheit der Selbstentfaltung des Einzelnen.<sup>1470</sup> Dabei setzt die Privatautonomie ein Gegenübertreten auf Ebene der Gleichordnung voraus, so dass allen Vertragspartnern die Selbstentfaltung ermöglicht wird.

Indem der Dienst einem Jeden seine Leistungen zu gleichen Konditionen anbietet, wird bereits deutlich, dass dem individuellen Nutzer grundsätzlich nur eine untergeordnete Rolle zukommt. Selbst das privatrechtlich relevante Insolvenzrisiko spielt für die hauptsächlich unentgeltlichen Netzwerk- und Videosharing-Dienste

<sup>1467</sup> *Pille*, ebd., S. 375; *Worms/Gusy*, ebd., S. 98; *B. Raue*, JZ 2018, S. 966; *Elsaß/Lasbusgal/Tichy*, CR 2017, S. 239.

<sup>1468</sup> Vgl. *Pille*, ebd. m. w. N.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3114; OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. September 2018, – 4 W 63/18 –, juris, Rn 74. Ähnlich OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 62.

<sup>1469</sup> Siehe nur BVerfGE 128, 226, 252 – Fraport.

<sup>1470</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214, 232 – Bürgschaftsverträge.

keine Rolle.<sup>1471</sup> In dieser Art der Verwirklichung der Vertragsfreiheit manifestiert sich, dass die Dienste ihrer negativen Vertragsfreiheit, also dem Freisein von rechtlichen Bindungen, keine besondere Bedeutung beimessen.<sup>1472</sup> Aufgrund des eigenen, massenhaften und damit selbstbindenden Verhaltens wird die Vertragsfreiheit an dieser Stelle ein Stück weit aufgegeben.

Durch diese Grundentscheidung öffnen sie ihren „Geschäftsraum“ allgemein für das soziale Leben und profitieren von ihrem großen Kundenstamm und seiner Monetarisierbarkeit am Werbemarkt.<sup>1473</sup> Wer aber Vorteile aus der öffentlichen Teilnahme zieht, muss sich grundsätzlich auch an gewissen Pflichten festhalten lassen. Diese durch das Eigenverhalten des jeweiligen Dienstes eingerichtete Öffentlichkeit führt zu seiner stärkeren Bindung an grundlegende gesellschaftliche Konventionen und Wertentscheidungen wie die Grundrechte.<sup>1474</sup> Willkürliche Löschungen oder Ausschlüsse stünden im Widerspruch zur grundsätzlich vorbehaltlosen Öffnung. Es geht hierbei eben nicht mehr allein darum, dass der Grundrechtsträger in Person des Dienstes bloß höchstpersönliche Entscheidungen trifft. Die vorbehaltlose Öffnung führt zur Annahme eines öffentlichen Verkehrsraums.

#### bb) Einrichtung eines öffentlichen Forums

Das BVerfG hat zudem ein wichtiges, für eine Bindung an Kommunikationsgrundrechte sprechendes Kriterium in seiner *Fraport*-Entscheidung herausgearbeitet: Die Erschaffung eines öffentlichen Forums.<sup>1475</sup> Dies resultiert maßgeblich daraus, dass die Kommunikationsfreiheiten die Voraussetzung sowohl der individuellen Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen als auch der freiheitlich-demokratischen Grundordnung darstellen. Eine Verfassung kann aber nur als freiheitlich und demokratie-staatlich bezeichnet werden, wenn in jedem öffentlichen Kommunikationsraum auch die Möglichkeit öffentlicher Auseinandersetzung, also der geistige Kampf der Meinungen, ermöglicht wird.<sup>1476</sup> Nichts anderes kann für die von Privaten erschaffenen, allgemein zugänglichen Kommunikationsräume gelten, die in Konkurrenz zu öffentlichen Räumen stehen. Unabhängig davon, ob sie zur Ergänzung oder gar zur Verdrängung öffentlicher Kommunikationsräume führen, darf ihre Privatisierung nicht zur Aushebelung der individuellen und demokratisch wesentlichen Kommunikationsfreiheiten führen. Auch dort muss Meinungsvielfalt gewährleistet sein.

<sup>1471</sup> *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 377.

<sup>1472</sup> Vgl. BGH NJW 2012, 1725, 1727 Rn. 22 f. – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; *Langenfeld*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 3 III Rn. 93 (Vertragsfreiheit „nur marginal betroffen“); *B. Raue*, JZ 2018, S. 966.

<sup>1473</sup> *B. Raue*, ebd.

<sup>1474</sup> Ebd.

<sup>1475</sup> BVerfGE 128, 226, 252 f., 267 f. – *Fraport*.

<sup>1476</sup> Ebd., S. 254, 267 f. – *Fraport*.

Somit stellt sich die Frage, ob in einem sozialen Netzwerk oder Videosharing-Dienst ein solcher Kommunikationsraum nach dem Leitbild des öffentlichen Forums erschaffen ist.<sup>1477</sup> Hierfür ist maßgeblich, ob in ihm vielfältige Tätigkeiten und Anliegen verfolgt werden können, wodurch ein vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht entsteht.<sup>1478</sup> Negativ müssen davon Plattformen abgegrenzt werden, die der Allgemeinheit nur zu ganz bestimmten Zwecken dienen sollen und entsprechend ausgestaltet sind.<sup>1479</sup> Insbesondere dort, wo Stätten des Verweilens, des Konsums oder der Begegnung entstehen, die nicht durch eine eindeutig eingrenzende Zweckbestimmung gekennzeichnet sind, liegen solch öffentliche Foren vor.<sup>1480</sup>

Dienste, die nach der Legaldefinition aus § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG ein soziales Netzwerk oder einen Videosharing-Dienst (§ 3e Abs. 1 Nr. 1 NetzDG) darstellen, dienen dazu, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen. Nur unter dieser Voraussetzung ist der Anwendungsbereich des NetzDG eröffnet. Diese Dienste sind schon begriffstechnisch öffentliche Foren.

Dies lässt sich anhand der genannten Dienste *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* verdeutlichen, die die Kommunikationsräume nicht zu besonderen Kommunikationszwecken einschränken, sondern mit ihren Gemeinschaftstandards nur bestimmte Äußerungsformen untersagen.<sup>1481</sup> Sie stehen vielmehr offen für jede Art von Äußerung, für Begegnungen von Menschen, die sich neben der allgemeinen und offenen Kommunikation über den „News Feed“ wiederum in bestimmten Subgruppen organisieren und Konsumangebote, wie beispielsweise Spiele, Medienangebote oder Instant-Chat-Dienste, wahrnehmen können. Ein freier Austausch wird grundsätzlich gewährleistet. Sie bieten gewissermaßen einen Marktplatz der Information, der Ideen und damit der Kommunikation.<sup>1482</sup> Sie werden mitunter sogar als „*Forum Romanum*“<sup>1483</sup> der heutigen Zeit proklamiert.

<sup>1477</sup> Ebd., S. 253 – Fraport mit Hinweis auf Supreme Court of Canada, 1 S. C. R. 139 (1991) – Committee for the Commonwealth of Canada ./. Canada; Supreme Court of the United States, 505 U. S. 672 (1992) – International Society for Krishna Consciousness (ISKCON) ./. Lee.

<sup>1478</sup> BVerfGE 128, 226, 253 – Fraport.

<sup>1479</sup> Ebd.

<sup>1480</sup> Ebd.

<sup>1481</sup> Vgl. *Facebook*, Ziffer 3.2.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Facebook.com. *Instagram*, Rubrik „Entfernung von Inhalten und Deaktivierung oder Sperrung deines Kontos“ der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Instagram.com; *Twitter*, Ziffer 3 der ab 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. der Richtlinie zu Hass schürendem Verhalten (April 2023), auf: Twitter.com, jetzt X.com; *YouTube*, Rubrik „Ihre Nutzung des Dienstes“ in den ab dem 5. Januar 2022 gültigen Nutzerbedingungen i. V. m. der Hate Speech Policy, auf: YouTube.com.

<sup>1482</sup> OLG München MMR 2020, 79, 81 Rn. 81; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 26; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 475 Rn. 21.

<sup>1483</sup> J. Steinhöfel im Interview mit C. v. Lijnden, „Facebook ist das Forum Romanum unserer Zeit“, in: FAZ-Einspruch-Magazin, Artikel vom 19. September 2018, S. 43.

Aufgrund der objektiven Dimension der Kommunikationsfreiheiten ist der Staat verpflichtet, die freie Kommunikation auch in solch privat errichteten Öffentlichkeiten zu ermöglichen.<sup>1484</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass die Intention des privaten Betreibers, einen offenen Raum mit „*Wohlfühlatmosphäre*“<sup>1485</sup> zu erschaffen, in dem seine Nutzer nicht mit dem „*Elend der Welt*“<sup>1486</sup> konfrontiert werden, grundsätzlich hinter das elementare Anliegen der Teilnahme des Einzelnen an der gesellschaftlichen Kommunikation zurücktreten muss.<sup>1487</sup> Denn niemand muss ein öffentliches Forum zum kommunikativen Austausch errichten.<sup>1488</sup> Tut er dies, rechtfertigt das grundsätzlich ein Zurückstehen seiner vertraglichen Ausgestaltungsfreiheit gegenüber den Kommunikationsgrundrechten der Teilnehmer. Willkürliche Ausschlüsse und Löschungen dürfen schon aufgrund des unmittelbaren Widerspruchs zur Öffnung eines Kommunikationsraumes für die Allgemeinheit nicht mehr erfolgen.<sup>1489</sup> Der Betreiber eines öffentlichen Forums darf insoweit die Meinungsfreiheit seiner Nutzer grundsätzlich nicht unberücksichtigt lassen.<sup>1490</sup>

*f) Übernahme der Bereitstellung der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation*

Ungeachtet der „quasi-monopolartigen“ Stellung der Dienste, ihrer grundsätzlichen strukturellen Überlegenheit gegenüber ihren Nutzern und dem öffentlichen Forum, das die Dienste eröffnen, verneinte der BGH mit seinem Urteil zur Zulässigkeit von Löschungen von *Facebook* auf Grundlage der Gemeinschaftstandards im Jahr 2021, dass der Dienst einer dem Staat gleichen Grundrechtsbindung hinsichtlich der Kommunikationsgrundrechte seiner Nutzer unterliegt.<sup>1491</sup> Er bezieht sich dabei auf die Rechtsprechung des BVerfG, nach der einem Privaten eine dem Staat vergleichbare Grundrechtsbindung im Bereich des verfassungsrechtlichen Kommunikationsschutzes zuteilwerden kann, wenn er die Rahmenbedingungen der öffentlichen Kommunikation in einer Funktion übernimmt, die dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.<sup>1492</sup> Diese Voraussetzung lehnte er im

<sup>1484</sup> Vgl. BVerfGE 25, 256, 268 – Blinkfüer; EGMR NJOZ 2011, 1064, 1067 Rn. 137 – Dink ./. Türkei; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 109, Rn. 112.

<sup>1485</sup> BVerfGE 128, 226, 266 – Fraport.

<sup>1486</sup> BVerfGE 102, 347, 364 – Benetton-Werbung.

<sup>1487</sup> Andere Ansicht offenbar LG Heidelberg MMR 2018, 773, 775 Rn. 31 ff., Rn. 36.

<sup>1488</sup> Zu anderweitigen Ausgestaltungsmöglichkeiten ausführlich *B. Raue*, JZ 2018, S. 967.

<sup>1489</sup> BVerfGE 128, 226, 252 – Fraport.

<sup>1490</sup> Im Ergebnis ebenso OLG München NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 26; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 475 Rn. 21. Vgl. auch implizit LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 Rn. 11 ff.; *B. Raue*, JZ 2018, S. 967. Zurückhaltender *Peifer*, AfP 2018, S. 20; *D. Holznagel*, CR 2018, S. 371 f.

<sup>1491</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 59; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 71.

<sup>1492</sup> Vgl. ebd. bezogen auf BVerfGE 128, 226, 249 f. – Fraport; 152, 152, 191 Rn. 88 – Recht auf Vergessen I.

Rahmen seiner Subsumtion ab.<sup>1493</sup> Er begründete dies damit, dass das Bereithalten eines solchen Dienstes nicht mit dem Bereithalten der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation im Sinne der Daseinsvorsorge, etwa der Sicherstellung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen, vergleichbar sei.<sup>1494</sup> Netzwerke böten zwar eine bedeutsame Kommunikationsmöglichkeit innerhalb des Internets an, gewährleisteten aber nicht etwa den Zugang zum Internet als solchem.<sup>1495</sup>

Gegen die Begründung des BGH könnten zwei wesentliche Punkte sprechen:

Erstens ließe sich gegen die Auslegung vorbringen, dass der BGH mit ihr *prima facie* alte Kommunikationsgegebenheiten zu konservieren versucht, statt sie weiterzuentwickeln. Zwar hatte das BVerfG noch im Jahr 2011 erklärt, dass die Sicherstellung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen zu den Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation zählt.<sup>1496</sup> Jedoch stellt der BGH keine weiteren Überlegungen an, ob die Kommunikationsbedingungen zum Zeitpunkt seiner Entscheidung – 10 Jahre später – verändert sind und der Begriff der Rahmenbedingungen unter Umständen etwas weiter ausgelegt werden müsste. Seine Argumentation basiert insoweit auf einer sehr engen Auslegung des Begriffs der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation, die nur auf ein technisch zu gewährleistendes Mindestmaß beschränkt ist, damit (Internet-)Kommunikation stattfinden kann.

Dagegen ließe sich auf den ersten Blick vorbringen, dass der Wortlaut einer „Rahmenbedingung“ grundsätzlich offen ist und Raum dafür ließe, die dynamischen Entwicklungen der Online-Kommunikation einzubeziehen. Es scheint nicht *per se* ausgeschlossen, dass sich die Möglichkeit der Kommunikation in den von Privaten bereitgestellten zentralen Diensten zu den Rahmenbedingungen heutigen öffentlichen Kommunikation entwickelt hat.<sup>1497</sup>

Nichtsdestotrotz verlangt das Prinzip der praktischen Konkordanz insgesamt eine enge Auslegung des Begriffs der „Rahmenbedingung“. Andernfalls würde man dem Prinzip des möglichst schonenden Ausgleichs konterkarieren, bei dem keines der geschützten grundrechtlichen Interessen vollständig zurücktritt. Denn hierüber drängte man dem Dienst die Grundrechtsbindung auf und spräche ihm aus Gründen der Konfusion gleichzeitig die Grundrechtsberechtigung ab. Das könnte dazu führen, dass die Grundrechtsbindung Privater im Bereich von Kommunikationsdienstleistungen uferlos würde. Daher ist der Auslegung des BGH des Begriffs „Rahmenbedingungen“ – trotz seiner knappen Begründung – Recht zu geben.

<sup>1493</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 59; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 71. Dagegen *Seifert*, Facebook, der Hass und seine Regeln, auf: VerfBlog, Artikel vom 24. Juli 2021.

<sup>1494</sup> Vgl. BGH, ebd.

<sup>1495</sup> Ebd.

<sup>1496</sup> Vgl. BVerfGE 128, 226, 249 f. – Fraport.

<sup>1497</sup> Zurückhaltend *B. Raue*, JZ 2018, S. 966.

Zweitens scheidet hierdurch – anders als der BGH meint<sup>1498</sup> – eine dem Staat gleiche Grundrechtsbindung der Dienste nicht grundsätzlich aus. Denn auch das BVerfG macht das Bereithalten von Rahmenbedingungen der öffentlichen Kommunikation nicht zur zwingenden Voraussetzung dafür, dass ein Privater über die mittelbare Drittwirkung an Kommunikationsgrundrechte gebunden ist. Vielmehr erklärte es in seinen Entscheidungen stets, dass eine dem Staat vergleichbare Grundrechtsbindung „*insbesondere*“<sup>1499</sup> in Betracht komme, wenn diese Voraussetzung erfüllt sei, sich eine solche aber auch „*je nach Umständen*“<sup>1500</sup> ergeben könne. Dies ist vor dem Hintergrund der sich zwischen privaten Akteuren stets auf Grundlage der Abwägung der widerstreitenden Interessen ergebenden graduellen Grundrechtsbindung nur konsequent.

Damit eine dem Staat gleiche Grundrechtsbindung eintritt, müssen sich diese Umstände jedoch zu derartigen Zuständen verdichten, die zumindest mit der Konstellation vergleichbar sind, in der Private die – eng zu verstehenden – Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation bereithalten.

Hierfür ließe sich erneut die „quasi-monopolistische“ Stellung eines Dienstes über einen von ihm eröffneten öffentlichen Verkehrs- und Kommunikationsraum anführen. Die besondere Form der Disparität allein hat allerdings in der bisherigen Rechtsprechung stets nur dazu geführt, dass der monopolistische Private den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG berücksichtigen musste.<sup>1501</sup> Dies ist insoweit auch konsequent, da entsprechend der obigen Argumentation die Grundentscheidung des Art. 1 Abs. 3 GG, nach der nur der Staat grundrechtsgebunden ist, bei wirtschaftlich besonders mächtigen Unternehmen ausgehöhlt würde.<sup>1502</sup> Auch sie nehmen mit ihrem Angebot ihre grundrechtlichen Interessen wahr.

Damit entfällt indes nicht jede Grundrechtsbindung des Dienstes, sondern sie ist lediglich nicht mit der des Staates identisch.<sup>1503</sup> Denn festzuhalten bleibt in jedem Fall, dass die Dienste eine herausragende Bedeutung für den öffentlichen Kommunikationsprozess haben. Insoweit ist dem Ergebnis des BGH zuzustimmen.

<sup>1498</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 59; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 71.

<sup>1499</sup> BVerfGE 152, 152, 191 Rn. 88 – Recht auf Vergessen I; 148, 267, 280 f. Rn. 33; 283 f. Rn. 41 – Stadionverbot; 139, 378, 380 Rn. 5 – „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“; 128, 226, 249 f. – Fraport; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019, – 1 BvQ 42/19 –, juris, Rn. 15 – Entsperrung eines Facebook-Accounts.

<sup>1500</sup> BVerfGE 152, 152, 191 Rn. 88 – Recht auf Vergessen I.

<sup>1501</sup> Vgl. BVerfGE 148, 267, 283 f. Rn. 40 ff. – Stadionverbot; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019, – 1 BvQ 42/19 –, juris, Rn. 15 – Entsperrung eines Facebook-Accounts.

<sup>1502</sup> Siehe Abschnitt „Die Marktmacht des jeweiligen Netzwerks“ unter Punkt E. IV. 4. b).

<sup>1503</sup> Ebd.

*g) Ergebnis: Konkrete Betrachtung der mittelbaren Drittwirkung im Kontext sozialer Netzwerke und Videosharing-Dienste*

Die sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste unterliegen keiner dem Staat gleichen Grundrechtsbindung. Dies bedeutet indes nicht, dass die Dienste die Grundrechte der Nutzer beim Löschen von Beiträgen oder Sperren von Nutzerkonten unberücksichtigt lassen könnten. Das Maß der Berücksichtigung ergibt sich indes aus der konkreten Grundrechtskollision im Einzelfall.<sup>1504</sup> Dabei streitet die autonome Grundsatzentscheidung der Dienste, ihr Dienstangebot als öffentliches Forum für ein breites Publikum zur Kommunikation für jedwede Sachbereiche zu öffnen, ohne zwischen den nutzungswilligen Personen zu differenzieren, für die Einschränkung der Privatautonomie und Berufsausübung der Dienste zugunsten willkürfreier Entscheidungen (Art. 3 Abs. 1 GG). Nach dem Geschäftsmodell der Dienste soll grundsätzlich jeder frei kommunizieren können. Ausschlüsse und Löschungen bedürfen daher tragfähiger sachlicher Gründe.<sup>1505</sup> Im Umkehrschluss sind die strukturell überlegenen, unausweichlichen öffentlichen Foren von Verfassungen wegen grundsätzlich zur Einräumung von Zugang zu ihnen und zur Veröffentlichung von Nutzerbeiträgen verpflichtet.

### **5. Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag**

Vorbehaltlose Ansprüche auf Zugang und Veröffentlichung entstehen dem Nutzer trotz alledem nicht. Einschränkungen können auf tragfähige Gründe gestützt werden, die sich vor allem aus widerstreitenden grundrechtlichen Belangen der Dienste oder Dritter ergeben können.<sup>1506</sup> Die Rechtfertigungslast hängt dabei vom jeweiligen Verhältnis der betroffenen Interessen ab: Je wichtiger ein Beitrag für die gesell-

<sup>1504</sup> So auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 ff. mit Verweis auf OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Brandenburg GRUR-RS 2020, 35273 Rn. 12 f.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Bamberg GRUR-RS 2020, 38642 Rn. 39 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff.; *Beurskens*, NJW 2018, S. 3420; *D. Holznagel*, CR 2018, S. 369 Rn. 20; *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 75; *Spindler*, CR 2019, S. 238 Rn. 23, Rn. 33, Rn. 35. Andere Ansicht OLG München MMR 2021, 71, 73 Rn. 65; 79, 82 Rn. 74; MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32; *Augsberg/Petras*, JuS 2022, S. 103; *Elsaß/Lasbusgal/Tichy*, CR 2017, S. 239, S. 241.

<sup>1505</sup> In diese Richtung wohl auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 59 ff.; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 71 ff., Rn. 93.

<sup>1506</sup> BVerfGE 148, 267, 285 Rn. 45 – Stadionverbot. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 f.



schaftliche Meinungsbildung ist, desto höhere Anforderungen gelten für die Rechtfertigung einer Einschränkung, da hiermit das originäre Anliegen der Kommunikationsfreiheiten, die Meinungsbildung *par excellence*, verwirklicht wird, wohingegen bei gesellschaftlich weniger relevanten Beiträgen ein bloß sachlich nachvollziehbarer Grund ausreichen kann.<sup>1507</sup> Folglich kann ein Verbot, Bilder leichtbekleideter Minderjähriger in den Diensten zu verbreiten, deutlich leichter gerechtfertigt werden als ein solches, bei dem mit einem Foto politischer Protest erzeugt wird. Wenn nach der Abwägung ein tragfähiger sachlicher Grund vorliegt, kann ein Dienst Äußerungen löschen und den Zugang zum Dienst verweigern. Wie und in welchem Umfang der Dienst die Ansprüche selbst beschränken kann, soll nun untersucht werden, um festzustellen, in welchen Fällen der Nutzer seinen Anspruch auf Veröffentlichung dem Dienst tatsächlich entgegenhalten kann, weil ein unzulässiges (vertragsrechtliches) „Overblocking“ vorliegt.

*a) Nach außen erkennbare, zulässige Nutzungsbedingungen*

Auch wenn dem Dienst keine dem Staat vergleichbare Grundrechtsbindung zukommt, hängt das Maß der Grundrechtswirkung von der Abwägung der konkret widerstreitenden Interessen ab. Dabei ist die Berufs- und Meinungsfreiheit des Dienstes (aa) sowie seine Interessen, ein bestimmtes Kommunikationsniveau zum Schutz anderer Nutzer aufrechtzuerhalten und nicht für die auf ihrer Kommunikationsplattform gespeicherten Beiträge zu haften, gegen das Interesse der Meinungsfreiheit der Nutzer (bb) abzuwägen (cc).<sup>1508</sup> Die Entscheidung, bestimmte Inhalte zu verbieten und sie im Falle ihrer Verbreitung zu entfernen, ist sowohl als Geschäftsentscheidung des Dienstes von seiner Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG als auch von seiner Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt.<sup>1509</sup>

Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Ausgleichs keine grundrechtlich geschützte Position vollständig zurücktreten darf. Selbst wenn nach dem Ergebnis der Abwägung eine gesteigerte Berücksichtigungspflicht der grundrechtlichen Nutzerbelange bestünde, dürfen auch die Grundrechte des Dienstes nicht vollständig leerlaufen – ihre Verwirklichung ist und bleibt legitimes Ziel.<sup>1510</sup>

<sup>1507</sup> Siehe Abschnitt „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Theorem der Wechselwirkung“ unter Punkt D. III. 1. Siehe ferner zur Differenzierung BVerfGE 129, 49, Ls. 1 – Mediziner-BAföG; 35, 202, 221 – Lebach; 25, 256, 266 f. – Blinkfüer; *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 319 ff.

<sup>1508</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 72 f., Rn. 76 f.; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 83 f., Rn. 87 f.

<sup>1509</sup> Siehe Abschnitt „Schutz von Meinungsäußerungen unabhängig von der Vermittlung“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (iii). Ferner BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 74; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 86; BGH NJW 2012, 1725, 1726 Rn. 14 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 178; *B. Raue*, JZ 2018, S. 968; *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, S. 237.

<sup>1510</sup> Vgl. BVerfGE 128, 226, 249 – Fraport *e contrario*.

## aa) Berufs- und Meinungsfreiheit des Dienstes

Auf Seiten des Dienstes muss insoweit die von Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG erfasste Geschäftsentscheidung in die Abwägung eingestellt werden, bestimmte Inhalte, etwa aggressive Ausdrucksweisen wie Hassrede, zu verbieten und dieses Verbot durchzusetzen.<sup>1511</sup> Sie haben ein besonderes wirtschaftliches Interesse daran, Nutzungsbedingungen zu erlassen, die über die nach der Rechtsordnung rechtswidrigen Inhalte hinausgehen. Art. 12 GG umfasst dabei auch die Freiheit der Unternehmen, ihre Leistungen grundsätzlich in Bezug auf Kommunikationsinhalte in Wahrnehmung ihrer Berufsausübungsfreiheit nach ihren Bestrebungen sowie nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten auszurichten.<sup>1512</sup> Denn sie tragen das unternehmerische Risiko ihres Betriebs, so dass sie auch die Nutzbarkeit ihrer Leistungen grundsätzlich störungsfrei sicherstellen können müssen.<sup>1513</sup> Insoweit richten sie ihren Dienst aufgrund wirtschaftlicher Rationalitäten grundsätzlich am Gebot der Nutzerfreundlichkeit aus. Andernfalls könnten Nutzer von der weiteren Nutzung absehen, wodurch dem Dienst Gewinneinbußen drohten.<sup>1514</sup> Deshalb haben Dienste ein erhebliches Interesse, dass ihr Angebot störungsfrei nutzbar ist. Dieses Interesse besteht ungeachtet der Entscheidung zur Eröffnung eines öffentlichen Forums. Zu diesem Zweck entscheiden sich die Dienste, eine im Vergleich zur Rechtsordnung schärfere Nutzungsordnung zu erlassen. Diese Geschäftsentscheidung kann sich positiv auf Debatten oder sogar allgemein diskurssichernd auswirken, weil ein kommunikationsfreundliches Klima zugunsten der Nutzer sichergestellt wird. Die Sicherstellung der störungsfreien Kommunikation ist daher sowohl unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit der Nutzer als auch unter wirtschaftlichen Aspekten für das Netzwerk und den Videosharing-Dienst von besonderem Stellenwert.<sup>1515</sup>

Gleichwohl sei betont, dass bloß unerwünschte Äußerungsformen grundsätzlich noch keine Rechtsverletzung und damit keine rechtlich relevante Störung darstellen. Diskursteilnehmer der Offline-Kommunikation sind – was nicht verhindert werden kann und darf – auch hin und wieder Störungen ausgesetzt.

<sup>1511</sup> Vgl. *Facebook*, Ziffer 3.2.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Facebook.com; *Instagram*, der Rubrik „Entfernung von Inhalten und Deaktivierung oder Sperrung deines Kontos“ der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Instagram.com; *Twitter*, Ziffer 3 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. der Richtlinie zu Hass schürendem Verhalten (April 2023), auf: Twitter.com, jetzt X.com; *YouTube*, Rubrik „Ihre Nutzung des Dienstes“ in den ab dem 5. Januar 2022 gültigen Nutzerbedingungen i. V. m. der Hate Speech Policy, auf: YouTube.com.

<sup>1512</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 – Glykolwarnung; 32, 311, 317 – Steinmetz.

<sup>1513</sup> BVerfGE 148, 267, 285 Rn. 45 – Stadionverbot; BGH NJW 2012, 1725, 1726 Rn. 27 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

<sup>1514</sup> Vgl. auch *Spindler*, CR 2019, S. 244 Rn. 26.

<sup>1515</sup> BVerfGE 128, 226, 267 f. – Fraport; BVerfGE 148, 267, 285 Rn. 45 – Stadionverbot; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545, Rn. 13, 547 Rn. 35.

Dennoch sind die Dienste verpflichtet, Rechtsverletzungen gegen ihre Nutzer zu unterbinden und Gefahren für die Rechtsgüter ihrer Nutzer zu verhindern. Dabei können die im Vergleich zur Rechtsordnung extensiveren Gemeinschaftstandards dazu führen, dass es zu Rechtsverletzungen, etwa des Persönlichkeitsrechts, durch andere Nutzer gar nicht erst kommt.<sup>1516</sup> Ein Unterbinden von Verhalten, das typischerweise in Rechtsverletzungen endet, kann dabei helfen, Rechtsverletzungen zu verhindern und ein störungsfreies nutzerfreundliches Angebot sicherzustellen.

Ferner hat der Dienst ein von seiner unternehmerischen Freiheit gedecktes schutzwürdiges Interesse an einer gegenüber der Rechtsordnung verschärften Nutzungsordnung, um nicht selbst straf-, zivil- oder ordnungsrechtlich (etwa § 4 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG) für Nutzerinhalte haften zu müssen.<sup>1517</sup> Denn die Prüfung, ob rechtswidrige Inhalte vorliegen, fällt mitunter komplex aus und finanziell ins Gewicht.<sup>1518</sup>

In der Vorgabe von Gemeinschaftstandards und ihrer Durchsetzung in Form des Entfernens von Nutzerinhalten kann überdies eine Meinungsäußerung liegen.<sup>1519</sup> Ausdruck kann der Dienst einer solchen nur verleihen, wenn er seine Wertentscheidung kundtut, indem er sich gegen ausgeschlossene Äußerungsformen zur Wehr setzt. Gleichwohl ist ein auf die Meinungsfreiheit gestütztes Löschen eines Nutzerinhalts von geringerer Schutzwürdigkeit, weil hierin keine diskursive Handlung liegt.<sup>1520</sup> Das Löschen einer Aussage ist nicht vergleichbar mit einer gegenteiligen Aussage im diskursiven Meinungskampf, sondern radiert lediglich die Meinung Dritter. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass Diskurse gehemmt werden. Ein „Ordne dich unter, oder du wirst nicht gehört“ widerspricht dem grundrechtlich negativem Freiheitsverständnis und verkennt die Tragweite der Meinungsfreiheit der sich äussernden Nutzer. Vielmehr könnte sich der Dienst mit gleicher Wirkkraft von Äußerungen eines Nutzers distanzieren, ohne seine Meinungsfreiheit derart intensiv zu beeinträchtigen. Bei derartigen Entfernungen handelt es sich folglich um besonders schwerwiegende Eingriffe in die Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer.

#### bb) Meinungsfreiheit der Nutzer

Auf Seiten der Meinungsfreiheit des Nutzers wiegt die Disparität des Nutzers zum Dienst besonders schwer, da Letzterer nicht nur den Kommunikationsraum beherrscht, sondern auch Gemeinschaftstandards festlegt, auf die der Nutzer keinen Einfluss nehmen, aber über die der Dienst rechtlich zulässige Nutzeräußerungen

<sup>1516</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 75; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 87.

<sup>1517</sup> Siehe Abschnitt „Zivilrechtliche Ansprüche gegen die Dienste“ unter Punkt E. III. 1. und „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber“ unter Punkt E. III. 2. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 76 f.; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 88 f.

<sup>1518</sup> Ebd.

<sup>1519</sup> Siehe Abschnitt „Schutz von Meinungsäußerungen unabhängig von der Vermittlung“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (iii).

<sup>1520</sup> In diese Richtung schon BVerfGE 25, 256, 264 f. – Blinkfüer.

unterdrücken kann.<sup>1521</sup> Der Dienst ist trotz der Gemeinschaftstandards ein offenes Forum, da die Kommunikation nicht auf spezifische Themen beschränkt ist, sondern nur gewisse Äußerungsformen ausgeschlossen werden sollen. Insoweit ist die von Art. 12 GG geschützte Wertentscheidung des Dienstes, eine „Wohlfühlatmosphäre“ zu schaffen, gegenüber dem Interesse an der Meinungsfreiheit der Nutzer, das ebenfalls aus der Wertentscheidung des Dienstes stammt, ein öffentliches Forum zu eröffnen, grundsätzlich von geringerer Schutzwürdigkeit.<sup>1522</sup> Dabei besteht sowohl um des individuellen Nutzers willen als auch der Meinungsbildung wegen ein erhebliches Interesse, dass zulässige Äußerungen erhalten bleiben. Schließlich schützt die Meinungsfreiheit auch pointierte, provokante und überspitzte Äußerungen, die die Grenze des Zulässigen ausloten.

Wenn allerdings ein Nutzer versucht, eine sachliche Diskussion zu verhindern und andere Nutzer von eigenen Beiträgen abzuhalten, führt dies zu einer eigenverantworteten Minderung der Schutzwürdigkeit seiner grundrechtlichen Kommunikationsinteressen. Er würde damit *venire contra factum proprium* handeln, indem er einerseits Kommunikation nachhaltig stört, andererseits aber auf eigene Kommunikationsinteressen plädiert. Denn der Nutzer bezweckt, andere Nutzer oder Nutzergruppen mundtot zu machen. Solches Verhalten kann sich etwa in Form von Hetze offenbaren, die etwa andere zu Hass aufstacheln soll, ohne dass diese ein strafrechtliches Verbot bereits übertreten hätte. Ein solches Handeln muss der Dienst ebenfalls berücksichtigen, um den Kommunikationsraum funktionsfähig zu halten. Es sichert damit einerseits den Diskurs der Nutzer und andererseits die störungsfreie Nutzbarkeit seines Angebotes.

Vor dem Hintergrund der besonderen Gefahren für die Meinungsfreiheit der Nutzer und der bestehenden Disparität der sich gegenüberstehenden Akteure ergibt sich anhand der Abwägung, dass die Dienste trotz ihrer berechtigten wirtschaftlichen Interessen einer erhöhten Pflicht zur Berücksichtigung der Meinungsfreiheit der Nutzer und des Gleichbehandlungsgebotes unterliegen.<sup>1523</sup> Dies bedeutet indes nicht, dass ein Dienst keine Gemeinschaftstandards samt Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung setzen dürfte, die über die strafrechtlichen Vorgaben hinausgehen und Maßnahmen zur Beseitigung festlegen.<sup>1524</sup> Schon aus der praktischen Konkordanz ergibt sich, dass ein Dienst nicht unbeschränkt Verhaltensregeln aufstellen kann, sondern nur, soweit der Dienst die Meinungsfreiheit der Nutzer und das Gleichbehandlungsgebot hinreichend berücksichtigt.<sup>1525</sup>

<sup>1521</sup> Vgl. B. Raue, JZ 2018, S. 968.

<sup>1522</sup> Siehe Abschnitt „Öffnung eines Verkehrs“ unter Punkt E. IV. 4. e).

<sup>1523</sup> Vgl. B. Raue, JZ 2018, S. 968.

<sup>1524</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 78; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 90.

<sup>1525</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 80; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 92. Einen dogmatisch anderen Ansatz wählt B. Raue, JZ 2018, S. 986 f., der die Ausübung der Meinungsfreiheit der Netzwerke anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes misst und mithin Voraussetzungen an die Grundrechtsausübung stellt.

## cc) Angemessener Ausgleich durch sachliche Rechtfertigung

Ein angemessener Ausgleich zwischen diesen widerstreitenden Interessen wird dadurch erzielt, dass der strukturell überlegene Dienst in dem von ihm willentlich eröffneten öffentlichen Forum Nutzerinhalte nicht willkürlich untersagen und löschen darf, sondern nur, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist.<sup>1526</sup> Nicht tragfähig wäre also der eingangs geschilderte Grund, Beiträge „aus beliebigem Grund“<sup>1527</sup> löschen zu können, da diese Klausel jeden sachlichen Grund vermissen lässt und die Meinungsfreiheit nicht berücksichtigen würde. Ein Löschen auf dieser Grundlage wäre folglich unzulässig. Der Anspruch auf Veröffentlichung kann dieser dem „Overblocking“ vorschubleistenden Praxis entgegengehalten werden.

Aufgrund der freien unternehmerischen Entscheidung, ein öffentliches Forum zu errichten, wäre etwa ein Verbot der Äußerung von bestimmten politischen Ansichten mit dem Grundrecht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung und dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren.<sup>1528</sup> Dies liefe schon der in Art. 5 Abs. 2 GG angelegten Grundentscheidung des Verbots von Sonderrecht sowie dem Anliegen der Meinungsfreiheit, Beiträge von allgemeinem Interesse für die Öffentlichkeit äußern zu dürfen, zuwider.<sup>1529</sup> Störendes Nutzerverhalten mit diskursaus-schließender Wirkung dürfte der Dienst indes untersagen.<sup>1530</sup>

Dabei müssen Sperr- und Löschvorbehalte in den Geschäftsbedingungen gewährleisten, dass die auf sie gestützten Entscheidungen nachvollziehbar sind, also an objektive Tatbestände anknüpfen und nicht bloß an subjektive Befürchtungen.<sup>1531</sup> Diesen Maßstäben kann der Dienst Genüge tun, wenn er nach außen erkennbare, für jeden Nutzer geltende und nachvollziehbare Vertragsbedingungen anhand von objektiven Tatbeständen aufstellt.<sup>1532</sup> Nur so kann der Dienst seinen eigenen – von der Meinungsfreiheit gedeckten subjektiven – Standpunkt überhaupt fördern.<sup>1533</sup> In

<sup>1526</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 81; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 93.

<sup>1527</sup> So etwa noch *Twitter*, Ziffer 4 („Beendigung dieser Bedingungen“) der ab dem 25. Mai 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: *Twitter.com*, jetzt *X.com*: „Wir können Ihre Accounts sperren oder kündigen oder Ihnen die Bereitstellung der Dienste jederzeit aus beliebigem Grund ganz oder teilweise verwehren [...]“.

<sup>1528</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 81; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 93.

<sup>1529</sup> Offengelassen, ob Community Standards mittelbar über vertragsrechtliche Einschränkungsnormen im Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG berücksichtigt werden, *Augsberg/Petras*, JuS 2022, S. 103.

<sup>1530</sup> Vgl. VG München MMR 2018, 418, 419 Rn. 24, Rn. 27; VG Mainz MMR 2018, 556, 558 Rn. 82; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 Rn. 13.

<sup>1531</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 82; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 94. *Spindler*, CR 2019, S. 245 Rn. 28.

<sup>1532</sup> Zum hinreichend objektiven und nachvollziehbaren Tatbestand der „Hassrede“ siehe BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 92; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 103.

<sup>1533</sup> Vgl. *B. Raue*, JZ 2018, S. 968.

diesen Vertragsbedingungen liegt zwar eine Einschränkung der Kommunikation, aber grundsätzlich keine unzulässige Ungleichbehandlung.<sup>1534</sup> Demgemäß darf der Dienst bei Vorliegen der Voraussetzungen sogar unabhängig vom NetzDG oder der allgemeinen Störerhaftung Beiträge entfernen.

*b) Verletzung von Rechten Dritter sowie der objektiven Rechtsordnung*

Aus den allgemeinen Abwägungslinien ergibt sich, dass Dienste veröffentlichte Beiträge dann löschen dürfen, wenn sie Rechte Dritter oder die objektive Rechtsordnung verletzen.<sup>1535</sup> Dieser Grundsatz genügt den verfassungsrechtlichen Maßgaben und ist schon durch die allgemeine Störerhaftung einfach-gesetzlich anerkannt.<sup>1536</sup> In einem öffentlichen Kommunikationsforum hat sein Betreiber auch die Pflicht, die grundrechtlichen Interessen der von Meinungen betroffenen Nutzer zu schützen. Rechtsverletzenden Aussagen kommt im Verhältnis zu den verletzten Rechtsgütern grundsätzlich kein besonderes verfassungsrechtliches Interesse zu. Das Interesse am Erhalt der rechtswidrigen Aussage tritt deshalb hinter das Interesse der ihnen gegenüberstehenden Schutzgüter zurück. Die Rechtswidrigkeit eines Inhalts stellt mithin einen tragfähigen sachlichen Grund für ein Entfernen dar. Ein solcher Löschvorbehalt ließe sich deklaratorisch in den Gemeinschaftstandards nach den obigen Voraussetzungen verankern. Ein „Overblocking“ ist nicht zu befürchten, da im Falle der Kenntnisnahme von der Rechtswidrigkeit zumindest die allgemeine Störerhaftung eingreift, so dass stets unverzüglich zu löschen ist.

Ausschlüsse aus den Diensten erweisen sich als besonders intensive Beschränkung. Sie können ganz oder zeitweise die kommunikative Partizipation in einem Dienst unterbinden und unter Umständen zur Isolation des Nutzers führen. Dies kann zwar den Schutz entgegenstehender Rechte fördern. Jedoch darf ein solcher Ausschluss aufgrund der vom Dienst im Rahmen seiner Tätigkeit zu berücksichtigten Grundrechte seiner Nutzer allenfalls *ultima ratio* ergehen. Ihm müssen grundsätzlich mildere, aber gleich geeignete Mittel vorgezogen werden, die beispielsweise in Ermahnungen, Vertragsstrafen, Löschungen oder zeitlich befristeten Zugangs-

<sup>1534</sup> Vgl. BGHZ 124, 39, 43 – Taschenkontrolle; 165, 62, 70 – Hörfunkrechte m. w. N.; BGH NJW 2012, 1725, 1727 Rn. 22 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

<sup>1535</sup> Siehe Abschnitt „Leitlinien und Kriterien der qualifizierten Einzelakt-Verhältnismäßigkeitsprüfung“ unter Punkt D. III. 1. e). Siehe auch BVerfGE 114, 339, 349 f. – Stolpe-Beschluss; 93, 266, 293 f. – „Soldaten sind Mörder“; 90, 241, 248 f. – Auschwitzlüge; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Februar 2017, – 1 BvR 2973/14 –, juris, Rn. 14; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 13; Jüngst auch für Konstellationen in sozialen Netzwerken OLG München MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32. So auch *Elsaß/Lasbusgal/Tichy*, CR 2017, S. 239, S. 241.

<sup>1536</sup> Siehe Abschnitt „Allgemeine Störerhaftung“ unter Punkt E. III. 1. a).



sperren bestehen.<sup>1537</sup> Ausschlüsse bedürfen folglich weiterer Gründe als eine bloß rechtswidrige Äußerung. Sie sind daher nur zulässig, wenn Rechtspositionen Dritter in wiederholter und tiefgreifender Weise verletzt wurden.<sup>1538</sup> Das bloße Bestehen eines Risikos für andere Rechtspositionen als Grundlage eines Ausschlusses scheint unangemessen.<sup>1539</sup>

*c) Präventive Maßnahmen auf Grundlage von Verdachtsmomenten*

Die Dienste könnten in den Gemeinschaftstandards etwa eine Pflicht festlegen, nach der sie aufgrund von bloßen Verdachtsmomenten oder aufgrund einer Wiederholungsgefahr Beiträge löschen dürfen. Wäre dies zulässig, könnte dem „Overblocking“ durch die Hintertür Vorschub geleistet werden, weil Nutzer den Diensten keinen vertraglichen Anspruch (mehr) entgegenhalten könnten.

Aufgrund der erhöhten Berücksichtigungspflicht der Kommunikationsgrundrechte durch die Dienste bleibt eine rein präventive und auf Verdachtsmomente gestützte Beschränkung der Äußerungsfreiheit wegen ihrer individualrechtlichen und demokratiestaatlichen Belange verfassungsrechtlich unzulässig.<sup>1540</sup> Die auf eine derartige „Beweislage“ gestützten Ausschlüsse würden die Unzulässigkeit der Vorzensur nach Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG um ihren Sinn bringen.<sup>1541</sup> Vielmehr müssen zu einer solch intensiven Beschränkung der Kommunikation auch in einem durch Private eröffneten öffentlichen Forum gewichtige und nachweisbare Gründe vorliegen, damit sie sachlich gerechtfertigt sein kann.

Vergleichbar hat das BVerfG in seinem Beschluss zum *Stadionverbot* für den Zugang zu einem Fußballstadion entschieden, indem es eine begründete Besorgnis künftiger Störungen ausreichen lässt, sofern sie auf konkrete und nachweisliche Tatsachen von hinreichendem Gewicht gestützt werden kann.<sup>1542</sup> Diese begründete Besorgnis ist im Rahmen der jeweiligen Interessenkollision eigenständig zu bestimmen. Vor allem aus Gründen der die Kommunikationsfreiheiten stärkenden Wechselwirkungslehre erscheint nicht ausgeschlossen, dass erhöhte Anforderungen für Beschränkungen bestehen als in dem Beschluss zum *Stadionverbot*. In Letzterem ging es um eine sicherheitsrechtliche Prognoseentscheidung. Künftige Fußballspiele sollten reibungslos garantiert werden. Der Ausgeschlossene wurde bei Auseinandersetzungen mit gegnerischen Fans identifiziert, ohne dass ihm Straftaten konkret

<sup>1537</sup> Vgl. VG Mainz MMR 2018, 556, 560 Rn. 145; VG München MMR 2018, 418, 419 f. Rn. 28 f. Vgl. auch zur Verhältnismäßigkeit von Entscheidungen *Spindler*, CR 2019, S. 245 Rn. 39.

<sup>1538</sup> Ebd.

<sup>1539</sup> In diese Richtung auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 82; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 94; *B. Raue*, JZ 2018, S. 969.

<sup>1540</sup> In diese Richtung auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 82 f.; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, 94 f.

<sup>1541</sup> Anders aber *Q. Weinzierl*, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, auf: juwiss.de, Beitrag vom 24. Mai 2018, der mit Hinweis auf BGH GRUR 2016, 855, 859 Rn. 37–43 allein auf eine zumutbare Aufklärung des Sachverhalts abstellt.

<sup>1542</sup> BVerfGE 148, 267, 285 Rn. 45 – Stadionverbot.



nachgewiesen werden konnten, was die Ermittlungsbehörden in der Ultra-Szene aber ohnehin vor besondere Schwierigkeiten stellt. Eine begründete Besorgnis lässt sich deshalb nicht bloß auf erwiesene Straftaten stützen. Diese Bedenken reichten zur Annahme der besonderen Besorgnis aus, um einen Ausschluss vorzunehmen, da grundrechtliche Interessen von hoher Wertigkeit betroffen waren.

Fraglich ist dabei aber, ob dies unmittelbar auf das Verhältnis von den Diensten zu ihren Nutzern übertragen werden kann. Denn Kommentare und Nutzerverhalten lassen sich profilbezogen zurückverfolgen und sind damit einer juristischen Begutachtung zugänglich. Eine entsprechende Sachverhaltsaufklärung erscheint dem Dienstbetreiber einfacher möglich als den Ermittlungsbehörden bei begangenen Straftaten von Fans aus der Ultra-Szene. Insofern bedarf es besonders gewichtiger Tatsachen, die ein derartiges Verhalten rechtfertigen. Vor allem kann aber nicht präventiv unterstellt werden, dass ein Nutzer, der mehrfach rechtswidrige Äußerungen verbreitet hat, auch weiterhin nur rechtswidrige Äußerungen absetzt.

Dafür streitet auch der aus der Wechselwirkungslehre abgeleitete Grundsatz der Vermutung zugunsten der freien Rede.<sup>1543</sup> Eine Regelung, die die Kommunikation beschränkt, wie beispielsweise das vom Betreiber konkretisierte und die „Funktionsfähigkeit“ des Kommunikationsraumes in den Fokus rückende Hausrecht, wird ihrerseits durch die Kommunikationsfreiheit rückeingeschränkt, so dass sich ein enger Maßstab für eine entsprechende Maßnahme auf Grundlage des Funktionsvorbehaltes ergibt.<sup>1544</sup>

Eine bloße Wiederholungsgefahr, die auf einem feststehenden wiederholten Handeln des Nutzers basiert, stellt jedenfalls keinen tragfähigen Grund dar, um Beiträge des Nutzers zu löschen. Hierfür bedarf es zumindest der Verletzung von tragfähigen sachlichen Gemeinschaftstandards nach den oben genannten Voraussetzungen oder aber einer Rechtsverletzung.<sup>1545</sup>

Anders liegt der Fall bei einer Sperrung des Nutzerkontos. Wenn ein Nutzer bereits mehrfach die Nutzung des Dienstes gestört hat, indem er etwa gegen den Gemeinschaftsstandard verstieß, so begründet dieses Verhalten eine besondere Besorgnis dafür, dass ein Nutzer erneut so handeln wird.<sup>1546</sup> Diese Wiederholungsgefahr kann einen sachlichen Grund für die Sperrung eines Nutzerprofils darstellen, der entsprechend in den nach außen erkennbaren und für jeden Nutzer geltenden Ver-

<sup>1543</sup> Zur Vermutung zugunsten der freien Rede siehe BVerfGE 93, 266, 294 – „Soldaten sind Mörder“; 61, 1, 12 – Wahlkampf; 42, 163, 170 – Herabsetzendes Werturteil; 7, 198, 212 – Lüth.

<sup>1544</sup> Vgl. LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770, 771 f. Rn. 12 f. Ähnlich *D. Holz-nagel*, CR 2018, S. 373 f. m. w. N.

<sup>1545</sup> Siehe Abschnitt „Nach außen erkennbare, zulässige Nutzungsbedingungen“ unter Punkt E. IV. 5. a).

<sup>1546</sup> So auch OLG Frankfurt, Urteil vom 7. September 2017, – 1 U 175/16 –, juris, Rn 6; *D. Holz-nagel*, CR 2018, S. 375.

tragsbedingungen an einen objektiven Tatbestand geknüpft sein muss, so dass die hierauf gestützten Maßnahmen vorhersehbar und nachvollziehbar für den Nutzer sind.<sup>1547</sup> Auch diese Nutzungsbedingung würde das „Overblocking“ nicht befeuern.

*d) Löschungen aufgrund von externem Druck*

Ferner könnte ein Dienst festlegen, dass er Beitragslöschungen bei externem Druck vornehmen darf. Wäre dies zulässig, würde dies dem „Overblocking“ Vorschub leisten, da Aktionäre und Geschäftspartner monetären Druck ausüben könnten, damit stets Beiträge, bei denen bloß Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestehen, gelöscht werden.

Von der Unternehmensfreiheit gedeckt ist, dass die sozialen Netzwerke oder Videosharing-Dienste auf Druck von außen wie beispielsweise wirtschaftlichen oder politischen Druck ihrer Nutzer, Aktionäre, Werbepartner oder vonseiten der Politik und der Öffentlichkeit reagieren können.<sup>1548</sup> Der Betreiber kann unternehmerische Verhaltensweisen angleichen. Von externer Seite könnte beispielsweise die Löschung von Kommentaren oder eine Zugangssperre für bestimmbare Nutzer oder -gruppen aus ideologischen Gründen verlangt werden und der Betreiber diesem Verlangen nachkommen. Dies rechtfertigt jedoch im Rahmen eines eigenverantwortlich eröffneten öffentlichen Forums nicht, die Kommunikationsinteressen der von diesen Maßnahmen betroffenen Nutzer außer Betracht zu lassen.

*Raue* schlägt hierbei einen entsprechenden Rückgriff auf die vom BAG entwickelten Grundsätze zur sog. echten Druckkündigung<sup>1549</sup> vor, um die widerstrebenden Interessen der Dienste und Nutzer in Ausgleich zu bringen.<sup>1550</sup> Die echte Druckkündigung umfasst Konstellationen, in denen ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber für den Fall Nachteile androht, wenn nicht ein bestimmter anderer Arbeitnehmer gekündigt wird, obwohl ein rechtfertigender Kündigungsgrund nicht vorliegt.<sup>1551</sup> Das BAG schränkt die Kündigungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen richtigerweise ein, indem es besonders strenge Anforderungen an eine solche stellt. Es ist vorab zumutbar, dass der Arbeitgeber sich schützend vor den Arbeitnehmer stellt, um die ungerechtfertigte Drohung aus der Belegschaft aktiv abzuwenden.<sup>1552</sup> Allenfalls dann, wenn die Unternehmungen des Arbeitgebers nicht erfolgsversprechend sind und dennoch die Verwirklichung ange drohter Folgen in Aussicht gestellt wird, wodurch dem Arbeitgeber schwere wirt-

<sup>1547</sup> Ebd. Ferner BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 82; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 94.

<sup>1548</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 – Glykolwarnung; 32, 311, 317 – Steinmetz; *B. Raue*, JZ 2018, S. 968.

<sup>1549</sup> Vgl. BAG NZA 2017, 500, 511 Rn. 11 ff.; NZA 2017, 116, 118 f. Rn. 28; NZA 2014, 109, 112 Rn. 39.

<sup>1550</sup> *B. Raue*, JZ 2018, S. 968 f. m. w. N.

<sup>1551</sup> Vgl. BAG NZA 2017, 500, 511 Rn. 11 ff.; NZA 2017, 116, 118 f. Rn. 28; NZA 2014, 109, 112 Rn. 39.

<sup>1552</sup> Ebd.

schaftliche Nachteile drohen, kann eine Kündigung verhältnismäßig sein.<sup>1553</sup> Dafür muss die Kündigung jedoch das einzig mögliche Mittel darstellen, um die drohenden Schäden abzuwenden.<sup>1554</sup>

Übertrüge man diese Voraussetzungen auf Nutzeräußerungen in den Diensten, dürften Löschungen oder Ausschlüsse aufgrund von externem Druck nur unter zwei Voraussetzungen gerechtfertigt sein: Erstens müssten die ernsthaften Versuche des Dienstes keinen Erfolg haben, den Äußernden in der Weise zu verteidigen, dass im Rahmen des dem Dienst Zumutbaren um Verständnis für die Meinungsfreiheit eines jeden Nutzers geworben wird, selbst wenn die entsprechende Meinung der gesellschaftlich herrschenden Meinung zuwiderläuft.<sup>1555</sup> Zweitens müssten dem Dienst tatsächlich erhebliche wirtschaftliche Nachteile, etwa die Insolvenz, drohen. Eine solche Annahme erforderte hinreichend konkrete Tatsachen und könnte durch Druck von externer Seite mithin allenfalls *ultima ratio* erfolgen.

Dennoch erscheint diese Parallele im Ergebnis zweifelhaft. Denn anders als gewöhnliche Handelsunternehmen eröffnen soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste öffentliche Kommunikationsforen, denen immanent ist, dass auch gesellschaftlich abseitige Tendenzen verbreitet werden. Sollten sich Werbepartner, Aktionäre, Nutzer oder Dritte von dem Dienst abwenden, weil in seinem Angebot bestimmte Tendenzen verbreitet werden, stellt dies das vorhersehbare unternehmerische Risiko des Dienstes dar. Die Berufsfreiheit des Dienstes ist deshalb unter diesem Aspekt im Vergleich zu anderen Unternehmen verringert schutzwürdig. Aufgrund ihrer überlegenen Stellung müssen Dienste die Grundrechte ihrer Nutzer berücksichtigen. Ohne eine Rechtsverletzung oder einen Verstoß gegen erkennbare und für jeden Nutzer geltende Community Standards – nur dann könnte sich der Dienst zusätzlich auf seine Meinungsfreiheit berufen<sup>1556</sup> – besteht grundsätzlich kein sachlich rechtfertigender Grund für eine Löschung oder eine Nutzersperrung. Eine solche wäre dann unzulässig.

Aber selbst bei gewöhnlichen Unternehmen darf die Zulässigkeit einer echten Druckkündigung des Arbeitgebers bei zulässiger Äußerung des Arbeitnehmers infrage gestellt werden. Ein in den Community Standards integrierter Tatbestand, der bei externem Druck nach den Grundsätzen der echten Druckkündigung Löschungen zuließe, wäre vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit der Nutzer und des Gleichbehandlungsgebotes unwirksam (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Einer trotzdem erfolgenden Löschung des Dienstes kann der Nutzer seinen Veröffentlichungsanspruch entgehen. Ein „Overblocking“ ist insoweit nicht zu erwarten.

---

<sup>1553</sup> Ebd.

<sup>1554</sup> Ebd.

<sup>1555</sup> Ebd.

<sup>1556</sup> Siehe Abschnitt „Nach außen erkennbare, zulässige Nutzungsbedingungen“ unter Punkt E. IV. 5. a).

*e) Kein öffentliches Forum durch thematische Beschränkung der Kommunikation*

Im Umkehrschluss zu den obigen Ausführungen handelt es sich nicht um ein öffentliches Forum, wenn der Betreiber thematische Beschränkungen vorsieht. In diesem Fall muss er Kommunikation zu anderen Themenbereichen auch vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebotes grundsätzlich nicht dulden.<sup>1557</sup> Hierin läge auch ein sachlicher Grund für eine Löschung oder Zugangssperre.

**6. (Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen**

Im Falle von Löschungen und Zugangssperren auf Grundlage der Gemeinschaftsstandards bedingt die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte eine prozedurale Absicherung: Eine verfahrensrechtliche Stütze ist ausnahmsweise auch im Privatrechtsverhältnis geboten, wenn auf dieses Verhältnis – wie im vorliegenden Fall – der Gleichbehandlungsgrundsatz einstrahlt und die Ablehnung einer Leistung, etwa des Löschens eines Beitrages oder das Sperren eines Nutzerkontos, einen sachlich tragfähigen Grund voraussetzt.<sup>1558</sup>

*a) Pflicht zur Sachverhaltsermittlung mittels Anhörung*

Damit diese materiell-rechtliche Absicherung der Nutzergrundrechte in Form des Erfordernisses eines tragfähigen sachlichen Grundes, der zur Beschränkung der Kommunikation im Vertragsverhältnis obligatorisch ist, nicht leerläuft, muss der Betreiber zumutbare Anstrengungen anstellen, um den Sachverhalt möglichst sorgfältig aufzuklären.<sup>1559</sup> Nur auf diese Weise kann festgestellt werden, ob ein dem Grundrecht des Nutzers auf freie Meinungsäußerung sowie dem Gleichbehandlungsgebot die nötige Geltung verschaffender tragfähiger Grund tatsächlich auch vorliegt. Verstärkt wird das dadurch, dass es für die richtige rechtliche Würdigung einer Aussage stets auf eine kontextbezogene Auslegung ankommt, für die eine Sachverhaltsaufklärung unabdingbar ist.<sup>1560</sup>

Hierzu bildet die Anhörung des Äußernden ein probates Mittel, um einen angemessenen Interessenausgleich herzustellen: Auch wenn eine Anhörung nicht einfach über die Algorithmen des Dienstes erfolgen kann, ist ihr Erfordernis auf der einen Seite nicht übermäßig ressourcenintensiv für den Dienst und auf der anderen Seite geeignet, mögliche Missverständnisse in Bezug auf den Inhalt und den Äu-

<sup>1557</sup> Vgl. BVerfGE 128, 22, 252 f. – Fraport; BGH NJW 2012, 1725, 1726 Rn. 27 – Hausverbot für NPd-Vorsitzenden.

<sup>1558</sup> Vgl. BVerfGE 148, 267, 286 Rn. 47 – Stadionverbot; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 84; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 96; B. Raue, JZ 2018, S. 969.

<sup>1559</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 83; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 95.

<sup>1560</sup> Siehe Abschnitt „Sinnermittlungsebene: Meinungsfreundliche, kontextbezogene Auslegung“ unter Punkt D. III. 1. d). So jetzt auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 86; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 98.

ßerungszweck schnell und unkompliziert aufzuklären, was sich bereits anhand des vom BGH für Persönlichkeitsrechtsverletzungen entwickelten Dialogverfahrens erkennen lässt.<sup>1561</sup> In diesem Verfahren wird zunächst der Äußernde gehört, bevor der Geschädigte erwidern kann.<sup>1562</sup>

Es ist dabei unter Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht zwingend geboten, die Anhörung vor einer Beitragslöschung durchzuführen.<sup>1563</sup> Dabei hat einerseits der Dienst ein erhebliches Interesse daran, einen möglicherweise rechtswidrigen Inhalt rasch zu entfernen, da sonst eine zivil-, straf- oder ordnungsrechtliche Haftung drohen kann. Im Übrigen können sich Rechtsverletzungen mit jedem Augenblick, den sie länger einsehbar sind, weiter perpetuieren.<sup>1564</sup> Deshalb haben andererseits regelmäßig auch Geschädigte ein gesteigertes Interesse daran, dass der Dienst den Inhalt schnellstmöglich verbirgt.<sup>1565</sup> Im Kontext von „Fake News“ stellt sich ab Veröffentlichung der sog. „Primacy Effect“ ein, der nur kleingehalten werden kann, wenn entsprechende Beiträge unmittelbar entfernt werden. Andernfalls verbreiten sich Inhalte aufgrund der Schnelligkeit der Internetkommunikation unaufhaltsam, auch aufgrund von *Reposts* durch andere Nutzer, wodurch nachteilige Wirkungen verstärkt werden. Je länger die Inhalte erhalten bleiben, desto schwieriger sind sie auszugleichen.

Anders ist dies im Falle der Sperrung eines Nutzerkontos. Hierbei handelt es sich im Vergleich zur Löschung eines Beitrages um eine deutlich intensivere Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit des Nutzers, da er in diesem Zeitraum sein Nutzerkonto nicht aktiv nutzen und dementsprechend nicht bloß eine Aussage nicht tätigen kann, sondern gar keine Aussagen mehr.<sup>1566</sup> Kontosperrungen können zu geistiger Isolation führen.

Dabei wiegen die Interessen des Dienstes und der unter Umständen von einer Aussage betroffenen Nutzer an einer Kontosperrung nicht vergleichbar hoch wie bei einer Beitragslöschung, weil sie nicht darauf gerichtet ist, einen akuten Verstoß zu beseitigen, sondern primär dazu dient, künftige Verstöße zu verhindern und vergangenes Verhalten zu sanktionieren.<sup>1567</sup> Nur weil ein Nutzer aber zuvor rechtswidrige Inhalte oder gegen die Gemeinschaftstandards verstoßende Äußerungen abgegeben hat, bedeutet das nicht, dass er dies auch künftig unverändert tut. Die besondere

<sup>1561</sup> Vgl. Abschnitt „Allgemeine Störerhaftung“ unter Punkt E. III. 1. a); BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 84; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 96.

<sup>1562</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 84; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 96; Urteil vom 27. Februar 2018, – VI ZR 489/16 –, juris, Rn. 31; BGH NJW 2016, 2106, 2108 Rn. 24 – Ärztebewertungsportal III; MMR 2012, 124, 126 Rn. 27 – Blogspot.

<sup>1563</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 88; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 99; *Spindler*, CR 2019, S. 246 Rn. 32.

<sup>1564</sup> BGH, ebd.

<sup>1565</sup> Ebd.

<sup>1566</sup> Ebd.

<sup>1567</sup> Ebd.

Schwere der Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit durch Kontosperrung fordert daher als tragfähigen sachlichen Grund, dass die Anhörung grundsätzlich vor der Durchführung der Sperrung erfolgen muss.<sup>1568</sup>

#### *b) Mitteilungspflicht*

Für einen angemessenen Interessenausgleich müssen die sachlichen Gründe, die entsprechende Maßnahmen rechtfertigen können, dem Äußernden mitgeteilt werden.<sup>1569</sup> Die Abwägung der Grundrechte verlangt für das Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsverhältnis, dass sich die Dienste in ihren AGB eine entsprechende Mitteilungspflicht auferlegen, wodurch der Äußernde einen entsprechenden Auskunftsanspruch erhält.<sup>1570</sup> Dies belastet den Dienst im Rahmen seiner unternehmerischen Freiheit nur sehr geringfügig, bietet dem Nutzer jedoch den enormen Vorteil, den Rechtfertigungsgrund zu überprüfen, um seine eigenen Rechte durchzusetzen und sichert damit seinen Veröffentlichungs- oder Wiederherstellungsanspruch ab.<sup>1571</sup> Die Auskunft muss die entscheidungsrelevanten Gründe nachvollziehbar präsentieren, damit diese prozedurale Absicherung nicht negiert wird.

#### *c) Zivilrechtliches Gegenvorstellungsrecht/-verfahren*

Überdies verlangt die Abwägung der widerstreitenden Interessen, dass der Dienst dem Nutzer bei Entscheidungen nach seinen Gemeinschaftstandards in Form von Beitragslöschungen und Sperrungen von Nutzerkonten die Möglichkeit zur Gegenvorstellung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einräumt, nach der der Dienst eine Neuentscheidung vornimmt.<sup>1572</sup> Ergibt sich, dass der Dienst eine Entscheidung zu Unrecht getroffen hat, muss er den Beitrag im oder den Zugang zum Dienst zur Wahrung der Grundrechte unverzüglich wiederzugänglich machen. Dabei muss der Dienst sicherstellen, dass Inhalte bis zum Abschluss des Verfahrens nicht unwiederbringlich gelöscht werden.<sup>1573</sup> Das Gegendarstellungsverfahren löst rein reaktive Prüfpflichten aus, deren Umfang den Dienst in seiner unternehmerischen Betätigung nicht schwerwiegend beeinträchtigt, gleichwohl aber dem Schutz der Meinungsfreiheit dient, indem es die Nutzeransprüche auf Zugang zum Dienst sowie auf Veröffentlichung und Wiederherstellung von Beiträgen absichert. Vorbild dürfte das öffentlich-rechtliche Äquivalent aus § 3b NetzDG sein, das der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des

<sup>1568</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 87. Auf einen Verhältnismäßigkeitsmaßstab schon hinweisend *Spindler*, CR 2019, S. 245 Rn. 29.

<sup>1569</sup> BVerfGE 148, 267, 286 Rn. 46 – Stadionverbot; BGH, ebd., Rn. 87; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 97.

<sup>1570</sup> BGH, ebd.

<sup>1571</sup> Ebd. Vgl. ferner *B. Raue*, JZ 2018, S. 970; *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, S. 548.

<sup>1572</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 85; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 97.

<sup>1573</sup> Ebd.

NetzDG vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG)<sup>1574</sup> eingeführt hat. Der Bundesgerichtshof gleicht damit das privatrechtliche an das öffentlich-rechtliche Beschwerdesystem an, wendet das privatrechtliche Verfahren aber auch auf Sperrungen von Nutzerkonten an, was in § 3b NetzDG nicht vorgesehen ist.

Bei Löschungen von Beiträgen und Sperrungen von Nutzerkonten aufgrund privatrechtlicher Einschränkungen der Kommunikation ist eine Gegenvorstellung hingegen umso wichtiger, weil es gerade nicht nur um das Löschen rechtswidriger Beiträge geht, sondern auch Inhalte unterhalb der Schwelle der Rechtswidrigkeit gelöscht werden können. Es ist teils komplex, darüber zu entscheiden, ob ein Inhalt rechtswidrig ist, was vor allem Entscheidungen der Fachgerichte immer wieder beweisen.<sup>1575</sup> Gemeinschaftstandards bürgen dabei die Gefahr, noch offener formuliert zu sein, etwa das Verbot von Hassrede<sup>1576</sup>, ohne dass es juristische Kommentarliteratur oder Gerichtsentscheidungen gäbe, an denen man sich zur Auslegung des Begriffs orientieren könnte. Daher können erörternde Hinweise des Nutzers, etwa wie er welchen Inhalt gemeint oder warum er diesen entsprechend artikuliert hat, besonders hilfreich sein, um zu untersuchen, ob gegen Gemeinschaftstandards verstoßen wurde. Ein solcher Verstoß kann wiederum einen sachlichen Grund für die Löschung darstellen, dessen Tragfähigkeit in Ansehung der Meinungsfreiheit des Nutzers gesondert zu untersuchen ist. Im Übrigen ist das Gegenvorstellungsrecht die prozess- und kostenökonomische Alternative zur Klageerhebung, so dass davon auszugehen ist, dass Nutzer hiervon eher Gebrauch machen werden.

*d) Ergebnis: (Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen*

Aus dem interessengerechten Ausgleich der widerstreitenden Grundrechte ergeben sich verschiedene Verfahrenspflichten, die die Dienste im Zusammenhang mit Löscho- oder Sperrentscheidungen treffen: Hierzu gehört die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung mittels einer Anhörung des Nutzers, um festzustellen, ob überhaupt ein tragfähiger sachlicher Grund vorliegt. Die Anhörung muss grundsätzlich vor

<sup>1574</sup> Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. I, S. 1436.

<sup>1575</sup> Siehe beispielsweise den Verfahrensgang von BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2016, – 1 BvR 2646/15 –, juris, Rn. 3 ff. – „Durchgeknallte Staatsanwältin“. Siehe ferner die prägnanten Beobachtungen bei Nolte, ZUM 2017, S. 556 ff.

<sup>1576</sup> Vgl. Facebook, Ziffer 2.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Facebook.com. Instagram, der Rubrik „Entfernung von Inhalten und Deaktivierung oder Sperrung deines Kontos“ der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Instagram.com; Twitter, Ziffer 3 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. der Richtlinie zu Hass schürendem Verhalten (April 2023), auf: Twitter.com, jetzt X.com; YouTube, Rubrik „Ihre Nutzung des Dienstes“ in den ab dem 5. Januar 2022 gültigen Nutzerbedingungen i. V. m. der Hate Speech Policy, auf: YouTube.com.



einer Sperrentscheidung, kann aber nach einer Löschentscheidung erfolgen. Ferner muss der Dienst dem Nutzer die Gründe für seine Entscheidung mitteilen und ein Gegenvorstellungsrecht für den Nutzer gewähren.

Nur wenn diese prozeduralen Rechte gewährleistet sind, kann der Äußernde seine Rechte effektiv durchsetzen, ohne zwingend gerichtliche Schritte einleiten zu müssen, um darüber überhaupt erst die Gründe für die Maßnahme zu erfahren.<sup>1577</sup> Das mit der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens verbundene Prozess- und Kostenrisiko wird den Betroffenen regelmäßig selbst in offensichtlichen Fällen von der Rechtsdurchsetzung abhalten.<sup>1578</sup>

## 7. Konkrete Anspruchspositionen im Rahmen von Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsverträgen

Aus den obigen Erkenntnissen können schlussendlich die folgenden konkreten Anspruchspositionen des Nutzers aus dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrages abgeleitet werden.

### a) Anspruch auf Zugang (Vertragsschluss)

Der Nutzer erhält einen Anspruch auf Abschluss eines Nutzungsvertrages zu den herkömmlichen Vertragsbedingungen, wenn kein tragfähiger sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung besteht;<sup>1579</sup> Letzteres gilt auch für die Kündigung oder Sperrung eines Accounts vonseiten des Dienstes.<sup>1580</sup> Dabei hängen die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von der jeweiligen Disparität der Vertragspartner und der Bedeutung der Leistung für die nutzungswillige Person und der Relevanz der Leistungsverweigerung für den Dienst im Einzelfall ab.<sup>1581</sup> Aus diesem Verhältnis ergibt sich der ausgewogene Interessenausgleich zwischen den Parteien maßgeblich. Aus dem Erfordernis eines tragfähigen sachlichen Grundes folgt weiter, dass eine offene AGB-Klausel, nach der Accounts jederzeit „aus beliebigem Grund“<sup>1582</sup> gesperrt oder gekündigt werden können, nicht wirksam sein kann. Im Fall der sachlich nicht begründeten Ablehnung des Vertragsschlusses entsteht aufgrund des Kontrahierungszwanges ein gesetzliches Schuldverhältnis aus der *culpa in contrahendo* mit der Rechtsfolge, dem nutzungswilligen Antragssteller ein

<sup>1577</sup> B. Raue, JZ 2018, S. 969.

<sup>1578</sup> Ebd.

<sup>1579</sup> Ebd.; LG Bonn NJW 2000, 961, 962; Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 370 f. Zurückhaltender Busche, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, MüKo BGB I, BGB, Vor § 145 Rn. 15, Rn. 23.

<sup>1580</sup> B. Raue, JZ 2018, S. 969 m. w. N.

<sup>1581</sup> Ebd. Allgemeiner Hoffmann/Schulz/Borchers, MMR 2014, S. 93.

<sup>1582</sup> So etwa noch Twitter, Ziffer 4 („Beendigung dieser Bedingungen“) der ab dem 25. Mai 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Twitter.com, jetzt X.com: „Wir können Ihre Accounts sperren oder kündigen oder Ihnen die Bereitstellung der Dienste jederzeit aus beliebigem Grund ganz oder teilweise verwehren [...]“.

Vertragsangebot zu unterbreiten.<sup>1583</sup> Unzulässige Sperrungen ergeben einen vertraglichen Schadensersatzanspruch auf Entsperrung des Accounts im Wege der Naturalrestitution (§ 249 BGB).

### b) Anspruch auf Veröffentlichung

Aus dem einmal geschlossenen Nutzungsvertrag entsteht dem Nutzer ein gegen den Dienst gerichteter Anspruch auf Veröffentlichung seiner Beiträge. Dieser ergibt sich zumindest durch Auslegung des Nutzungsvertrages (§§ 133, 157 BGB) in Verbindung mit der Drittwirkung der Grundrechte oder etwa über das Gebot von Treu und Glauben aus § 242 BGB, der als Generalklausel zweifellos die Einstrahlung der Grundrechte in bestehende Verträge ermöglicht.<sup>1584</sup> Dies bedeutet nicht, dass Kommunikation in vollem verfassungsrechtlich gewährleistetem Umfang betrieben werden darf.<sup>1585</sup> Vielmehr kann sie durch tragfähige sachliche Gründe eingeschränkt werden.<sup>1586</sup>

Ob dieses Recht der Nutzer eine Hauptpflicht i. S. d. § 241 Abs. 1 BGB<sup>1587</sup> oder aber die Pflicht zur Rücksichtnahme i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB<sup>1588</sup> des Nutzungsvertrages darstellt, muss vorliegend nicht entschieden werden. Denn beide Deutun-

<sup>1583</sup> Siehe zu dieser Herleitung auch *B. Raue*, JZ 2018, S. 969 f.; *Müller-Riemschneider/Specht*, MMR 2018, S. 547. Allgemein *Busche*, in: Säckert/Rixecker/Oetker/Limberg, MüKo BGB I, BGB, Vor § 145 Rn. 12, Rn. 23. Zur c.i.c. in einer gleichgelagerten Konstellation nach § 127 Abs. 2 SGB V siehe LSG München, Urteil vom 6. Juli 2017, – L 4 KR 569/15 –, juris, Rn. 65 ff.

<sup>1584</sup> Siehe nur BVerfGE 7, 198, 206 m. w. N. – Lüth.

<sup>1585</sup> So aber noch OLG München NJW 2018, 3119, 3120; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 475 Rn. 21; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 mit Anmerkung *Müller-Riemschneider/Specht*, MMR 2018, S. 547; VG Mainz MMR 2018, 556, 558 Rn. 78 ff.; LG Berlin, Urteil vom 23. März 2018, Az. 31 O 21/18. *B. Raue*, JZ 2018, S. 969; f. *Hofmann*, JZ 2018, S. 751. Dagegen OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Juni 2018, – 15 W 86/18 –, juris, Rn. 24. OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. September 2018, – 4 W 63/18 –, juris, Rn 74 ff.; LG Heidelberg MMR 2018, 773, 775 Rn. 33, Rn. 36; *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017.

<sup>1586</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 ff. mit Verweis auf OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Brandenburg GRUR-RS 2020, 35273 Rn. 12 f.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Bamberg GRUR-RS 2020, 38642 Rn. 39 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff.; *Beurskens*, NJW 2018, S. 3420; *D. Holznagel*, CR 2018, S. 369 Rn. 20; *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 75; *Spindler*, CR 2019, S. 238 Rn. 23, Rn. 33, Rn. 35.

<sup>1587</sup> *B. Raue*, JZ 2018, S. 970; f. *Hofmann*, JZ 2018, S. 751; *D. Holznagel*, CR 2018, S. 370 ff. In diese Richtung *Mörsdorf*, NJW 2021, S. 3161 Rn. 20.

<sup>1588</sup> Vgl. OLG München NJW 2018, 3115 f. Rn. 13, 3118 Rn. 48; LG Frankfurt a. M., MMR 2018, 545, die die Anspruchsgrundlage hierfür in § 1004, § 241 Abs. 2 BGB erblicken. Siehe hierzu die Anmerkung von *Müller-Riemschneider/Specht*, MMR 2018, S. 547, die einen Schadensersatzanspruch aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ableiten.

gen ermöglichen dem Nutzer einen Anspruch auf Verbreitung verfassungsrechtlich zulässiger Inhalte.<sup>1589</sup> Die Hauptpflicht würde einen Primäranspruch auf Wiederherstellung begründen. Im Falle ihrer Nichterfüllung ergäbe sich zudem einen Sekundäranspruch gerichtet auf Naturalrestitution nach § 249 BGB – auf Wiederherstellung des Inhalts.<sup>1590</sup> Letzteres gilt direkt, wenn man in dem Anspruch eine bloße Rücksichtnahmepflicht erblickt. Aus § 241 Abs. 2 BGB ergibt sich die Pflicht zum Unterlassen des erneuten Löschsens des Inhalts.<sup>1591</sup>

Das LG Frankfurt a. M. stützte 2018 einen Wiederherstellungsanspruch auf die §§ 1004, 241 Abs. 2 BGB.<sup>1592</sup> Dies überzeugt im Ergebnis, nicht aber mit Blick auf die materiell-rechtliche Begründung. Eine analoge Anwendung des § 1004 BGB war schon unstatthaft, weil keine Regelungslücke vorliegt, da vertragliche Ansprüche auf Wiederherstellung bestanden haben.<sup>1593</sup>

Eine Löschung von Beiträgen stellt eine Ungleichbehandlung mit anderen Beiträgen dar, für die es aufgrund der Grundrechtseinstrahlung tragfähiger sachlicher Gründe bedarf, die die Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten berücksichtigen.<sup>1594</sup> Vor allem ein Entfernen von Inhalten, die eine Relevanz für eine Debatte von gesellschaftlichem Interesse aufweisen, wird sich daher grundsätzlich nicht rechtfertigen lassen. Nutzungsbedingungen, die Beitragslöschungen „aus beliebigem Grund“<sup>1595</sup> ermöglichen sollen, sind daher schon verfassungsrechtlich unzulässig und nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.<sup>1596</sup> Denn der Vertragszweck der Nutzung liegt in der Verbreitung von Inhalten, was sich teils auch in den AGB

<sup>1589</sup> Vgl. OLG München MMR 2021, 79, 82 Rn. 75; die allgemeinen Ausführungen bei *Hoffmann/Schulz/Borchers*, MMR 2014, S. 93. Zu diesen Ansprüchen zurückhaltend *Beurskens*, NJW 2018, S. 2419 f.

<sup>1590</sup> Vgl. jetzt auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 27 ff.; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 39 ff.; OLG München NJW 2018, 3115 Rn. 13, 3118 Rn. 44 ff.; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 mit Anmerkung von *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, S. 547.

<sup>1591</sup> So etwa LG Berlin, Beschluss vom 23. März 2018, – 31 O 21/18 –.

<sup>1592</sup> LG Frankfurt a. M., MMR 2018, 545.

<sup>1593</sup> Zurückhaltender *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, S. 547. Anders *Beurskens*, NJW 2018, S. 2419 f.

<sup>1594</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 85; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 97. BGH NJW 2012, 1725, 1726 Rn. 14. – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden. Ähnlich, aber im Ergebnis ablehnend *Beurskens*, NJW 2018, S. 2420.

<sup>1595</sup> So etwa noch *Twitter*, Ziffer 4 („Beendigung dieser Bedingungen“) der ab dem 25. Mai 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: [Twitter.com](https://twitter.com/terms), jetzt [X.com](https://x.com/terms): „Wir können Ihre Accounts sperren oder kündigen oder Ihnen die Bereitstellung der Dienste jederzeit aus beliebigem Grund ganz oder teilweise verwehren [...]“.

<sup>1596</sup> Ähnlich LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 mit Anmerkung *Müller-Riemenschneider/Specht*, ebd., die auf eine Sittenwidrigkeit abstellen; OLG München NJW 2018, 3119, 3120 Rn. 24 ff.; *B. Raue*, JZ 2018, S. 970; *D. Holznapel*, CR 2018, S. 373. Dagegen LG Heidelberg MMR 2018, 773, 775 Rn. 29 ff. Offengelassen hingegen LG Köln, Urteil vom 27. Juli 2018 – Az. 24 O 187/18 –, juris, Rn. 113 ff.; *Hoffmann/Schulz/Borchers*, MMR 2014, S. 93.

der Dienste widerspiegelt.<sup>1597</sup> Dieser Zweck wäre gefährdet, könnte sich der Dienst durch seine AGB aus dieser Pflicht entlassen oder sie besonders beschränken, vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Ferner darf keine Vorabkontrolle vor Veröffentlichung stattfinden, da sie zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Vorzensur i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG führen würde.

### *c) Anspruch auf Mitteilung der Lösungsgründe und auf Anhörung*

Überdies ergibt sich im Umkehrschluss aus der prozeduralen Mitteilungspflicht des Dienstes ein Auskunftsanspruch des Äußernden auf Mitteilung der entscheidungsrelevanten Gründe, um seinen Veröffentlichungs- oder Wiederherstellungsanspruch absichern.<sup>1598</sup> Die Mitteilung muss derart transparent und nachvollziehbar sein, dass sie dem Nutzer ermöglicht, sich gegen den Löschvorgang zur Wehr zu setzen. Über die Qualifikation dieser Rechte als Nebenleistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB oder Nebenpflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB muss hier wiederum nicht entschieden werden.<sup>1599</sup>

## **8. Ergebnis: Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste durch sog. Community Standards**

Die sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste dürfen auf Grundlage ihrer Community Standards Inhalte löschen, die nicht rechtswidrig sind. Hierfür bedürfen sie tragfähige sachliche Gründe, um ein willkürliches Löschen auszuschließen. Dies folgt unter Anwendung der Grundsätze der Stadienverbotsrechtsprechung des BVerfG aus einer Bindung an den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, die zum einen aus der starken Disparität zwischen den Diensten und ihren Nutzern und zum anderen aus dem Geschäftsmodell der Dienste resultiert, den Zugang zu den Diensten für jedermann und das Verbreiten von jedwedem Inhalten zu erlauben. Im Umkehrschluss haben die Nutzer einen – wenngleich nicht vorbehaltlosen – Anspruch auf Veröffentlichung von Inhalten. Tragfähige Gründe, die zum Löschen führen können, müssen zur Vermeidung von Willkür in nach außen erkennbaren Nutzungsbedingungen konkret festgelegt werden. Eine Klausel in den Gemeinschaftstandards, Beiträge „aus beliebigem Grund“ löschen zu dürfen, stellt keinen tragfähigen sachlichen Grund dar, da er Willkür ermöglicht.

<sup>1597</sup> Vgl. *You Tube*, Nr. 8.1 der Nutzungsbedingungen vom 25. Mai 2018, auf: [YouTube.com](https://www.youtube.com/terms): „Als Inhaber eines Nutzerkontos bei *You Tube* können Sie Videomaterial („Nutzervideos“) und textliche Anmerkungen („Nutzerkommentare“) (zusammen: „Nutzerübermittlungen“) übermitteln.“ Ferner *Twitter*, Ziffer 3 („Beendigung dieser Bedingungen“) der ab dem 25. Mai 2018 gültigen Nutzungsbedingungen auf: [Twitter.com](https://twitter.com/terms), jetzt [X.com](https://x.com/terms).

<sup>1598</sup> *B. Raue*, JZ 2018, S. 970; *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, S. 548. Dagegen *Beur-skens*, ebd.

<sup>1599</sup> Siehe hierzu beispielsweise *B. Raue*, JZ 2018, ebd.

Aus der Einstrahlung des Gleichheitsgrundsatzes in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Dienst und Nutzer folgen verfahrensrechtlichen Absicherungserfordernisse. So besteht zur Gewährleistung des Bestehens eines tragfähigen sachlichen Grundes eine Anhörungspflicht für den Dienst zur Sachverhaltsermittlung, insbesondere auch um eine kontextbezogene Auslegung des konkret überprüften Inhalts sicherzustellen. Im Falle einer Löschung muss der Dienst dem Nutzer die Gründe hierfür mitteilen und ihm anschließend ein Recht zur Gegenvorstellung einräumen.

## V. Die Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten in Bezug auf „Fake News“ durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz

Da grundständige Ausführungen zum NetzDG (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken – Netzwerkdurchsetzungsgesetz)<sup>1600</sup> aufgrund des ab 25. August 2023<sup>1601</sup> für sehr große Online-Plattformen wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* und ab 17. Februar 2024<sup>1602</sup> für alle Vermittlungsdienste Geltung erlangenden Digital Services Act (DSA) künftig ihre praktische Relevanz verlieren – so auch die zum NetzDG subsidiären Compliance-Pflichten aus den §§ 10a und 10b TMG, die hier nicht mehr betrachtet werden –, erfolgen in diesem Abschnitt nur noch einige wenige evaluierende Bemerkungen zum NetzDG. Das NetzDG trat am 1. Oktober 2017 in Kraft. Im Jahr 2021 modifizierte der Gesetzgeber das Gesetz mit zwei Änderungsgesetzen<sup>1603</sup>, im Jahr 2022 mit einem weiteren<sup>1604</sup>. Das NetzDG war ungeachtet seiner verfehlten Namensgebung – was soll überhaupt mit ihm durchgesetzt werden? – seit seiner Entstehung der Kritik ausgesetzt, verfassungswidrig<sup>1605</sup> und europarechtswidrig<sup>1606</sup> zu sein. Hier wird

<sup>1600</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 1. September 2017, BGBl. I, S. 3352.

<sup>1601</sup> Vgl. KOM, Pressemitteilung vom 25. April 2023, IP/23/2413.

<sup>1602</sup> Siehe Abschnitt „Inkrafttreten und Geltung, Art. 93 DSA“ unter Punkt F. V.

<sup>1603</sup> Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. 2021 I, S. 441 und Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. I, S. 1436.

<sup>1604</sup> Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte und zur Änderung weiterer Gesetze vom 26. Juli 2022, BGBl. I S. 1182.

<sup>1605</sup> Für eine Verfassungswidrigkeit argumentieren beispielhaft *Gersdorf*, MMR 2017, S. 440 ff.; *Guggenberger*, NJW 2018, S. 2581; *Feldmann*, K&R 2017, S. 292 ff.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 93 ff. *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017. Zurückhaltendes *Schiff*, MMR 2018, S. 366 ff.

<sup>1606</sup> Für eine Unionsrechtswidrigkeit argumentieren beispielhaft VG Köln MMR 2022, 330, 335 ff. Rn. 61 ff.; *Spindler*, ZUM 2017, S. 479 ff. m. w. N.; *Guggenberger*, ebd., S. 2579; *ders.*, ZRP 2017, S. 99 f.; *Wimmers/Heymann*, ebd., S. 94 f.; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 205; *Hoeren*, NetzDG europarechtswidrig auf: Beck-Community.de, Artikel vom 30. März 2017. Offener

gezeigt, dass es mit der Meinungsfreiheit der Dienstanutzer (1.) vereinbar, aber weder in persönlicher Hinsicht auf die intendierten, regulierungsbedürftigen Adressaten anwendbar ist (2.), noch sachlich die vom Gesetzgeber intendierte Bekämpfung von „Fake News“<sup>1607</sup> in besonderem Maße (3.) erfasst. Vielmehr setzt es auf die Selbstregulierung der Dienste durch Community Standards (4.).

## 1. NetzDG mit der Meinungsfreiheit der Nutzer vereinbar

Das unmittelbar vor der Bundestagswahl 2017 „mit heißer Nadel“<sup>1608</sup> gestrickte und von schwachen Formulierungen durchzogene Gesetz verletzt, anders als von einem Großteil der Literatur vehement<sup>1609</sup> betont, nicht die Meinungsfreiheit der äußeren Nutzer. Richtig ist, dass das NetzDG Anreize für ein – bislang praktisch nicht nachgewiesenes<sup>1610</sup> – „Overblocking“, also ein systematisches Löschen von rechtmäßigen oder zumindest zweifelhaften Inhalten, setzt.<sup>1611</sup> Begründet werden diese

---

*Nölscher*, ZUM 2020, S. 302 ff. Eine andere Ansicht ließe sich begründen mit der Argumentation von *Stadler*, Haftung für Information im Internet, Rn. 103.

<sup>1607</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 2, ursprünglich BT-Drs. 18/12356, S. 1 f., S. 11; BT-Drs. 18/12727, S. 1.

<sup>1608</sup> *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 93.

<sup>1609</sup> *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017 spricht sogar von einem „*Meinungsfreiheitsbekämpfungsgesetz*“. Eine zu „chilling effects“ führende Überhöhung der persönlichen Ehre und anderer konfligierender Rechtsgüter befürchtend *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2581. *ders.*, ZRP 2017, S. 100; *Nolte*, ZUM 2017, S. 558; *Wimmers/Heymann*, ebd., S. 98 f. Widersprüchlich hingegen *Feldmann*, K&R 2017, S. 293, S. 295. Dagegen *Höch*, K&R 2017, S. 292.

<sup>1610</sup> Siehe auch die Ergebnisse des Evaluierungsgutachtens von *Eifert*, abgedruckt in BT-Drs. 19/22610, S. 16 f., S. 74. *Löber/Roßnagel*, MMR 2018, S. 73. Dagegen *Höferlin/Widlok*, MMR 2021, S. 278 mit Verweis auf *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, S. 143 ff. Letztere Studie erkennt selbst an, dass es nicht eindeutig nachweisbar ist, ebd., S. 95, S. 145. Siehe ferner die Transparenzberichte, nach denen zwischen 70 und 90 % der Beschwerden keinen Erfolg hatten, vgl. *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht 2/2018, S. 3 f.; *YouTube*, NetzDG-Transparenzberichte 1/2018. Zusammenfassend *P. Beuth*, Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt, auf: Spiegel Online, Artikel vom 27. Juli 2018. Ferner BT-Drs. 19/18792, S. 17. Zusammenfassend *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 73. Siehe auch die vergleichbare Zahlen bestätigenden jüngeren Berichte, obwohl nun wegen § 2 Abs. 2 Nr. 16 NetzDG n. F. (in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des NetzDG vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. I, S. 1436.) auch Ausführungen zum Löschverhalten nach Gemeinschaftsstandards gemacht werden müssen, *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, S. 5, S. 12; *Instagram*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, S. 4, S. 11; *Twitter*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, S. 22; *YouTube*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022; *TikTok*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, Punkt f. 1.

<sup>1611</sup> Vgl. *Giery*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 206 f., S. 230; *Hoven/Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), NetzDG, § 1 Rn. 7; *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2580 f.; *Nolte*, ZUM 2017, S. 555 ff.; *Schiff*, MMR 2018, S. 369; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 98; *Google/YouTube*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S. 21; *Bitkom*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S. 18 f; *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017.



Anreize durch eine haftungsrechtliche Asymmetrie des Dienstanbieters (§ 1 Abs. 1 und 2, § 3d Abs. 1 Nr. 1, § 3e NetzDG), die die Compliance-Pflichten des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG und ihre ordnungsrechtliche Abstützung in § 4 NetzDG perpetuieren.<sup>1612</sup> Diese haftungsrechtliche Dysbalance ergibt sich auch aus einem Anspruchsungleichgewicht von Äußerndem und Geschädigtem: Anders als dem Geschädigten einer rechtswidrigen Aussage stehen dem Äußernden keine gesetzlich festgeschriebenen Ansprüche gegen den Dienst zu, die er gegen eine erfolgte Löschung seiner Aussage geltend machen kann.<sup>1613</sup> Nicht einmal ein Anhörungserfordernis zur Ermittlung des für eine kommunikationsgrundrechtskonforme Bewertung einer Äußerung erforderlichen Aussagesinns setzt das NetzDG seinem Wortlaut nach ausdrücklich fest.<sup>1614</sup> Der Dienst könnte hingegen mit wirtschaftlich spürbaren zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen eines Geschädigten belastet werden, wenn er rechtswidrige, ihn verletzende Aussagen nicht innerhalb der knappen Beschwerdebearbeitungsfristen des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 NetzDG<sup>1615</sup> löscht, vgl. § 10 TMG. Die beschriebene Haftungsasymmetrie wird weiter durch die Androhung des § 4 NetzDG verstärkt, die empfindliche Bußgeldsanktionen ermöglicht.<sup>1616</sup> Der relativ abstrakte, teils wenig verständliche Normtext und die Gesetzessystematik deuten dem ersten Zugriff zufolge darauf hin, nur das „Underblocking“, das Nichtentfernen rechtswidriger Inhalte (innerhalb der knappen Fristen), zu sanktionieren. Dem steht nicht entgegen, dass das NetzDG im Umkehrschluss zu § 4 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 NetzDG richtigerweise auch das „Overblocking“ bestraft.<sup>1617</sup> Denn hieraus ergeben sich keine Ansprüche für den Äußernden, dessen Inhalte zu Unrecht gelöscht wurden. Das beschriebene Ungleichgewicht erhält mithin die Gefahr einer „Kollateralzensur“<sup>1618</sup> grundsätzlich zulässiger Äußerungen durch den

<sup>1612</sup> Vgl. *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, S. 143; *B. Raue*, JZ 2018, S. 963; *Guggenberger*, ebd., S. 2580 f.; *Gersdorf*, MMR 2017, S. 446; *Nolte*, ebd., S. 558. Siehe ferner die Untersuchung von *jugendschutz.net*, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter, auf: [bmjv.de](http://bmjv.de).

<sup>1613</sup> Zur schwächeren Position des Äußernden selbst im Falle der Annahme eines Anspruchs auf Veröffentlichung ohne gesetzliche Kodifizierung vgl. *Beurskens*, NJW 2018, S. 3420; *Eifert*, NJW 2017, S. 1453; *Nolte*, ebd., S. 559.

<sup>1614</sup> Vgl. die Folge einer fehlenden Anhörung bei *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 202.

<sup>1615</sup> Verfassungsrechtlich unbedenklich nach *Schiff*, MMR 2018, S. 369 mit Verweis auf *Höch*, K&R 2017, S. 290 f. Verfassungswidrig dagegen nach *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 204 f.; *Nolte*, ZUM 2017, S. 558; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 99.

<sup>1616</sup> Vgl. zu den Schadensersatzansprüchen nach der „Host-Provider“-Haftung nun deutlich erhöhten Bußgeldsanktionen *jugendschutz.net*, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter, auf: [bmjv.de](http://bmjv.de).

<sup>1617</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 20; *Schiff*, MMR 2018, S. 369. Zur Begrenzung des Overblockings siehe ferner BT-Drs. 18/12356, S. 24 f.; *BMJV*, NetzDG-Bußgeldleitlinien, S. 2 f., S. 7 f.; *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2580; *Höld*, MMR 2017, S. 792.

<sup>1618</sup> „Collateral Censorship“, siehe *Balkin*, Columbia Law Review 99 (1999), S. 2296 ff., S. 2298 f.; *ders.*, Harvard Law Review 127 (2014), S. 2308 f. Im Zweifel werde zulasten der Meinungsfrei-



Dienst. Hierdurch könnte das NetzDG für sich betrachtet als unverhältnismäßig qualifiziert werden. Dieses Ungleichgewicht sät Zweifel an seiner Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit.

Jedoch darf – wie oft von den Kritikern des NetzDG vergessen scheint – das NetzDG nicht isoliert, sondern nur im Kontext der gesamten Rechtsordnung, insbesondere anhand des der Dienstnutzung zugrundeliegenden Vertrages und der mit der Nutzung zusammenhängenden grundrechtlichen Interessen, betrachtet werden. Denn nur, weil ein Gesetz selbst keinen Schutz für den Betroffenen vorsieht und auch die einfach-gesetzliche Rechtslage keine eindeutigen Schutzinstrumente vorhält, bedeutet das nicht, dass ihn auch die Verfassung schutzlos lässt. So wurde bereits in den Ausführungen zu den Community Standards gezeigt, dass der Dienstnutzungsvertrag im Einklang mit der Verfassung auszulegen ist.<sup>1619</sup> Auf diese Weise lässt sich die durch das NetzDG verfestigte Haftungsasymmetrie ausgleichen.

Aus dem Vertrag in Verbindung mit der Drittwirkung der Grundrechte ergeben sich – wenngleich nicht vorbehaltlose – Ansprüche auf Veröffentlichung von Beiträgen in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten für den Nutzer, die er dem Dienst bei einer unrechtmäßigen Löschung entgegenhalten kann.<sup>1620</sup> Vor dem Hintergrund der massiven Kritik hinsichtlich der Vereinbarkeit des NetzDG mit der Meinungsfreiheit der Dienstenutzer hat der deutsche Gesetzgeber zur Absicherung der Nutzergrundrechte im Zuge der Novellierung des NetzDG mit § 3b ein Gegenvorstellungsverfahren<sup>1621</sup> eingeführt, mit der sich zu Unrecht erfolgte Löschungen korrigieren lassen. Die Einführung dieses Verfahrens trug wesentlich zur Entschärfung der Diskussion über die Vereinbarkeit des NetzDG mit der Meinungsfreiheit bei. Dabei war ein Gegenvorstellungsrecht zu Entscheidungen nach dem NetzDG von Verfassungs wegen nicht geboten, da derartige Löschentscheidungen grundsätzlich eine Anhörung voraussetzen, mit der der Kontext der Äußerung erhellt werden kann. So verlangt auch das vom BGH im Rahmen der Störerhaftung entwickelte sog. Dialogverfahren keine Gegenstellungsmöglichkeit, sondern lediglich eine Anhörung des Äußernden und unter Umständen eine Stellungnahme des Betroffenen.<sup>1622</sup> Das Anhörungserfordernis ist indes schon unter grundrechtskonformer Auslegung des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a) NetzDG gewahrt: So muss sich die bestehende „Kann“-Vorschrift in Fällen, bei denen nach der Untersuchung Unklarheiten

---

heit entschieden, *Google/YouTube*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S. 19 ff.; *Nolte*, ZUM 2017, S. 555. Ähnlich *Feldmann*, K&R 2017, S. 296.

<sup>1619</sup> Siehe Abschnitt „Konkrete Betrachtung der mittelbaren Drittwirkung im Kontext sozialer Netzwerke und Videosharing-Dienste“ unter Punkt E. IV. 4.

<sup>1620</sup> Siehe Abschnitt „Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag“ unter Punkt E. IV. 5. Siehe auch Abschnitt „Konkrete Anspruchspositionen im Rahmen von Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsverträgen“ unter Punkt E. IV. 7.

<sup>1621</sup> Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. 2021 I, S. 1436.

<sup>1622</sup> Siehe nur BGH MMR 2012, 124, 126 Rn. 27 – Blogspot. *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 205.

über den Sinn der Aussage bestehen bleiben, in verfassungskonformer Auslegung zu einer Pflicht zur Anhörung verdichten<sup>1623</sup>, wohingegen bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten<sup>1624</sup> eine Anhörung – jedenfalls im Vorhinein<sup>1625</sup> – unterbleiben kann.<sup>1626</sup>

## 2. Das NetzDG verfehlt seine Regelungsadressaten

Ungeachtet dessen ist das NetzDG im Hinblick auf soziale Netzwerke, die keine Videosharing-Dienste im Sinne des § 3d Abs. 1 Nr. 1 NetzDG darstellen, unionsrechtswidrig. Wie auch schon bei der für soziale Netzwerke angeordneten Pflicht zur Kennzeichnung von „Social Bots“ wird dem Gesetzgeber das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL<sup>1627</sup> zum Verhängnis.<sup>1628</sup> Denn auch das NetzDG basiert gem. § 1 Abs. 1 NetzDG auf dem Marktortprinzip und kollidiert daher jedenfalls mit dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip. Da die genannten Dienste ihren (europäischen) Sitz in Irland<sup>1629</sup> haben und die irische Rechtsordnung selbst<sup>1630</sup> keine dem NetzDG vergleichbare Regulierung vorhält, liegt durch das NetzDG eine grundsätzlich unzulässige Einschränkung des Recht des Herkunftsstaates vor. Denn der Online Safety and Media Regulation Act 2022 hält keine eigenen Löschverpflichtungen (vgl. Part 8 Amendment of Part 6 of Principle Act) vor, sondern konkretisiert allenfalls rechtswidrige Inhalte für eine schon durch die unionsrechtlich

<sup>1623</sup> Vgl. *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2579. Ähnlich *Eifert*, in: ders./Gostomzyk, Netzwerkrecht, S. 38. Anders *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 201 f. Siehe auch die Intention des Gesetzgebers zum Anhörungserfordernis BT-Drs. 18/13013, S. 20. Zu den Folgen eines Verstreichenlassens der Stellungnahme *Schiff*, MMR 2018, S. 369; *Nölscher*, ZUM 2020, S. 305 f. Nicht anders verfährt der BGH im Übrigen im Rahmen der Störerhaftung, vgl. nur BGH MMR 2012, 124, 126 Rn. 27 – Blogspot.

<sup>1624</sup> Zur Definition siehe BT-Drs. 18/13013, S. 20; BT-Drs. 16/5048, S. 39 f.; LG Karlsruhe, Beschluss vom 12. Juni 2018, – 11 O 54/18 –, juris, Rn. 18; *Gersdorf*, MMR 2017, S. 446.

<sup>1625</sup> Zum Erfordernis einer nachträglichen Anhörung unter Zugrundelegung der Ausnahmeverpflichtung der Beachtung von Grundrechten eines Privaten aufgrund der mittelbaren Drittwirkung, BVerfGE 148, 267, 286 Rn. 47 – Stadionverbot.

<sup>1626</sup> So zu interpretieren wohl auch *Gersdorf*, MMR 2017, S. 446; *Beurskens*, NJW 2018, S. 3420; *Spindler*, CR 2019, S. 246 Rn. 32.

<sup>1627</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3 ECRL“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

<sup>1628</sup> Für eine Unionsrechtswidrigkeit argumentieren beispielhaft VG Köln MMR 2022, 330, 335 ff. Rn. 61 ff.; *Spindler*, ZUM 2017, S. 479 ff. m. w. N.; *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2579; *ders.*, ZRP 2017, S. 99 f.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 94 f.; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 205; *Hoeren*, NetzDG europarechtswidrig, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 30. März 2017. Offener *Nölscher*, ZUM 2020, S. 302 ff. Eine andere Ansicht ließe sich begründen mit der Argumentation von *Stadler*, Haftung für Information im Internet, Rn. 103. Zum Begriff der Kenntnisnahme siehe *Paal/Hennemann*, in: *Gersdorf/Paal*, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), TMG, § 10 Rn. 30.

<sup>1629</sup> Siehe *Anlage 1–5*.

<sup>1630</sup> Online Safety and Media Regulation Act 2022 (41/2022) v. 10. Dezember 2022.

angeordnete „Host-Provider“-Haftung erforderliche Art einer Allgemeinen Störerhaftung. Ein Verfahren zur Begründung einer Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL hat der deutsche Gesetzgeber in Bezug auf das NetzDG nicht eingeleitet.<sup>1631</sup> Das NetzDG ist daher *de iure* nicht auf die Adressaten anwendbar, die ursprünglich den Anlass zur Regulierung gaben, etwa die populären Netzwerkdienste *Facebook*, *Instagram* oder *Twitter*.

Dennoch wurde das NetzDG in der Praxis angewendet. Dass die Netzwerke bislang „mitgespielt“ haben und, soweit ersichtlich, auch der EuGH noch nicht angerufen wurde, verwundert; gerade auch, weil diese Problematik in der Literatur unlängst weitgehend einheitlich beantwortet schien.<sup>1632</sup> Bei den Netzwerken ließe sich noch die Vermutung anstellen, dass sie sich einerseits keinem kostspieligen behördlichen Verfahren aussetzen wollten, weil die NetzDG-Regelungen sie nicht derart belasten, dass dies lohnenswert gewesen wäre und andererseits, dass noch keine Entscheidung des EuGH vorliegt, die die Unionsrechtswidrigkeit des NetzDG verbindlich feststellt.

Ungeachtet der Kritik an der unionsrechtswidrigen Ausgestaltung des NetzDG soll in positiver Hinsicht nicht unerwähnt bleiben, dass das NetzDG während seiner Anwendung Pionierarbeit in der EU leistete und zum Vorbild des DSA genommen wurde.<sup>1633</sup>

Seit der Novellierung des NetzDG ist es zwar in Bezug auf Videosharing-Dienste (§ 3d Abs. 1 Nr. 1 lit. a) NetzDG)<sup>1634</sup> unionsrechtskonform, da das NetzDG in Umsetzung des Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)<sup>1635</sup> für Videosharing-Dienste nur unmittelbar gilt, wenn sie ihren Sitz in Deutschland haben, § 3e Abs. 1 u. 2 NetzDG. Aber damit verfehlt es ebenfalls die populären Videosharing-Dienste *TikTok* und *YouTube*, die ursprünglich reguliert werden sollten. Es bleibt damit *de iure* beim vorherigen *Status quo*. Statt im Zuge der Novellierung des NetzDG einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand über Art. 3 Abs. 4 ECRL zu begründen, hat der Gesetzgeber für Videosharing-Dienste in § 3e Abs. 3 NetzDG bloß die behördliche

<sup>1631</sup> So zurecht OVG Münster, Beschluss vom 21. März 2023 – Az. 13 B 381/22 –, juris, Rn. 117 ff.; VG Köln MMR 2022, 330, 337 Rn. 86.

<sup>1632</sup> Siehe nur *Spindler*, ZUM 2017, S. 479 ff. m. w. N.; *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2579; *ders.*, ZRP 2017, S. 99 f.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 94 f.; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 205; *Hoeren*, NetzDG europarechtswidrig auf: Beck-Community.de, Artikel vom 30. März 2017. Offener *Nölscher*, ZUM 2020, S. 302 ff. Eine andere Ansicht ließe sich begründen mit der Argumentation von *Stadler*, Haftung für Information im Internet, Rn. 103.

<sup>1633</sup> Siehe Abschnitt „Digital Services Act“ unter Punkt F.

<sup>1634</sup> Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. 2021 I, S. 1436.

<sup>1635</sup> Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. L 303/69 vom 28. November 2018.

Möglichkeit vorgesehen, eine entsprechende die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 ECRL wahrende Anordnung zu treffen, und damit den Kelch seiner Verantwortung der Exekutive überantwortet.

Im Übrigen ist das NetzDG – ohne Videosharing-Dienste zu betrachten – unionsrechtskonform, vor allem verstößt es mit seinen knappen Beschwerdebearbeitungsfristen (24 Stunden bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten, grundsätzlich sieben Tage bei rechtswidrigen Inhalten nach Beschwerdeeingang) nicht gegen die von Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL vorgesehene Löschfrist.<sup>1636</sup> Nach Letzterer muss ein rechtswidriger Inhalt bei Kenntnis unverzüglich gelöscht werden. Ein unverzügliches Löschen bei Kenntnis<sup>1637</sup> von der Rechtswidrigkeit eines Inhalts verlangt auch die Generalklausel des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 NetzDG. Dass das Löschen grundsätzlich innerhalb von sieben Tagen erfolgen muss, markiert in unionsrechtskonformer Auslegung bloß eine Bearbeitungsfrist.<sup>1638</sup> Da die spezielle Regelung für offensichtlich – und damit von außen klar erkennbare<sup>1639</sup> – rechtswidrige Inhalte i. S. d. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 NetzDG, nach der Inhalte innerhalb von 24 Stunden nach Beschwerdeeingang gelöscht werden müssen, ebenfalls nur eine Bearbeitungsfrist und keine Löschfrist vorsieht, lässt sich die Löschfrist aus der Generalklausel übertragen.<sup>1640</sup> Jedenfalls ließen sich die Vorschriften dergestalt unionsrechtskonform auslegen.

Dass das Beschwerdeverfahren gem. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NetzDG gewährleisten muss, dass die Dienstbetreiber einen Beschwerdeinhalt unverzüglich zur Kenntnis nehmen können, tangiert die Löschfrist des Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL nicht, sondern setzt einen Schritt vorher an. Denn § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NetzDG regelt nur die Zeitspanne vom Beschwerdeeingang bis zur Kenntnisnahme von Inhalten, die Art. 14 Abs. 1 ECRL nicht reglementiert. Die bloße Kenntnisnahme vom Inhalt indiziert noch nicht die für die Löschpflicht kumulativ erforderliche Kenntnis von seiner Rechtswidrigkeit, soll sie aber – dem mit Erwägungsgrund 10 ECRL intendierten angemessenen, insbesondere effektiven, Grundrechtsschutz unter Berücksichtigung der dynamisch gewandelten Kommunikationsgegebenheiten der heutigen Zeit entsprechend – beschleunigt herbeiführen (Prinzip der doppelten

<sup>1636</sup> Vgl. *Nölscher*, ZUM 2020, S. 302–306. Anders *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2579; *ders.*, ZRP 2017, S. 99 f.; *Spindler*, ZUM 2017, S. 479 ff.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 94 ff.

<sup>1637</sup> Zur praktischen Kenntnisnahme siehe BT-Drs. 18/12356, S. 22. Zur konkreten Ausgestaltung der organisatorischen Verfahren und der Zuweisung einer neuen Beschwerde nach Abschluss einer vorherigen siehe nur *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht 2/2018, 4 f.

<sup>1638</sup> Vgl. *Nölscher*, ZUM 2020, S. 303 ff. Anders *Spindler*, ZUM 2017, S. 480.

<sup>1639</sup> Zur Definition siehe BT-Drs. 18/13013, S. 20; BT-Drs. 16/5048, S. 39 f.; LG Karlsruhe, Beschluss vom 12. Juni 2018, – 11 O 54/18 –, juris, Rn. 18; *Gersdorf*, MMR 2017, S. 446.

<sup>1640</sup> *Nölscher*, ZUM 2020, S. 303 ff. Dagegen *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2579; *ders.*, ZRP 2017, S. 99 f.; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 205; *Spindler*, ZUM 2017, S. 479; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 94 ff.

Unverzüglichkeit).<sup>1641</sup> Zudem fällt die Verfahrensvorschrift des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NetzDG unter Art. 14 Abs. 3 ECRL, nach dem die Mitgliedstaaten das Verfahren zur Entfernung rechtswidriger Inhalte ausgestalten.<sup>1642</sup>

### 3. „Etikettenschwindel“<sup>1643</sup>: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“

Die einerseits aus der Löschpraxis der Dienste auf Grundlage ihrer Gemeinschaftsstandards in tatsächlicher und andererseits aus dem Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip in rechtlicher Hinsicht resultierende geringe Wirkung des NetzDG wird in Bezug auf die Bekämpfung von „Fake News“ durch den dem NetzDG immanenten „Etikettenschwindel“ gekürt. Entgegen der Gesetzesbegründung, nach der das Gesetz dem Kampf gegen „Fake News“ dienen sollte<sup>1644</sup>, erfasst der enge Anwendungsbereich des NetzDG (§ 1 Abs. 3 NetzDG) „Fake News“ nur rudimentär, etwa mit § 130 und den §§ 185 ff. StGB, lässt dafür aber andere Verhaltensweisen unbeachtet, die geeignet sind, die Meinungsbildung zu beeinträchtigen. Auf andere „Fake News“ konzentriert sich das NetzDG trotz ihrer Relevanz für meinungsbildende und demokratische Prozesse nicht.<sup>1645</sup> Insoweit haben auch die zumeist nach den Gemeinschaftsstandards erfolgten Löschungen dem Compliance-System des NetzDG in Bezug auf „Fake News“ keinen wesentlichen Teil seiner Bedeutung genommen.<sup>1646</sup> Das NetzDG konnte in diesem Kontext ohnehin kaum einen Beitrag leisten.

Dem Gesetzgeber muss vorgeworfen werden, dass er schon das nötige Fundament für eine zielführende Bekämpfung von „Fake News“ nicht gelegt hat. Er hat es auch im Zuge der Novellierung des NetzDG<sup>1647</sup> versäumt, den Begriff gesetzlich zu definieren. Dabei ist der Begriff der „Fake News“ bislang kein gefestigter Rechtsbegriff und seine Reichweite hängt stark von der ihm zugrunde gelegten Determinierung ab.<sup>1648</sup> Dass „Fake News“ nach der Gesetzesbegründung mit „*strafbaren Falschnachrichten*“ gleichgesetzt werden, konturiert den Begriff nicht rechtssicher.

<sup>1641</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 2.

<sup>1642</sup> Siehe zum Ganzen *Nölscher*, ZUM 2020, S. 303.

<sup>1643</sup> *Nolte*, ZUM 2017, S. 555; *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017.

<sup>1644</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 2, ursprünglich BT-Drs. 18/12356, S. 1 f., S. 11; BT-Drs. 18/12727, S. 1.

<sup>1645</sup> Vgl. einen ähnlich gelagerten Fall mit gleicher Folge bei *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017.

<sup>1646</sup> Vgl. *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2019, S. 3; *Instagram*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, S. 11; 1/2019, S. 3; *Twitter*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2019; *You Tube*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, S. 18. So auch *Eifert*, Evaluationsgutachten in BT-Drs. 19/22610, S. 26. Vgl. *Schwartmann/Mühlenbeck*, ZRP 2020, S. 171.

<sup>1647</sup> Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. I, S. 441; Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. I, S. 1436; Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte und zur Änderung weiterer Gesetze vom 26. Juli 2022, BGBl. I S. 1182.

<sup>1648</sup> Siehe Abschnitt „Begriffsbestimmung“ unter Punkt B. I.

Nicht verschwiegen werden soll, dass das NetzDG zumindest in den begrenzten Fällen, in denen es anwendbar ist, die Rechtsdurchsetzung zumindest teilweise beschleunigt. Dies resultiert nicht aus den NetzDG-Bearbeitungsfristen. Diese dürften sich allenfalls marginal von denen der allgemeinen Störerhaftung unterscheiden – dies wohl vor allem wegen der transparent vom Dienst vorzuhaltenden Beschwerdemöglichkeit, die Letztere nicht fordert. Die Beschleunigung resultiert allein aus dem für Dienstbetreiber angeordneten Prinzip der „doppelten Unverzüglichkeit“, also der Pflicht Nutzerbeschwerden unverzüglich zur Kenntnis zu nehmen und einen rechtswidrigen Inhalt – ab Kenntnis von seiner Rechtswidrigkeit – unverzüglich zu löschen. Denn hiermit etabliert das NetzDG ein über die Störerhaftung hinausgehendes Prinzip.

Ferner hat der Gesetzgeber im Zuge der Novellierung des NetzDG den weit auszulegenden Beschwerdebegriff in § 1 Abs. 4 NetzDG<sup>1649</sup> eingeführt, der jede nutzerseitig vorgebrachte Beanstandung dem NetzDG-Beschwerdemanagement unterstellt.<sup>1650</sup> Dies ist deshalb begrüßenswert, weil zum einen eine das NetzDG umgehende Beschwerdebearbeitung über Gemeinschaftstandards aufgehoben und zum anderen die allgemeine Störerhaftung beschleunigt wird.<sup>1651</sup> Letzteres ergibt sich daraus, dass unmittelbar an den Beschwerdebegriff das NetzDG-Beschwerdemanagement anschließt. Selbst wenn kein Inhalt i. S. d. § 1 Abs. 3 NetzDG vorliegt, hat der Betreiber bereits Kenntnis von dem Inhalt, was verfahrenstechnisch der allgemeinen Störerhaftung vorgreift. Daher muss der Anbieter für ein Löschen nur noch die kumulativ erforderliche Kenntnis von der Rechtswidrigkeit eines Inhalts herstellen, was auf eine schnellere Durchsetzung des Löschanpruches hindeutet.

Insoweit hat der Gesetzgeber das vorher bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizit also durchaus erkannt, aber weder das Problem der „Fake News“ noch die speziell von ihrer Verbreitung ausgehenden Gefahren adressiert. Dabei wird in dem engen sachlichen Anwendungsbereich lediglich Symptom-, statt Ursachenbekämpfung betrieben. Auch das NetzDG mit seinem retrospektiven Löschansatz räumt die kognitionswissenschaftlichen Folgen verbreiteter „Fake News“ nicht aus. Bis zur Löschung kann sich die Perpetuierungswirkung von „Fake News“ entfalten.<sup>1652</sup>

Das in Windeseile erlassene NetzDG hält nicht, was sein plakativer Slogan, es diene der Bekämpfung von „Fake News“<sup>1653</sup>, verspricht. Der gewählte Slogan lag damals vor dem Hintergrund der ein Jahr zuvor stattgefundenen US-amerikani-

<sup>1649</sup> Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. I, S. 441.

<sup>1650</sup> Vgl. BT-Drs. 19/22610, S. 26; BT-Drs. 19/17741, S. 42.

<sup>1651</sup> Vgl. ebd. Zu Löschungen auf Grundlage der Gemeinschaftstandards, vgl. *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2019, S. 3; *Instagram*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2022, S. 11; 1/2019, S. 3; *Twitter*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2019; *YouTube*, NetzDG-Transparenzbericht 1/2019; *Eifert*, Evaluationsgutachten in BT-Drs. 19/22610, S. 26; *Schwartmann/Mühlenbeck*, ZRP 2020, S. 171.

<sup>1652</sup> Siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

<sup>1653</sup> Vgl. nur BT-Drs. 18/12727, S. 1.



schen Präsidentschaftswahl von 2016 und des *Brexit*-Referendums sowie der kurz bevorstehenden Bundestagswahl 2017 im Puls der Zeit. Dennoch durfte gerade im Zusammenhang mit diesen demokratischen Entscheidungen erwartet werden, dass der Gesetzgeber die freie Meinungsbildung durch die Bekämpfung von „Fake News“ entschlossen und nicht bloß symbolpolitisch abstützt.

#### 4. Das NetzDG setzt auf die Selbstregulierung der Dienste

Der mit § 1 Abs. 4 NetzDG statuierte Vorrang des NetzDG-Compliance-Systems gegenüber den Beschwerdeverfahren nach den Gemeinschaftstandards verschließt die Tür für ein selbstreguliertes Löschen nach Community Standards nicht. Im Gegenteil verdeutlichen mehrere im Jahr 2021 eingeführte NetzDG-Vorschriften, dass der Gesetzgeber gerade auf die Selbstregulierung der Dienste baut. So folgt aus dem mit § 1 Abs. 4 NetzDG geschaffenen Vorrang des NetzDG, dass ein Löschen nach Gemeinschaftstandards weiterhin möglich ist, soweit der sachliche Anwendungsbereich des NetzDG (§ 1 Abs. 3 NetzDG) nicht eröffnet ist. Die Transparenzpflicht des § 2 Abs. 2 Nr. 17 NetzDG<sup>1654</sup> fordert ausdrücklich Auskünfte über Gemeinschaftstandards sowie über ihre Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB. Auch das Gegenvorstellungsverfahren kann gem. § 3b Abs. 3 NetzDG angestrengt werden, wenn ein Löschen nach Gemeinschaftstandards vorgenommen oder abgelehnt wurde.<sup>1655</sup>

Es besteht kein Zweifel daran, dass die im Vergleich zu strafrechtlich relevanten Inhalten engeren Gemeinschaftstandards ein probates Mittel gegen die Verbreitung von – auch demokratiegefährdender – Desinformation darstellen. Dennoch ist an der Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers kritikwürdig, dass sich die NetzDG-Änderungen den von den Fachgerichten vieldiskutierten Fragen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Löschens von Inhalten auf Grundlage der Gemeinschaftstandards, respektive einer möglichen Grundrechtsbindung der Dienste überhaupt nicht zuwenden.<sup>1656</sup> Zwar hat der BGH Ende Juli 2021 zwei nachvollziehbare Entscheidungen zu dieser Problematik getroffen, in denen er eine dem Staat vergleichbare Grundrechtsbindung der Dienste ablehnte und damit die Tür für ein Löschen

<sup>1654</sup> Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. 2021 I, S. 1436.

<sup>1655</sup> Vgl. BT-Drs. 19/29392, S. 15 f.; *Cornils*, NJW 2021, S. 2468.

<sup>1656</sup> Vgl. für eine Grundrechtsbindung. OLG München MMR 2021, 71, 73 Rn. 65; 79, 82 Rn. 74; MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3119, 3120 Rn. 21; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 20, Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32. Gegen eine Grundrechtsbindung vgl. OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Brandenburg GRUR-RS 2020, 35273 Rn. 12 f.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Bamberg GRUR-RS 2020, 38642 Rn. 39 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff.



nach Gemeinschaftstandards offenhielt.<sup>1657</sup> Dennoch wäre es die Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, die Problematik im Rahmen seiner Änderungsgesetzgebung aufzugreifen und zu entschärfen, um künftig für Rechtssicherheit zu sorgen. Welche Anforderungen die Dienste beim Löschen nach Gemeinschaftstandards einhalten müssen, müssen sie aus einer Einzelfallentscheidung des BGH zum Dienst *Facebook* nunmehr jeweils gesondert für sich ableiten.<sup>1658</sup> Dass das ausnahmslos in rechtlich zulässiger Weise stattfindet, kann nicht erwartet werden.

Deshalb wäre es zum Schutz der Kommunikationsgrundrechte wünschenswert gewesen, hätte der Gesetzgeber klare Voraussetzungen für das Löschen nach Gemeinschaftstandards aufgestellt, wenn er sich der Bekämpfung von „Fake News“ entgegen seiner ursprünglich mit dem NetzDG verfolgten Zwecksetzung<sup>1659</sup> nicht selbst annimmt, sondern diese Aufgabe *de facto* der Selbstregulierung der Dienste überlässt. Denn bei allem Ehrgeiz darf der Kampf gegen Desinformation nicht dazu führen, dass die Gewährleistungen der Kommunikationsfreiheiten ausgehebelt werden. Der Gesetzgeber lässt es in diesem Zusammenhang entgegen seiner Verantwortung zum Schutz der Grundrechte offen auf ein die Kommunikationsfreiheiten verletzendes „Overblocking“ über die Gemeinschaftstandards ankommen.

## **5. Ergebnis: Die Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten in Bezug auf „Fake News“ durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz**

Das NetzDG kann als mit der Meinungsfreiheit der Nutzer vereinbarer, seine Regelungsadressaten im wesentlichen verfehlender „*Etikettenschwindel*“<sup>1660</sup> bezeichnet werden. Denn das NetzDG ändert an dem Defizit rechtlicher Bekämpfung von „Fake News“ nur wenig. Auch wenn das NetzDG mit der Meinungsfreiheit seiner Nutzer von Anfang an vereinbar war, hat es der Gesetzgeber nicht geschafft, die vielen Schwachstellen des Gesetzes zu schließen und überlässt es weiterhin den Diensten, im Rahmen ihrer Selbstregulierung gegen die nicht näher definierten „Fake News“ vorzugehen, ohne dass er ihnen hierfür näher definierte Maßstäbe an die Hand geben würde. Selbst wenn der deutsche Gesetzgeber mit dem NetzDG ein Vorbild für die nachfolgende europäische Regulierung geschaffen hat, kann das NetzDG in Bezug auf die wirksame Bekämpfung von „Fake News“ nur als mangelhaft bewertet werden.

<sup>1657</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 f.

<sup>1658</sup> Siehe Abschnitt „Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste durch sog. Community Standards“ unter Punkt E. IV.

<sup>1659</sup> Vgl. nur BT-Drs. 18/12356, S. 1.

<sup>1660</sup> *Nolte*, ZUM 2017, S. 555; *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017.

## VI. Ergebnis: Einfach-gesetzliche Regulierung der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation *de lege lata* und Evaluation

Die Zwischenevaluierungen haben ergeben, dass einfach-rechtliche Instrumente *de lege lata* im Kampf gegen Desinformationsverbreitungen nur sehr sporadisch bestehen. Sie wirken nicht hinreichend zusammen und lassen sich teils umgehen. Viele der mit der Verbreitung von „Fake News“ zusammenhängenden Problemkreise werden noch gar nicht adressiert.

Einerseits ist der gesetzliche *Status quo* in Deutschland überwiegend auf eine retrospektive Korrektur, Unterdrückung und Sanktionierung rechtswidriger Inhalte ausgerichtet. Dies lässt zwar Falschmeldungen partiell verschwinden, stellt aber nicht sicher, dass die bereits mit der Desinformation konfrontierten Personen ihre auf dieser Grundlage begründete Ansicht noch ändern („Primacy Effect“);<sup>1661</sup> das gilt selbst für den Fall einer rechtlich erwirkten Korrektur der Fakten. Denn *Dementis* erreichen die ursprünglichen Rezipienten der Aussage in sozialen Medien nicht zwingend, da die Empfänger entweder das Telemedium im Zeitraum ihrer Erscheinung nicht konsultieren oder sich nicht erneut mit der Thematik beschäftigen wollen oder die Richtigstellungen erst spät erscheinen. Zudem verstärkt das Wiederholen einer falschen Nachricht im Rahmen der Korrektur ihre Wirkung mitunter sogar noch („Illusory Truth Effect“).<sup>1662</sup> Trotz erfolgter Richtigstellungen können sich publizierte Unwahrheiten daher sogar langfristig in der gesellschaftlichen Debatte festsetzen.

Um das zu vermeiden, müssten den Empfängern zur vollständigen Eliminierung der Desinformation im Umkehrschluss vollständig neue Ansätze im Hinblick auf den ursprünglich desinformativen Sachverhalt präsentiert werden.<sup>1663</sup> Ein solches Vorgehen kann der derzeitige Rechtsrahmen hingegen nicht leisten, da bei Durchsetzung von Ansprüchen auf Richtigstellung oder einen Widerruf der alte Tatsachenkern erneut aufgeworfen werden muss. Allein mit dem medienrechtlichen Anspruch auf Abdruck einer vom Betroffenen verfassten Gegendarstellung könnte der Ansatz der Präsentation nur der (richtigen) neuen Tatsachen verfolgt werden. Gleiches gilt für das bloße Erheben von Gegenrede, die teils aber auch eine zeitintensive Recherche verlangt. Allerdings muss dabei bezweifelt werden, dass eine solche Verfahrensweise tatsächlich unmittelbar zu einer Meinungsänderung der Rezipienten führt. Der Vorstellung liegt ein idealtypisches Bild der Meinungsbildung

<sup>1661</sup> Zum sog. „Primacy Effect“ siehe den Abschnitt „Wirkungszusammenhang von Erstinformation und Meinungsbildung“ unter Punkt B. III. 2.

<sup>1662</sup> Zum sog. „Illusory Truth Effect“ siehe schon oben den Abschnitt „Menschliches Gedächtnis und die Aufnahme von (Fehl-)Information“ unter Punkt B. III. 1. Siehe ferner *Cook/Lewandowsky*, *The Debunking Handbook*, S. 5 f.; *B. Holznapel*, MMR 2018, S. 19; *Sängerlaub*, *Verzerrte Realitäten*, S. 9 f.; *Schultze*, MMR-Aktuell 2017, 385445; *Schnabel*, *Wie stoppt man Fake-News?*, in: *Die Zeit*, Artikel vom 28. September 2017, S. 40.

<sup>1663</sup> *Cook/Lewandowsky*, ebd.; *B. Holznapel*, ebd.

zugrunde, das auf einem vollkommen vernunftgesteuerten, objektiven Menschen basiert, der im Falle der Präsentation einer neuen Tatsachengrundlage unmittelbar eine erneute Gesamtabwägung zur Bildung seiner „neuen“ Meinung vornimmt.<sup>1664</sup> Dies entspricht einer unrealen Sichtweise, da Meinungsbildung nicht nach einem mathematischen Dreisatz funktioniert. Dies verdeutlicht die Fragilität dieses Guts: Ist die Meinung einmal gebildet, lässt sie sich nur schwer korrigieren.

Der Rechtsrahmen müsste ebenda ansetzen, um die Wirkmacht von „Fake News“ und die Notwendigkeit von nachträglichen Meinungskorrekturen prospektiv zu verringern, was unter anderem durch die Stärkung des gesellschaftlichen Vertrauens in die Medien und etwa – soweit zulässig<sup>1665</sup> – die Einrichtung von „Fakten-Check-Netzwerken“ geschehen könnte.<sup>1666</sup> Auch die „neueren“ technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen müssen in das Regulierungskonzept eingebettet werden, um auf diese Weise die Gefahren für die Meinungsbildung zu vaporisieren.

Indessen hat es der Gesetzgeber nicht geschafft, den neuen Entwicklungen im Bereich digitaler Kommunikation Schritt zu halten, sondern verharrt auf altergebrachten Grundsätzen. Dabei weist sowohl die Kommunikation in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten als auch über „Social Bots“ aus kognitionswissenschaftlicher Perspektive das Potential auf, den Meinungsbildungsprozess samt demokratischer Entscheidungen nachhaltig zu stören.

So findet die nationale Regulierung der Verbreitung von „Fake News“ in sozialen Netzwerken und Videosharing-Dienste – bis zum 25. August 2023 für sehr große Online-Plattformen; bis zum 17. Februar 2024 für alle anderen sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste – bloß durch das NetzDG statt.<sup>1667</sup> Dieses bringt in diesem Zusammenhang aber keinen nennenswerten Fortschritt. In sachlicher Hinsicht ist es einerseits auf sehr wenige, strafrechtlich relevante Desinformationsinhalte (§ 1 Abs. 3 NetzDG) beschränkt. Andererseits ist es durch seine Unionsrechtswidrigkeit – und für Videosharing-Dienste wegen § 3e Abs. 2 S. 1 NetzDG – gerade auf die nutzerstarken Dienste mit Sitz in Irland<sup>1668</sup> nicht anwendbar. Deshalb bleibt es im Zusammenhang mit der Verbreitung von „Fake News“ *de iure* bei der herkömmlichen seit jeher bestehenden allgemeinen Störerhaftung, nach der Telemedienanbieter rechtswidrige Inhalte vom Netz nehmen müssen, oder *de facto* bei der Selbstregulierung der Dienste über Community Standards. Insbesondere für das Löschen nach den Gemeinschaftstandards hätte der Gesetzgeber sich jedoch den von der Fachgerichtsbarkeit diskutierten Fragen annehmen sollen, um mit klaren Maßstäben eine grundrechtskonforme Löschpraxis der Dienste zu gewährleisten.

<sup>1664</sup> Ebenso B. Holznel, ebd.

<sup>1665</sup> Siehe hierzu Abschnitt „Kompetenzen von Faktenprüfern“ unter Punkt G. III. 2. b).

<sup>1666</sup> Die Frage nach der Vielfaltsabsicherung bei Informationsvermittlungen und ihren Folgen auf die Wirkung von „Fake News“ im Rahmen der Meinungsbildung wird vorliegend nicht beleuchtet, siehe Abschnitt „Allgemeine Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten“ unter Punkt E. III.

<sup>1667</sup> Siehe hierzu sogleich den Abschnitt „Inkrafttreten und Geltung, Art. 93 DSA“ unter Punkt F. V.

<sup>1668</sup> Vgl. Anlage 1–5.

Dass die Dienste die vom BGH in Bezug auf die konkrete Löschpraxis von *Facebook* im Wege der praktischen Konkordanz herausgebildeten Maßstäbe rechtsfehlerfrei auch auf ihre eigenen Dienste übertragen, kann nicht vorausgesetzt werden.

Die im Rahmen der „Social Bot“-Kommunikation bestehenden Kennzeichnungspflichten können die Wirkung verbreiteter Desinformation zwar schmälern. Gleichwohl verbleiben auch sie lückenhaft: Die an „Bot“-Verwender gerichtete Kennzeichnungspflicht ist auf solche beschränkt, die in Deutschland niedergelassen sind. Damit lässt sich der ursprüngliche Zweck der Regulierung, die Bekämpfung von – auch durch Desinformation entstehenden – Meinungsverzerrungen aus dem Ausland, nicht erfüllen. Die subsidiär an Informationsintermediäre gerichtete Kennzeichnungspflicht ist aufgrund des ihr zugrundeliegenden Marktortprinzips unionsrechtswidrig und daher nicht auf die rezipientenstarken Dienste anwendbar. In diesem vermeintlichen doppelbödig abgesicherten Regelungskonzept entstehen offenkundig Schutzlücken dadurch, dass die an die deutschen „Bot“-Nutzer gerichtete Pflicht in den nutzerreichen Diensten wegen der Unionsrechtswidrigkeit der an die Dienste gerichteten Pflicht nicht abgesichert wird. Selbst der verbleibende geringe positive Effekt für die freie Meinungsbildung wird damit letztlich konterkariert. Diese Regelungen berauben sich damit ihrer eigenen Geltungsgrundlage.

Ferner hat sich die Rechtsdurchsetzung – nicht zuletzt aufgrund der stets hochgehaltenen Nutzeranonymität – von der Ebene einer unmittelbaren rechtlichen Inanspruchnahme des direkten (aber anonym bleibenden) Schädigers durch den Geschädigten auf die mittelbare Ebene gegen die Kommunikationsdienstanbieter verschoben. Paradox erscheint, dass die unmittelbaren Schädiger häufig nicht auszumachen sind, weshalb ihnen gegenüber ein Rechtsdurchsetzungsdefizit hinsichtlich bestehender materieller Ansprüche besteht. Dies stärkt den Verdacht des Entstehens eines „rechtsfreien Raumes“. Eine von den Strafnormen ausgehende generalpräventive Wirkung wird durch die Äußerndenanonymität, das absolute Strafantragserfordernis sowie das regelmäßig durchzuführende Privatklageverfahren ebenfalls stark geschwächt. Es bleibt dann allenfalls die Inanspruchnahme der Dienste.

Diese trotz aller über die letzten Jahre ergangenen gesetzlichen Veränderungen weiterhin bestehende nominelle Ineffektivität der Maßnahmen im Kampf gegen „Fake News“ lässt sich als Zeichen eines Paradigmenwechsels rechtlicher und tatsächlicher Bedingungen im Internet begreifen, die der Gesetzgeber bis *dato* nicht in den Griff zu bekommen scheint.

Es lässt sich abschließend feststellen, dass sich der Gesetzgeber dem sich aus kleinteiligen Einzelmaterien zusammensetzenden Problemkreis der Desinformationsverbreitung nahezu überhaupt nicht annimmt, obwohl die Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz den Handlungsbedarf schon im Jahr 2016 offenkundig gemacht hatte.<sup>1669</sup> Die *de lege lata* auf Symptome begrenzte und die Ursachen für die

<sup>1669</sup> Vgl. Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht vom Juni 2016, S. 31 ff. So auch Paal/Hennemann, JZ 2017, S. 645; Dörr/Holznaegel/Picot, ZUM 2016, S. 927.

Verbreitung von „Fake News“ im Rahmen moderner Kommunikationsmodalitäten nicht in den Blick nehmende Regulierung, wird den mit der Desinformationsverbreitung zusammenhängenden Problemen nicht gerecht.



## F. Digital Services Act

Der Digital Services Act (DSA)<sup>1670</sup> ist Teil eines Digital-Pakets, das die EU-Kommission Ende des Jahres 2020 vorgeschlagen hat.<sup>1671</sup> Er ist am 19. Oktober 2022 beschlossen und am 27. Oktober 2022 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden. Als Verordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV ist er unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedstaaten.

Der DSA soll einheitliche verbindliche Regeln für die Internetkommunikation in sozialen Medien schaffen, vgl. Art. 1 Abs. 1 DSA. Hierzu regelt er unter anderem Verfahrenspflichten für Vermittlungsdienste, vor allem „Host-Provider“ (Art. 3 lit. g) iii) DSA), also auch für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste, umfassend.

Das Vorhaben wurde von einigen Stimmen bereits vor dem Abschluss des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens als der große Wurf in Sachen Internetdiensteregulierung, von anderen als ein Grundgesetz für das Internet gefeiert.<sup>1672</sup> Zur

---

<sup>1670</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), Abl. L 277/1 vom 27. Oktober 2022.

<sup>1671</sup> Vorschlag der Kommission einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG vom 15. Dezember 2020, COM(2020) 825 final.

<sup>1672</sup> So auch schon im April 2022 *Spindler*, GRUR 2022, S. 593; *Savary*, BB 2022, S. 1. Vgl. *Lück*, Der DSA ist kein Grundgesetz fürs Internet – gut so, auf: LTO.de, Artikel vom 29. Juli 2022.



Verifikation dieser Annahmen soll der DSA überblickshalber vorgestellt und anschließend evaluiert werden. Zunächst soll der Anwendungsbereich des DSA (I.) dargestellt werden. Danach werden der weitere Inhalt des DSA-Pflichtenprogrammes (II.), die Aufsichtsmechanismen (III.), die anwendbaren Grundrechte (IV.) sowie das Inkrafttreten und der Geltungsbeginn des DSA (V.) beleuchtet, woraufhin eine Evaluation des DSA (VI.) erfolgt. Durch einen Vergleich zu den Regelungen des NetzDG lässt sich klären, inwiefern der DSA dem NetzDG ähnelt, inwieweit er den obigen Kritiken in Bezug auf die Regulierung durch das NetzDG abhilft und die Inhaltsregulierung im Internet tatsächlich verbessert. Nicht Gegenstand dieses Kapitels sind die Vorschriften für Dienste, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmen ermöglichen (Kapitel III Abschnitt 4 DSA), zum Schutz Minderjähriger (etwa Art. 28 DSA) und im Zusammenhang mit Werbung und Internetsuchmaschinen i. S. d. Art. 3 lit. j) DSA.

## I. Anwendungsbereich und Verhältnis zu nationalen Regelungen

Zunächst soll der Anwendungsbereich des DSA untersucht und mit dem NetzDG verglichen sowie das Verhältnis des DSA zu nationalen Regelungen beleuchtet werden.

### 1. Verhältnis des DSA zu anderen nationalen Regelungen

Ungeklärt schien nach dem ursprünglichen Entwurf<sup>1673</sup>, wie sich der DSA zu nationalen Regelungen verhält, die den von ihm koordinierten Bereich erfassen und konkretisieren.<sup>1674</sup> Beispielhaft seien dabei die Löschfristen aus § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG genannt.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hat das Europäische Parlament jedoch klargestellt, dass der DSA eine vollharmonisierende Verordnung darstellen soll und zur Klarstellung den Erwägungsgrund 9 eingefügt, um dem Zweck des Art. 1 Abs. 1 DSA zu genügen. Nach diesem Erwägungsgrund *„sollten die Mitgliedstaaten keine zusätzlichen nationalen Anforderungen in Bezug auf die in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallenden Bereiche erlassen oder beibehalten, es sei denn, dies ist in dieser Verordnung ausdrücklich vorgesehen, da dies die direkte und einheitliche Anwendung der für die Anbieter von Vermittlungsdiensten geltenden vollständig harmonisierten Vorschriften im Einklang mit den Zielen dieser Verordnung beeinträchtigen würde“*. Erwägungsgrund 4 erklärt, dass die Rechtsvereinheitlichung durch den DSA eine Fragmentierung des Binnenmarkts verhindern und beenden soll, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Gleichwohl dürfen Mitgliedstaaten nach Erwägungs-

<sup>1673</sup> COM(2020) 825 final.

<sup>1674</sup> Vgl. anschaulich Grünwald/Nüßling, MMR 2021, S. 286 f.

grund 9 weitere Vorschriften, die im Einklang mit dem Unionsrecht – insbesondere dem Herkunftslandprinzip – stehen, anwenden, soweit die nationalen Vorschriften einem anderen berechtigten öffentlichen Interesse dienen als diese Verordnung.

Auch das NetzDG ist seinem Zweck nach auf die Bekämpfung rechtswidriger Inhalte i. S. d. § 1 Abs. 3 NetzDG in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten (§ 1 Abs. 1, § 3d Abs. 1 Nr. 1 NetzDG) gerichtet, so dass es – da der DSA keine Öffnungsklauseln vorsieht – seinen Anwendungsbereich auch ohne gesetzgeberisches Außerkraftsetzen verliert, soweit er vom DSA erfasst wird.<sup>1675</sup>

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 lit. g) DSA

Der Anwendungsbereich erfasst gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 lit. a) und g) DSA Vermittlungsdienste der Informationsgesellschaft, zu denen „Host-Provider“ zählen.<sup>1676</sup> Als solche „Host-Provider“ i. S. d. Art. 14 ECRL wurden bislang grundsätzlich alle Medienintermediäre wie soziale Netzwerke, Suchmaschinen oder Videosharing-Dienste verstanden. Nunmehr differenziert der Anwendungsbereich zwischen „Hosting“-Diensten (Art. 3 lit. g) iii), Online-Plattformen (lit. ii)) und Suchmaschinen (lit. j)).

„Host-Provider“ ist nach Art. 3 lit. g) iii) DSA, wer eine vom Nutzer bereitgestellte Information in dessen Auftrag speichert. Eine Online-Plattform ist hingegen ein „Hosting-Provider“, der die gespeicherte Information auch öffentlich verbreitet, soweit es sich dabei um die Hauptfunktion des Dienstes handelt, Art. 3 lit. i) DSA. Öffentlich werden Informationen gem. Art. 3 lit. k) DSA verbreitet, wenn sie für eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten im Auftrag des Nutzers bereitgestellt werden. Da es bei sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten nicht bloß um das Abspeichern von Informationen geht, sondern vor allem auch um ihr massenhaftes Verbreiten, stellen diese Dienste nach dem DSA Online-Plattformen dar.<sup>1677</sup> Auch Messenger-Dienste mit offenen Benutzergruppen und Kanälen wie *Telegram* oder *WhatsApp* zählen hierzu, die vom NetzDG nicht erfasst sind.<sup>1678</sup> Denn während nach § 1 Abs. 1 S. 2 und S. 3 NetzDG journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Netzwerk selbst verantwortet werden (Var. 1), sowie Plattformen

<sup>1675</sup> *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 116; *Kalbbenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, S. 184; *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, S. 285 ff. Vgl. die gegenteilige Hoffnung der Bundesregierung in BT-Drs. 96/21, S. 9.

<sup>1676</sup> Daran, dass die für Nutzer kostenfreien sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste Dienste der Informationsgesellschaft i. S. d. Art. 3 lit. a) DSA in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 lit. b) Informationsgesellschaftsdienste-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 241/1 vom 17. Mai 2015) darstellen, weil sie „in der Regel“ ein Entgelt voraussetzen, lässt der EuGH keine Zweifel aufkommen, vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 62 – Google Spain.

<sup>1677</sup> Zu weiteren hierzu zählenden Diensten siehe *Spindler*, GRUR 2022, S. 593.

<sup>1678</sup> Vgl. zum NetzDG nur BT-Drs. 18/13013, S. 20. Kritisch und für eine Einzelfallbetrachtung in Bezug auf das NetzDG plädierend *Guggenberger*, NJW 2017, S. 2577 f.

zur Individualkommunikation (Var. 2) oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte (Var. 3) explizit aus dem Anwendungsbereich des NetzDG ausgenommen sind, unterscheidet der DSA hinsichtlich seines Anwendungsbereiches nicht zwischen der inhaltlichen Ausrichtung des jeweiligen Dienstes.<sup>1679</sup> Insoweit geht der persönliche Anwendungsbereich weit über den des NetzDG hinaus, der nur soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 (i. V. m. § 3d Abs. 1 Nr. 1) NetzDG erfasst.<sup>1680</sup> Die Dienste *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* und *YouTube* unterstehen auch dem persönlichen Anwendungsbereich des NetzDG, da sie auf die allgemeine öffentliche Kommunikation und nicht bloß auf Kommunikation zu spezifischen Inhalten beschränkt ausgerichtet sind.<sup>1681</sup>

Videosharing-Dienste sind nicht wegen Art. 2 Abs. 4 lit. a) DSA vom Anwendungsbereich des DSA ausgenommen. Zwar bleibt die AVMD-RL i. d. F. von 2010<sup>1682</sup> nach dieser DSA-Vorschrift unberührt. Sie enthält – anders als Art. 1 lit. b) aa) Richtlinie über audiovisuelle Medien von 2018<sup>1683</sup> – keine Legaldefinition von Videosharing-Diensten, sondern mit Art. 1 Abs. 1 lit. a) bloß eine Definition des (allgemeinen) audiovisuellen Mediendienstes, der die hier angesprochenen Video-sharing-Dienste wie *YouTube* oder *TikTok* nicht umfasst.

### 3. Persönlicher Anwendungsbereich: Marktortprinzip, Art. 2 Abs. 1 DSA

Ferner ordnet Art. 2 Abs. 1 DSA – wie auch implizit § 1 Abs. 1 NetzDG – das Marktortprinzip an. Es kommt damit – anders als nach dem Herkunftslandprinzip i. S. d. Art. 3 Abs. 2 ECRL – nicht mehr auf den Sitz des Dienstes an, sondern nur

<sup>1679</sup> Siehe ausführlich BT-Drs. 18/13013, S. 18 ff., wonach etwa „berufliche Netzwerke, Fachportale, Onlinespiele [und] Verkaufsplattformen“ nicht dem Anwendungsbereich des NetzDG unterstehen (Hervorhebungen innerhalb des Direktzitates durch den Verfasser).

<sup>1680</sup> Vgl. *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 115; *Kalbhenn*, ZUM 2022, S. 272.

<sup>1681</sup> Vgl. *Facebook*, Ziffer 2.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Facebook.com. *Instagram*, der Rubrik „Deine Verpflichtungen“ der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftstandards in Form der Richtlinie zur Hassrede, auf: Instagram.com; *Twitter*, Ziffer 3 der ab 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. der Richtlinie zu Hass schürendem Verhalten (April 2023), auf: Twitter.com, jetzt X.com; *YouTube*, Rubrik „Ihre Nutzung des Dienstes“ in den ab dem 5. Januar 2022 gültigen Nutzerbedingungen i. V. m. der Hate Speech Policy, auf: YouTube.com.

<sup>1682</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABL. L 95/1 vom 15. April 2010.

<sup>1683</sup> Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABL. L 303/69 vom 28. November 2018.

darauf, dass die Dienste für in der EU ansässige Nutzer angeboten werden. Es ist folglich jeder Intermediär erfasst, der sein Angebot im Binnenmarkt anbietet, unabhängig davon, ob er inner- oder außerhalb der EU sitzt.

Diese vollharmonisierende Verordnung soll durch die mit ihr vorgenommene Rechtsvereinheitlichung Rechtssicherheit im Binnenmarkt und ein berechenbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld sicherstellen sowie der Verbreitung illegaler Online-Inhalte und den gesellschaftlichen Risiken, die die Verbreitung von Desinformation oder anderen Inhalten mit sich bringen kann, entgegenwirken, vgl. Erwägungsgründe 7 und 9 DSA.

Anders verhält es sich im nichtkoordinierten Bereich, zu dem etwa nichtkommerzielle digitale Dienste zählen, sowie in Bereichen, in denen Vorschriften andere Aspekte von Vermittlungsdiensten regeln oder die Verordnung ergänzen oder präzisieren, Art. 2 Abs. 3 und 4 DSA. Hier gilt weiterhin das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL.

#### **4. Sachlicher Anwendungsbereich (koordinierter Bereich): Verhalten bei illegalen Inhalten**

Sachlich konzentriert sich der Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 DSA darauf, ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld zu schaffen, in dem Innovationen gefördert und die in der Charta verankerten Grundrechte, darunter der Grundsatz des Verbraucherschutzes, wirksam geschützt werden. Hierfür werden mit Art. 1 Abs. 2 DSA harmonisierte Vorschriften für die Erbringung von Vermittlungsdiensten im europäischen Binnenmarkt festgelegt. Hierzu zählen unter anderem Regelungen in Bezug auf die Haftung(-sbefreiung) (lit. a)) sowie in Bezug auf besondere Sorgfaltspflichten der Anbieter von Vermittlungsdiensten entsprechend ihrer jeweiligen Kategorie (lit. b)). Dabei geht es vor allem um Pflichten im Zusammenhang mit der Bekämpfung rechtswidriger Inhalte.

##### *a) Illegale Inhalte und „Fake News“*

Die wesentlichen Pflichten für die Intermediäre knüpfen an das Vorliegen von illegalen Inhalten an. Art. 3 lit. h) DSA definiert sie als Inhalte, die gegen Unionsrecht oder das Recht eines Mitgliedstaates verstoßen. Aus dieser nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers weit zu verstehenden Legaldefinition (vgl. Erwägungsgrund 12 DSA) ergeben sich drei zentrale Erkenntnisse: Die EU überlässt erstens weitgehend den Mitgliedstaaten die Entscheidung, welche Inhalte rechtswidrig sind, und unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Arten illegaler Inhalte, die eine verschiedenartige Regulierung erforderlich machen könnten.<sup>1684</sup> Die Definition erweitert zweitens den sachlichen Anwendungsbereich des DSA im Vergleich zu dem des NetzDG stark, da er – anders als nach § 1 Abs. 3 NetzDG, der nur die Straftatbestände der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 ff., 130, 131, 140, 166,

<sup>1684</sup> Kuhlmann/Trute, GSZ 2022, S. 119; Härting/Adamek, CR 2021, S. 170.

184b i. V. m. 184d, 185 ff. StGB erfasst – nicht bloß bestimmte strafbare Inhalte umfasst.<sup>1685</sup> Daraus folgt drittens, dass sonstige schädliche Inhalte wie „Fake News“ nicht von der Definition und damit vom sachlichen Anwendungsbereich des DSA erfasst sind, soweit sie nicht rechtswidrig sind. Dies gründet sich darauf, dass ein schädlicher, aber rechtmäßiger Inhalt einerseits nur schwer definiert werden kann und andererseits ein Vorgehen gegen ihn vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit verfassungsmäßig gerechtfertigt sein muss.<sup>1686</sup> Dies ist aber nur der Fall, wenn entsprechende verfassungsrechtlich geschützte Güter unangemessen beeinträchtigt werden. Insoweit wird Desinformation außerhalb von Persönlichkeitsrechtsverletzungen (§§ 185 ff. StGB) nur über den Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 StGB oder das Vortäuschen einer Straftat nach § 145d StGB vom DSA erfasst. Soweit demokratieschädigende „Fake News“ keine dieser Voraussetzungen erfüllt, unterfällt sie nicht dem Pflichtenprogramm des DSA.

Im Umkehrschluss bleibt dieser Bereich weitgehend der Eigeninitiative des jeweiligen Diensteanbieters überantwortet. Sie können nicht zuletzt wegen Art. 14 Abs. 1, Art und 17 Abs. 1 und 3 lit. a) und e) DSA mit ihren Gemeinschaftstandards über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen und auch schädliche rechtmäßige Inhalte untersagen und für den Fall ihrer dennoch erfolgenden Verbreitung Löschmöglichkeiten vorsehen, müssen hierbei jedoch die Grundrechte (der GrCh) der Betroffenen berücksichtigen, vgl. Art. 14 Abs. 4 DSA.<sup>1687</sup>

Im Falle von systemischen Risiken i. S. d. Art. 34 Abs. 1 S. 3 DSA kann die Kommission nach Art. 45 Abs. 2 DSA sehr große Online-Plattformen dazu auffordern, sich an der Ausarbeitung solcher Verhaltenskodizes zu beteiligen. Durchsetzen kann die Kommission eine Beteiligung indes nicht. Systemische Risiken sind dabei auch tatsächliche oder vorhersehbare nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der in den Art. 1, 7, 8, 11, 21, 24 und 38 GrCh verankerten Unionsgrundrechte, also insbesondere auf die Meinungs- und Informationsfreiheit, einschließlich Medienfreiheit und -pluralismus (Art. 34 Abs. 1 S. 3 lit. b)), sowie alle tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte und auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit (lit c.)). Hierunter lässt sich auch eine rechtmäßige, aber schädliche Verbreitung von Desinformation subsumieren.<sup>1688</sup>

### *b) Transparenzpflichten*

Ferner enthält der DSA mit Art. 15, Art. 23 Abs. 4 und Art. 27 Transparenzpflichten zugunsten des Schaffens eines vertrauenswürdigen Online-Umfeldes, mit denen die Vermittlungsdienste ihre Content-Moderation anhand der Gemeinschaftstan-

<sup>1685</sup> *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 627; *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, S. 188.

<sup>1686</sup> Vgl. COM(2020) 825 final, S. 10. *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 119; *Gielen/Uphues*, ebd.

<sup>1687</sup> Vgl. zur Berücksichtigung der Grundrechte beim Löschen nach Gemeinschaftstandards BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 80; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 92.

<sup>1688</sup> Siehe Abschnitt „Verfassungsrechtliche Kollisionsgüter zu Desinformation“ unter Punkt D. I.

dards und die darunterfallenden Online-Plattformen zusätzlich die Mechanismen bei missbräuchlicher Verwendung des Dienstes und ihre „Empfehlungssysteme“, unter die auch die Filter- und Auswahlalgorithmen fallen, erläutern müssen.

Nach § 2 NetzDG muss der Diensteanbieter eine vergleichbare Transparenz sicherstellen und sogar Angaben zur Vereinbarkeit seiner Gemeinschaftstandards mit den §§ 307 ff. BGB machen. Nach dem NetzDG-Transparenzpflichten muss er weder Informationen in Bezug auf ihre Filter- und Auswahlalgorithmen offenlegen – dies muss er jedoch wegen § 93 Abs. 1 MStV – noch zu Mechanismen hinsichtlich einer missbräuchlichen Verwendung des Dienstes, da das NetzDG die Einrichtung etwaiger Mechanismen nicht fordert.

### *c) Regelungen außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs*

Der DSA enthält keine Pflicht zur Kennzeichnung von „Social Bots“, wie sie etwa § 93 Abs. 4 MStV anordnet. Sie liegt nicht im Anwendungsbereich des DSA. Die Mitgliedstaaten können sie unter Wahrung des Herkunftslandprinzips regeln, vgl. Art. 2 Abs. 3 DSA.

## **5. Ergebnis: Anwendungsbereich und Verhältnis zu nationalen Regelungen**

Die Betrachtung zeigt, dass der DSA sich an der Regulierung des NetzDG orientiert, aber weit über diese hinausgeht. Das NetzDG verliert mithin – nahezu vollständig – seinen Anwendungsbereich, sobald der DSA gilt.<sup>1689</sup> Dies hängt gerade auch damit zusammen, dass die vorher vom Bundesgesetzgeber für die Compliance-Pflichten bemühte Öffnungsklausel des Art. 14 Abs. 3 ECRL nicht mehr besteht, aber wegen Erwägungsgrund 9 DSA erforderlich wäre.<sup>1690</sup> Diese sah die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedstaaten das Verfahren im Zusammenhang mit der dem Entfernen von Inhalten i. S. d. Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL konkretisieren. Zwar bleibt die ECRL weiter anwendbar (Art. 2 Abs. 3 DSA). Jedoch streicht Art. 89 Abs. 1 DSA die Art. 12–15 ECRL und reintegriert sie überwiegend in die Art. 6–8 DSA. Nicht in den DSA überführt wird jedoch die angesprochene Öffnungsklausel.

In Art. 52 Abs. 1 DSA besteht bloß eine Öffnungsklausel für das Schaffen von Sanktionsvorschriften für Verstöße gegen den DSA. Die Mitgliedstaaten sind mithin zum Erlass solcher Sanktionsvorschriften aufgefordert.

<sup>1689</sup> *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 116; *Kalbbenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, S. 184; *Grünwald/Nüßling*, MMR 2021, S. 285 ff. Vgl. die gegenteilige Hoffnung der Bundesregierung in BT-Drs. 96/21, S. 9.

<sup>1690</sup> Vgl. zur Bemühung der Öffnungsklausel, BT-Drs. 18/12356, S. 13 f.; 19/18792, S. 20 f.



## II. Inhalt des (gestuften) Pflichtenprogrammes

Der DSA setzt genau wie das NetzDG auf das Konzept privater Rechtsdurchsetzung und Eigenverantwortung der Anbieter. Auf erster Ebene entscheiden die Dienste selbst über die Rechtswidrigkeit und Entfernung der von ihnen gespeicherten Nutzerinhalte. Diese Pflichten werden durch Sanktionsmechanismen, etwa Bußgeldtatbestände, abgesichert.

Vorliegend sollen nur noch die Regelungen für Online-Plattformen, die sich in Kapitel II und III Abschnitt 1–5 des DSA finden, näher betrachtet und mit den entsprechenden NetzDG-Pflichten verglichen werden, um evaluieren zu können, ob der DSA die Bekämpfung von rechtswidrigen Taten und „Fake News“ im Internet optimiert.

### 1. Unterscheidung von „kleinen“ und „sehr großen“ Diensten

Der DSA sieht abhängig von der Größe des Dienstes eine gestufte Regulierung vor: Kleinere Dienste müssen eine Basisregulierung befolgen, sehr große Dienste müssen ein gesteigertes Pflichtenprogramm erfüllen. Für alle Online-Plattformen gilt – soweit sie nicht als Kleinst- oder Kleinunternehmen i. S. d. Art. 19 Abs. 1 DSA i. V. m. Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG<sup>1691</sup> ausdrücklich von einer Regelung befreit sind – die Basisregulierung des Kapitels III Abschnitt 1–3. Für Online-Plattformen, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmern ermöglichen, gilt zudem Abschnitt 4, für sehr große Online-Plattformen ferner Abschnitt 5.

Sehr große Online-Plattformen i. S. d. Art. 33 DSA müssen eine durchschnittliche monatliche Zahl von mindestens 45 Mio. aktiven Nutzern in der EU haben und von der Kommission per Beschluss als sehr große Online-Plattform benannt sein, Art. 33 Abs. 1 und 4 DSA. Die Kommission hat in ihrer Pressemitteilung vom 25. April 2023 erstmals 17 sehr große Online-Plattformen, darunter etwa *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *TikTok* und *YouTube*, benannt.<sup>1692</sup>

Art. 2 Abs. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG definiert ein Kleinstunternehmen als ein Unternehmen, das weniger als 10 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. Euro nicht überschreitet. Nach Abs. 3 ist ein Kleinunternehmen ein Unternehmen, das weniger als 50 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. Euro nicht übersteigt.

Das NetzDG unterscheidet hinsichtlich des Anwendungsbereiches mit § 1 Abs. 2 danach, ob ein Dienst im Inland mehr als 2 Mio. registrierte Nutzer hat. Falls nicht, ist sein Anbieter von den Pflichten der §§ 2–3b (Transparenz-, Lösch- und Meldepflichten sowie Gegenvorstellungsverfahren) und § 5a NetzDG (Aus-

<sup>1691</sup> Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. L 124/36 vom 20. Mai 2003.

<sup>1692</sup> KOM, Pressemitteilung vom 25. April 2023, IP/23/2413.



kunftsansprüche für Forscher) befreit.<sup>1693</sup> Auf die Zahl der aktiven Nutzer kommt es anders als für den Abschnitt 5 des DSA nicht an, so dass auch für Social Bots angelegte „Fake Profile“<sup>1694</sup> und nicht mehr genutzte Profile („Karteileichen“) in die Berechnung des NetzDG-Schwellenwertes einbezogen werden. Die nötige Mindestnutzerzahl im Inland weisen beispielhaft die Dienste *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* auf.<sup>1695</sup>

## 2. Haftungsregel für alle Online-Plattformen, Art. 5 DSA

Der DSA hält an den oben angesprochenen Mechanismen für Provider aus Art. 12–15 ECRL fest und hebt diese in den Rang der Verordnung, indem die Art. 4–6 DSA ebendiese Regelungen in den DSA integrieren und Art. 89 Abs. 1 DSA die Art. 12–15 ECRL ausdrücklich streicht. Die Haftungsprivilegierung des früheren Art. 14 Abs. 1 ECRL findet sich nunmehr in Art. 6 Abs. 1 DSA wieder. Art. 8 DSA ordnet an, dass die Anbieter keiner allgemeinen Überwachungspflicht unterliegen, wie dies vorher Art. 15 ECRL tat.

§ 10 TMG, der früher der Umsetzung von Art. 14 Abs. 1 ECRL diene, wird zumindest mit Blick auf die kommerzielle Kommunikation seinen Anwendungsbereich verlieren, da das Haftungsprivileg des Art. 6 DSA an einen Dienst der Informationsgesellschaft i. S. d. Art. 3 lit. a) DSA anknüpft, der grundsätzlich ein Entgelt voraussetzt. Für nichtkommerzielle Kommunikation wird § 10 TMG fortgelten. Auf den Maßstäben der Art. 6 und 8 DSA basiert das NetzDG, indem es Bußgeldsanktionen im Falle des systematischen „Underblockings“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG) zulässt und keine aktive Prüfung vor einer Nutzerbeschwerde (§ 3 Abs. 2 NetzDG) fordert.<sup>1696</sup>

Neu sind hingegen die Monitoring-Vorschriften aus Art. 9 und 10 DSA. Art. 9 Abs. 1 DSA sieht vor, dass die Anbieter von Vermittlungsdiensten der zuständigen nationalen Justiz- oder Verwaltungsbehörde nach Eingang einer behördlichen Anordnung zum Vorgehen gegen bestimmte illegale Inhalte unverzüglich mitteilen,

<sup>1693</sup> Zur gesetzgeberischen Intention siehe BT-Drs. 18/13013, S. 19.

<sup>1694</sup> Bei Twitter soll es im Jahr 2017 ca. 48 Mio. Fake- bzw. „Bots“-Profile (ca. 15 % aller Nutzer) gegeben haben, vgl. *M. Siegmann*, Twitter: Bis zu 48 Mio. „Bot“-Profile, auf: *heise.de*, Artikel vom 13. März 2017. Bei Facebook sind es laut Expertenschätzungen etwa 30–35 Mio. „Bot“-Profile (ca. 1,6 % aller Nutzer [2,2 Mrd.]) siehe Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 7.

<sup>1695</sup> Zu den Nutzerzahlen (aktiver) monatlicher registrierter Nutzer, siehe *Tonn*, Social Media 2022: Aktuelle Nutzerzahlen, auf: *Kontor4*, Beitrag vom 3. Januar 2022. *L. Rabe*, Gewinn bzw. Verlust von Meta weltweit vom 1. Quartal 2010 bis zum 2. Quartal 2022, auf: *statista.de*, Studie vom 28. Juli 2022. *L. Rabe*, Umsatz von YouTube mit Werbung bis 2021, auf: *Statista.de*, Statistik vom 15. Februar 2022. *L. Rabe*, Umsatz von Twitter weltweit bis zum 2. Quartal 2022, auf: *Statista.de*, Statistik vom 22. Juli 2022.

<sup>1696</sup> Vgl. zum Erfordernis systematischer Mängel im Beschwerdeverfahren BT-Drs. 18/12356, S. 24. Andere Ansicht *Hoven/Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR* (37. Ed.), NetzDG, § 1 Rn. 7 mit Verweis auf *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S. 230 f.

ob Folgemaßnahmen zu dieser Anordnung getroffen wurden und ob und wann sie der Anordnung nachgekommen sind. Gleiches gilt gem. Art. 10 DSA nach Eingang einer entsprechenden Auskunftspflicht in Bezug auf bestimmte Informationen über einen oder mehrere Nutzer.

Die Anordnungen müssen auf der Grundlage des geltenden Unionsrechts oder des nationalen Rechts im Einklang mit dem Unionsrecht erlassen werden. Das setzt implizit voraus, dass nationale Anordnungsbefugnisse für Behörden bestehen, auf die sich Maßnahmen zum Vorgehen gegen rechtswidrige Inhalte und zum Erhalt von Nutzerinformationen gegenüber Vermittlungsdiensten gründen können. Als Rechtsgrundlage zur Auskunft über Bestandsdaten dient den Strafverfolgungsbehörden im deutschen Recht der § 22 Abs. 1 und 3 Nr. 1 TTDSG.

Etwaige Monitoring-Vorschriften beinhaltet das NetzDG nicht.

### 3. Sorgfaltspflichten für ein transparentes und sicheres Online-Umfeld

#### *a) Basisregulierung für alle Vermittlungsdienste*

Die für alle Vermittlungsdienste geltende Basisregulierung findet sich in Kapitel III Abschnitt 1 des DSA.

#### aa) Elektronische Kontaktstellen, Art. 11 und 12 DSA

Die Art. 11 und 12 DSA enthalten Pflichten zur Errichtung von zentralen Kontaktstellen für Behörden der Mitgliedstaaten, die Kommission und das Europäische Gremium für digitale Dienste und Nutzer, die es ermöglichen, direkt und schnell auf elektronischem Wege und in einer benutzerfreundlichen Weise mit ihnen zu kommunizieren. Nutzern ist dabei sogar grundsätzlich die Wahl der Kommunikationsmittel überlassen, Art. 12 Abs. 1 DSA.

Elektronische Kontaktstellen sieht das NetzDG nicht ausdrücklich vor.

#### bb) Gesetzlicher Vertreter, Art. 13 DSA

Weiter müssen Vermittlungsdienste, die keine Niederlassung in der EU haben, aber Dienstleistungen in der Union anbieten, nach Art. 13 Abs. 1 DSA schriftlich eine juristische oder natürliche Person benennen, die in einem der Mitgliedstaaten, in denen sie ihre Dienste anbieten, als ihr bevollmächtigter gesetzlicher Vertreter fungiert. Er kann von allen zuständigen Behörden in Anspruch genommen werden, die für die Entgegennahme, Einhaltung und Durchsetzung von Beschlüssen im Zusammenhang mit dem DSA erforderlich sind. Bei Verstößen kann er – neben den Anbietern der Dienste – persönlich haften, Art. 13 Abs. 3 DSA.

In § 5 NetzDG ist dagegen nur die Einrichtung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten vorgesehen, der nicht unmittelbar haftbar gemacht werden kann. An ihn können Zustellungen in behördlichen und gerichtlichen Verfahren bewirkt werden.<sup>1697</sup>

<sup>1697</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 24; BT-Drs. 18/13013, S. 23; BT-Drs. 169/20, S. 58.

## cc) Allgemeine Geschäftsbedingungen, Art. 14 DSA

Nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 DSA machen Anbieter von Vermittlungsdiensten in ihren AGB Angaben zu etwaigen Beschränkungen in Bezug auf die von den Nutzern bereitgestellten Informationen, die sie Nutzern im Zusammenhang mit der Nutzung ihres Dienstes auferlegen. Hierbei handelt es sich um die bereits thematisierten Gemeinschaftstandards.<sup>1698</sup> Diese enthalten nach Satz 2 Angaben zu allen Leitlinien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeugen, die zur Moderation von Inhalten eingesetzt werden, einschließlich der algorithmischen Entscheidungsfindung und der menschlichen Überprüfung, sowie die Verfahrensregeln für ihr internes Beschwerdemanagementsystem. Sie werden gem. Satz 3 in klarer, einfacher, verständlicher, benutzerfreundlicher und eindeutiger Sprache abgefasst und in leicht zugänglicher und maschinenlesbarer Form öffentlich zur Verfügung gestellt.

Nach Art. 14 Abs. 4 DSA gehen die Dienste bei der Anwendung und Durchsetzung von Gemeinschaftstandards sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vor und berücksichtigen dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind, etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit und den Pluralismus der Medien und andere Grundrechte und -freiheiten.

Mit Blick auf die bloß erfassten Basispflichten ordnet Art. 14 Abs. 5 DSA – systematisch verfehlt, da nicht in dem für sehr große Online-Plattformen vorgesehenen Abschnitt 5 des DSA – an, dass Anbieter sehr großer Online-Plattformen den Nutzern eine präzise, leicht zugängliche Zusammenfassung der AGB inklusive der verfügbaren Rechtsbehelfe und Rechtsbehelfsmechanismen in maschinenlesbarem Format und in klarer, eindeutiger Sprache zur Verfügung stellen. Gem. Abs. 6 müssen sie die AGB in den Amtssprachen aller Mitgliedstaaten veröffentlichen, in denen sie ihre Dienste anbieten.

In Bezug auf AGB ordnet das NetzDG lediglich mit § 3e Abs. 4 an, dass Video-sharing-Dienste mit ihren Nutzern vereinbaren müssen, dass die Verbreitung von Inhalten verboten ist, die den Tatbestand der §§ 111, 130 Abs. 1 oder 2, der §§ 131, 140, 166 oder 184b StGB erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Im Übrigen erklärt das NetzDG die Vornahme von Löschungen auf Grundlage der Gemeinschaftstandards implizit für möglich, indem es gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 17 NetzDG Transparenz über diese Löschungen und Angaben zur Vereinbarkeit der Gemeinschaftstandards mit den §§ 307 ff. BGB verlangt sowie die Möglichkeit einer Gegendarstellung gem. § 3b Abs. 3 NetzDG im Falle von – auch nicht – vorgenommenen Löschungen nach den Gemeinschaftstandards einräumt.<sup>1699</sup>

<sup>1698</sup> Siehe Abschnitt „Nach außen erkennbare, zulässige Nutzungsbedingungen“ unter Punkt E. IV. 5. a).

<sup>1699</sup> Siehe Abschnitt „Das NetzDG setzt auf die Selbstregulierung der Dienste“ unter Punkt E. V. 4.

dd) Transparenzberichtspflichten, Art. 15 DSA

Ferner unterliegen alle Vermittlungsdienste mit Ausnahme der Kleinst- oder Kleinunternehmen i. S. d. Art. 2 Abs. 2 und 3 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG den Transparenzberichtspflichten des Art. 15 DSA. Ihre Anbieter stellen nach Abs. 1 S. 1 mindestens einmal jährlich in einem maschinenlesbaren Format und auf leicht zugängliche Art und Weise klare, leicht verständliche Berichte über die von ihnen in dem betreffenden Zeitraum durchgeführte Moderation von Inhalten öffentlich zur Verfügung. Diese Berichte enthalten nach Satz 2 vor allem Angaben über die nach Art. 9 und 10 DSA getroffenen Anordnungen (lit. a)), aussagekräftige und verständliche Informationen über die auf Eigeninitiative des Anbieters durchgeführte Moderation von Inhalten einschließlich der Nutzung automatisierter Werkzeuge, der Maßnahmen zur Schulung und Unterstützung der für die Moderation von Inhalten zuständigen Personen, der Anzahl und Art der ergriffenen Maßnahmen (lit. c)), die Anzahl der Beschwerden, die nach den AGB des Anbieters über die internen Beschwerdemanagementsysteme – bei Anbietern von Online-Plattformen auch gem. Art. 20 DSA – eingegangen sind (lit. d)), die etwaige Verwendung automatisierter Mittel zur Moderation von Inhalten, mit einer qualitativen Beschreibung, mit Angabe der genauen Zwecke, mit Indikatoren für die Genauigkeit und die mögliche Fehlerquote der bei der Erfüllung dieser Zwecke verwendeten automatisierten Mittel und mit angewandten Schutzvorkehrungen (lit. e)) und bei „Host-Providern“ zusätzlich die Anzahl der nach Art. 16 DSA gemachten Meldungen in einer besonders aufgeschlüsselten Form (lit. b)).

All diese Angaben erfordern die Berichtspflichten aus § 2 NetzDG auch. Sie gehen sogar noch über die Regelung des Art. 15 DSA hinaus, indem sie etwa Angaben zur Vereinbarkeit der Gemeinschaftstandards mit den §§ 307 ff. BGB (§ 2 Abs. 2 Nr. 17 NetzDG) verlangen.

### *b) Basisregulierung von Online-Plattformen*

Die speziell auf Online-Plattformen angelegte Basisregulierung findet sich in Kapitel III Abschnitt 2–3 DSA.

aa) Regelungen für „Hosting“-Diensteanbieter, einschließlich Anbietern von Online-Plattformen

In Kapitel III Abschnitt 2 werden zunächst Regelungen festgelegt, die neben Online-Plattformen auch „Host-Provider“ adressieren.

(i) Melde- und Abhilfeverfahren, Art. 16 DSA

Nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 und 2 DSA richten die Diensteanbieter ein leicht zugängliches und benutzerfreundliches Verfahren ein, nach denen Personen oder Einrichtungen als von ihnen als illegal angesehene Inhalte auf elektronischem Wege

melden können. Dabei muss das Verfahren entsprechend der Vorgaben des Abs. 2 ausgestaltet sein, damit ein Übermitteln hinreichend genauer und angemessen begründeter Meldungen erleichtert wird.

Art. 16 Abs. 6 DSA verpflichtet die Dienste dazu, über alle Meldungen, die sie im Rahmen der in Abs. 1 genannten Verfahren erhalten, zeitnah, sorgfältig und frei von Willkür zu entscheiden sowie die gemeldeten Inhalte objektiv zu bearbeiten. Nach Abs. 5 teilt der Anbieter dem betroffenen Nutzer unverzüglich seine Entscheidung in Bezug auf die gemeldeten Informationen mit und weist dabei auf die möglichen Rechtsbehelfe gegen diese Entscheidung hin. Welche Entscheidung der Dienst treffen muss, regelt Art. 16 DSA nicht ausdrücklich.<sup>1700</sup>

Allerdings stellt Art. 16 Abs. 3 DSA eine Fiktionsregelung in Bezug darauf auf, wann von der Kenntnis eines Anbieters von der Rechtswidrigkeit eines Inhalts ausgegangen werden kann. Nach ihm bewirken die Nutzermeldungen, dass für die Zwecke des Art. 6 DSA von einer tatsächlichen Kenntnis oder einem Bewusstsein in Bezug auf die betreffende Einzelinformation ausgegangen wird, wenn sie es einem sorgfältig handelnden Anbieter von „Hosting“-Diensten ermöglichen, ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist. Dieser im Gesetzgebungsverfahren eingefügte, die tatsächliche Kenntnisnahme definierende zweite Satzteil diente der Entschärfung der Kritik, dass der DSA eine Praxis des „Overblocking“ befeuert.<sup>1701</sup> Die Definition der Kenntnisnahme entspricht in etwa der Rechtsprechung des BGH zur „Host-Provider“-Haftung.<sup>1702</sup> Daher ist Art. 16 DSA systematisch und nach seinem Zweck (Erwägungsgrund 53) im Zusammenhang mit Art. 6 DSA zu verstehen, wonach der Betreiber haftbar ist, wenn er illegale Inhalte ab Kenntnisnahme nicht entfernt. Dieses Verständnis legt dem Dienst also implizit eine Löschpflicht auf.<sup>1703</sup> Diese wird durch den Sanktionsvorbehalt des Art. 52 DSA abgestützt, nach dem Geldbußen bei Verstößen gegen den DSA verhängt werden können. Die haftungs- sowie ordnungsrechtliche Abstützung dürfte den Dienstbetreiber wiederum zu einer schnellen Kenntnisnahme und Bearbeitung von gemeldeten Inhalten bewegen, um wirtschaftlich nachteilige Folgen zu vermeiden.

Anders als das NetzDG beinhaltet das Abhilfeverfahren aus Art. 16 DSA keine ausdrückliche Anordnung dazu, wann Meldungen zur Kenntnis genommen werden müssen (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NetzDG) und keine Löschfristen.

Art. 16 Abs. 6 S. 2 DSA lässt die Möglichkeit, dass automatisierte Mittel, etwa Filtersoftware, beim Entfernen von Beiträgen eingesetzt wird. Hierzu verhält sich das NetzDG nicht.

<sup>1700</sup> Eisenreich, RDt 2021, S. 290 mit Hinweis auf Spindler, GRUR 2021, S. 552.

<sup>1701</sup> Ein „Overblocking“ durch den DSA offenbar vollständig ablehnend, Eisenreich, ebd. Dagegen noch Kaesling, ZUM 2021, S. 179; Gielen/Uphues, EuZW 2021, S. 635. Für den Zusatz siehe nur den Vergleich der hier skizzierten Fassung von Art. 14 DSA zur Fassung in COM(2020) 825 final.

<sup>1702</sup> BGHZ 158, 343, 350 – Schöner Wetten; BGH MMR 2012, 124, 126 Rn. 22, Rn. 26 – Blogspot.

<sup>1703</sup> So wohl auch Janal, ZEuP 2021, S. 252; Schmid/Grewe, MMR 2021, S. 280. Noch als nicht gleichwertiges Mittel zur Löschpflicht einstuftend, Eisenreich, RDt 2021, S. 291.

Einen Anspruch auf Wiederherstellung zu Unrecht gelöschter Inhalte regelt der DSA auch nicht ausdrücklich. Gleichwohl ergibt sich ein solcher implizit schon aus den Rechtsschutzmöglichkeiten, die der DSA, etwa in Form des internen Beschwerdeverfahrens (vgl. Art. 20 Abs. 4 S. 2 DSA), bereithält. Gleiches gilt nach der Reform des NetzDG mit der Einführung des Gegendarstellungsverfahrens nach § 3b Abs. 1 NetzDG.

(ii) Begründungspflicht, Art. 17 DSA

Nach Art. 17 Abs. 1 DSA geben die Dienste allen betroffenen Nutzern eine klare und spezifische Begründung für näher konkretisierte und verhängte Beschränkungen, etwa die Entfernung von Inhalten, Sperrung des Zugangs zu Inhalten oder Herabstufung von Inhalten (lit. a)), Aussetzung oder Beendigung der gesamten oder teilweisen Bereitstellung des Dienstes (lit. c)) oder die Aussetzung oder Schließung der Konten des Nutzers (lit. d)).

Die Begründung muss entsprechend der Vorgaben des Art. 17 Abs. 3 DSA Auskunft geben, welche Maßnahme (lit. a)) auf welcher Tatsachengrundlage (lit. b)) und auf welcher Rechtsgrundlage (lit. d)) oder – soweit es sich um einen Verstoß gegen Gemeinschaftstandards handelt – Vertragsbedingung getroffen wurde (lit. e)). Sie muss ferner Informationen über die dem Nutzer gegen die Maßnahme zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe, insbesondere – je nach Sachlage – interne Beschwerdemanagementverfahren, außergerichtliche Streitbeilegung und gerichtliche Rechtsmittel beinhalten (lit. f)). Diese Informationen müssen klar und benutzerfreundlich formuliert sein, so dass der Betroffene danach in der Lage ist, die in der Begründung genannten Rechtsbehelfe geltend zu machen, Art. 17 Abs. 4 DSA. Ohne dass Art. 17 DSA dies konkretisiert, bedeutet das, dass die Begründung in einer dem Nutzer verständlichen Sprache, in aller Regel in der Amtssprache des Staates, in dem ein Nutzer wohnhaft ist, abgefasst sein muss.

In § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 NetzDG findet sich ebenfalls eine in diese Richtung zielende Begründungspflicht. Diese ist jedoch etwas allgemeiner und unkonkreter gehalten. Nach ihr muss die Entscheidung nur begründet, auf das Gegendarstellungsverfahren und seiner Vorstellungsfrist und auf die Möglichkeit von Strafanzeigen und Strafanträgen hingewiesen werden. Die Begründung kann dabei in *Multiple-Choice*-Form erfolgen.<sup>1704</sup>

(iii) Meldung des Verdachts von (bestimmten) Straftaten, Art. 18 DSA

Sobald ein Dienst Kenntnis von Informationen erlangt, die den Verdacht begründen, dass eine Straftat, die eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person oder von Personen darstellt, begangen wurde, begangen wird oder begangen werden könnte, so teilt er seinen Verdacht gem. Art. 18 Abs. 1 DSA unverzüglich den Strafverfolgungs- oder Justizbehörden des betreffenden Mitgliedstaats oder der

<sup>1704</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 23.



betreffenden Mitgliedstaaten mit und stellt alle vorliegenden einschlägigen Informationen zur Verfügung. Art. 18 Abs. 2 S. 2 DSA ordnet an, welchem Mitgliedstaat gegenüber die Mitteilung erfolgen muss. Dies ist der Mitgliedstaat, in dem die Straftat begangen wurde, begangen wird oder begangen werden könnte, oder der Mitgliedstaat, in dem der Verdächtige seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat, oder der Mitgliedstaat, in dem das Opfer seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat. Sollte sich dieser Mitgliedstaat nicht mit hinreichender Gewissheit ermitteln lassen, so unterrichtet der Dienst die Strafverfolgungsbehörden des Mitgliedstaats, in dem er niedergelassen ist oder seinen gesetzlichen Vertreter hat, oder Europol, Art. 18 Abs. 2 S. 1 DSA.

Die Meldepflicht ist weitreichender als die von § 3a NetzDG an das Bundeskriminalamt vorgesehene, da Straftaten, die eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person oder von Personen darstellen, über den Tatbestand der besonders schwerwiegenden Taten des § 3a Abs. 2 Nr. 3 NetzDG hinausgehen.<sup>1705</sup> Von § 3a Abs. 2 Nr. 3 NetzDG sind neben der Volksverhetzung nach § 130 StGB und der Verbreitung, der Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte nach § 184a StGB die §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 131, 140, und 241 StGB erfasst.

#### bb) Zusätzliche Bestimmungen für Anbieter von Online-Plattformen

In Kapitel III Abschnitt 3 DSA finden sich weitere nur Online-Plattformen adressierende Regelungen.

#### (i) Persönlicher Anwendungsbereich des Abschnitts, Art. 19 DSA

Kleinst- und Kleinunternehmen i. S. d. Art. 2 Abs. 2 und 3 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG sind von den Regelungen dieses Abschnitts mit Ausnahme von Art. 24 Abs. 3 DSA ausgenommen, Art. 19 Abs. 1 S. 1 DSA. Der Abschnitt findet gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 DSA unter den genannten Ausnahmen auf Online-Plattformen für weitere zwölf Monate keine Anwendung, wenn diese Unternehmen ihren Status als Kleinst- oder Kleinunternehmen verlieren, aber keine sehr großen Online-Plattformen sind. Für Letztere gilt der Abschnitt ungeachtet ihres Status als Kleinst- oder Kleinunternehmen, Art. 19 Abs. 2 DSA.

<sup>1705</sup> So auch *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, S. 285 f. Zur vorherigen Entwurfsfassung zurecht *Eisenreich*, RDt 2021, S. 292. Vgl. zur Intention des Gesetzgebers zu § 3a NetzDG, BT-Drs. 19/17741, S. 1 f. Zur ursprünglich verfassungswidrigen Entstehung von § 3a NetzDG, siehe Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-030/20, S. 40 ff.; BVerfGE 155, 119, 176 ff. Rn. 122 ff.; 184 ff., 222 ff. Rn. 237 ff. – Bestandsdatenauskunft II; BT-Drs. 19/25294, S. 1, S. 12; Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Mai 2020 (BestDaAG) vom 30. März 2021, BGBl. I S. 448; Art. 1 und Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – TTDSG), vom 23. Juni 2021 BGBl. I S. 1982.



Nach dem NetzDG sind Netzwerke mit weniger als 2 Mio. registrierten Nutzern im Inland – anders als Videosharing-Dienste mit Sitz in Deutschland, vgl. § 3e Abs. 2 NetzDG – von den vergleichbaren Pflichten des folgenden Abschnitts befreit, etwa vom Gegenvorstellungsverfahren sowie von Berichts- und Transparenzpflichten, nicht jedoch vom außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren, vgl. §§ 3c, 3f NetzDG. Befreit werden diese „kleinen“ Netzwerke i. S. d. § 1 Abs. 2 NetzDG sogar von den Löschpflichten aus § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2–3 NetzDG.

(ii) Internes Beschwerdemanagement, Art. 20 DSA

Nach Art. 20 Abs. 1 und 2 DSA müssen die Anbieter von Online-Plattformen den Nutzern und den Meldenden während eines Zeitraums von mindestens sechs Monaten nach einer Entscheidung der Online-Plattform den Zugang zu einem wirksamen internen, kostenlosen, elektronischen, leicht zugänglichen und benutzerfreundlichen Beschwerdemanagementsystem gewähren, das es ermöglicht, gegen die Entscheidung nach einer erfolgten Meldung vorzugehen, die damit begründet wurde, dass die von den Nutzern bereitgestellten Informationen rechtswidrige Inhalte darstellen oder mit den AGB der Plattform unvereinbar sind.

Zulässige Beschwerdegegenstände sind vor allem die Entscheidungen der Online-Plattform darüber, ob die Information entfernt wurde (lit. a)), ob die Erbringung des Dienstes gegenüber den Nutzern vollständig oder teilweise ausgesetzt oder beendet wird (lit. b)), oder ob das Konto des Nutzers ausgesetzt oder geschlossen wird (lit. c)).

Fristbeginn ist nach Art. 20 Abs. 2 DSA der Tag, an dem der Nutzer ordnungsgemäß von der Entscheidung in Kenntnis gesetzt wurde. Hierzu muss die Online-Plattform dem Nutzer gem. Art. 20 Abs. 5 DSA unverzüglich seine Entscheidung in Bezug auf die gemeldeten Informationen mitteilen und dabei auf die möglichen Rechtsbehelfe gegen diese Entscheidung hinweisen sowie seiner Begründungspflicht nach Art. 17 DSA genügen.

Die über das interne Beschwerdemanagementsystem eingereichten Beschwerden bearbeiten die Plattformen zeitnah, diskriminierungsfrei, sorgfältig und frei von Willkür, Art. 20 Abs. 4 S. 1 DSA. Stellt sich nach der Beschwerdebearbeitung heraus, dass die auf die Meldung hin getroffene Maßnahme nicht gerechtfertigt ist, muss die Entscheidung unverzüglich rückgängig gemacht werden, vgl. Art. 20 Abs. 4 S. 2 DSA.

Abschließend teilen die Plattformen den Beschwerdeführern unverzüglich ihre begründete Entscheidung mit und weisen auf die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung gem. Art. 21 DSA und auf andere statthafte Rechtsbehelfe hin, Art. 20 Abs. 5 DSA. Diese Entscheidungen dürfen nur unter Aufsicht von angemessen qualifiziertem Personal erfolgen und nicht allein mit automatisierten Mitteln, Art. 20 Abs. 6 DSA.

§ 3b Abs. 1 NetzDG legt ebenfalls ein internes, symmetrisches Gegenvorstellungrecht an, das innerhalb von zwei Wochen nach der Entscheidung des Dienstes von äußernden Nutzern und Meldenden unter Angaben von Gründen geltend gemacht werden kann, um die Überprüfung einer Entscheidung des Netzwerks nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2–3 lit. a) NetzDG durch den Netzwerkanbieter herbeizuführen.<sup>1706</sup> Wenn das Verfahren ergibt, dass mit der ursprünglichen Entscheidung zulässige Inhalte zu Unrecht entfernt wurden, wandelt sich der rein prozedurale Befassungs- und Bescheidungsanspruch gegen das Netzwerk in einen materiellen Anspruch des Nutzers auf Wiederherstellung der Inhalte.<sup>1707</sup> Will das Netzwerk der Gegenvorstellung abhelfen, weil es sie für begründet hält, muss es die Gegenseite unverzüglich über den Inhalt der Gegenvorstellung informieren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme binnen angemessener Frist geben und seine ursprüngliche Entscheidung anhand der abgegebenen Stellungnahme unter Berücksichtigung aller rechtlich in Betracht kommenden Gesichtspunkte durch einen von der ursprünglichen Entscheidung abweichenden Prüfer (sog. plattforminterne Devolution) überprüfen, § 3b Abs. 2 Nr. 1 NetzDG.<sup>1708</sup> Der Dienst muss den Beteiligten die nach der Überprüfung erfolgte Entscheidung, also das Aufrechterhalten oder Revidieren der ursprünglichen Entscheidung, unverzüglich übermitteln und einzelfallbezogen begründen, § 3b Abs. 2 Nr. 4 NetzDG.<sup>1709</sup> Die erforderliche Begründungstiefe geht insoweit grundsätzlich über die Begründungsanforderungen der ursprünglichen Entscheidung hinaus.<sup>1710</sup>

Das Gegendarstellungsverfahren nach § 3b Abs. 1 u. 2 NetzDG gilt gem. § 3b Abs. 3 S. 1 NetzDG – wie nach Art. 20 Abs. 1 DSA – auch für den Fall, dass ein Dienst nach Gemeinschaftstandards löscht. Anders als nach Art. 20 Abs. 1 DSA gilt das Gegendarstellungsverfahren nach dem NetzDG aber auch für Konstellationen, in denen Löschungen proaktiv ohne Beschwerde i. S. d. § 1 Abs. 4 NetzDG vorgenommen wurden, etwa wenn das Netzwerk durch eigene Mitarbeiter oder mittels automatisierter Verfahren wie Filtermechanismen Inhalte auffinden lässt und diese entfernt oder den Zugang zu ihnen sperrt.<sup>1711</sup> In diesem Fall muss keine plattforminterne Devolution erfolgen, § 3b Abs. 3 S. 3 NetzDG.

§ 3b Abs. 4 NetzDG stellt deklaratorisch klar, dass es den Betroffenen bei Streit über die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen über das Entfernen oder Sperren von Inhalten unbenommen bleibt, den Rechtsweg zu beschreiten.

<sup>1706</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18792, S. 48.

<sup>1707</sup> Anders *Cornils*, NJW 2021, S. 2468.

<sup>1708</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18792, S. 47; BR-Drs. 169/20, S. 50.

<sup>1709</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 19/29392, S. 15.

<sup>1710</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18792, S. 48; BT-Drs. 19/29392, S. 17; BR-Drs. 169/20, S. 50.

<sup>1711</sup> Vgl. BT-Drs. 19/29392, S. 15 f. Vgl. auch *Cornils*, NJW 2021, S. 2468.

(iii) Außergerichtliche Streitbeilegung, Art. 21 DSA

Die von der Entscheidung einer Plattform Betroffenen haben das Recht, zur Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesen Entscheidungen sowie mit Beschwerden, die nicht mit dem in Art. 20 DSA verankerten Beschwerdemanagementsystem gelöst werden konnten, eine nach Art. 21 Abs. 3 DSA ausgestaltete und zertifizierte außergerichtliche Streitbeilegungsstelle zu wählen, Art. 21 Abs. 1 DSA. Informationen über diese Möglichkeit müssen in klarer und benutzerfreundlicher Form auf ihrer Online-Schnittstelle i. S. d. Art. 3 lit. m) DSA leicht zugänglich sein, Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSA. Die Online Schnittstelle meint die Software, darunter Websites oder Teile davon sowie Anwendungen, einschließlich von Mobil-Apps. Die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitschlichtung lässt das Recht des Betroffenen unberührt, im Einklang mit dem anwendbaren Recht zur Anfechtung der Entscheidungen der Dienste jederzeit den Rechtsweg zu beschreiten, Art. 21 Abs. 1 S. 3 DSA.

Anbieter von Online-Plattformen können die Zusammenarbeit mit einer zertifizierten außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle gem. Art. 21 Abs. 2 S. 2 DSA nur verweigern, wenn ein Streit bezüglich derselben Informationen und derselben Gründe für die mutmaßliche Rechtswidrigkeit der Inhalte oder ihre mutmaßliche Unvereinbarkeit mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits beigelegt wurde.

Art. 21 Abs. 4 S. 5 DSA begrenzt die angemessene Frist für einen Lösungsvorschlag seitens der Streitbeilegungsstelle auf 90 Kalendertage nach Eingang der Beschwerde. Bei hochkomplexen Streitigkeiten kann die Stelle den Zeitraum von 90 Kalendertagen nach eigenem Ermessen verlängern, wobei die Gesamtdauer maximal 180 Tage beträgt, Satz 6.

Art. 21 Abs. 5 DSA enthält eine Kostentragungsregel zulasten der Plattformen für den Fall, dass die Streitbeilegungsstelle einen Streit zulasten der Plattformen und zugunsten des Betroffenen oder des Meldenden entschieden hat. Im Übrigen tragen die Betroffenen die Kosten, die angemessen und vorher bekannt gegeben sein müssen, vgl. Art. 21 Abs. 5 S. 4 DSA. Der Staat kann überdies außergerichtliche Streitbeilegungsstellen für die Zwecke nach Art. 21 Abs. 1 DSA einrichten, Art. 21 Abs. 6 DSA.

Die §§ 3c, 3f NetzDG eröffnen ebenfalls ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren vor akkreditierten<sup>1712</sup>, privatrechtlich organisierten Einrichtungen oder für Streitigkeiten bei Videosharing-Diensten vor einer behördlichen Schlichtungsstelle.<sup>1713</sup> Anders als Art. 21 i. V. m. Art. 19 DSA gilt dies auch für „kleine“ Dienste i. S. d. § 1 Abs. 2 NetzDG. Auch dieses außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren ist symmetrisch ausgestaltet, da nicht nur der von einer Löschung betroffene Nutzer die Schlichtungsstelle anrufen kann, sondern auch der beschwerdeführende Nutzer,

<sup>1712</sup> Zum Anerkennungsverfahren und der nach § 3c Abs. 1 u. 2 NetzDG gebundenen behördlichen Entscheidung beim Vorliegen der Anerkennungs Voraussetzungen, siehe *Cornils*, NJW 2021, S. 2469.

<sup>1713</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18792, S. 19.

soweit der Dienstanbieter seiner Beschwerde nicht gefolgt ist. Erforderlich ist nach § 3c Abs. 3 NetzDG grundsätzlich – wie auch beim internen Beschwerdeverfahren nach Art. 21 Abs. 1 DSA –, dass zuvor ein Gegenvorstellungsverfahren nach § 3b NetzDG durchlaufen wurde. Die Teilnahme an der Schlichtung ist anders als nach Art. 21 Abs. 2 S. 2 DSA für alle Beteiligten freiwillig; der Anbieter eines sozialen Netzwerks kann die Teilnahme allgemein – für alle oder eine näher bestimmte Gruppe von Beschwerden – oder im Einzelfall beschließen, § 3c Abs. 3 S. 1 NetzDG. An den Schlichtungsvorschlag ist der teilnehmende Netzwerkanbieter nicht gebunden. Das Recht, die Gerichte anzurufen, bleibt unberührt, § 3c Abs. 4 S. 2 NetzDG.

(iv) Vertrauenswürdige Hinweisgeber, Art. 22 DSA

Art. 22 DSA legt Regeln für die Beschwerdebearbeitung nach Meldungen durch vertrauenswürdige Hinweisgeber fest. Ein Hinweisgeber ist nach Art. 22 Abs. 2 DSA eine von jeglicher Online-Plattform unabhängige Stelle (lit. b)), die über eine besondere Sachkenntnis und Kompetenz in Bezug auf die Erkennung, Feststellung und Meldung rechtswidriger Inhalte verfügt (lit. a)) und ihre Meldetätigkeit sorgfältig, genau und in objektiver Weise ausübt (lit. c)). Diesen Status erlangt ein Hinweisgeber auf Antrag bei dem Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaats, in dem der Antragssteller niedergelassen ist. Der Status kann dem vertrauenswürdigen Hinweisgeber bei Zuwiderhandlungen gegen seine Pflichten, Meldungen hinreichend präzise, genau und hinreichend begründet zu übermitteln, wieder entzogen werden, vgl. Art. 22 Abs. 7 DSA.

Nach Art. 22 Abs. 1 DSA ergreifen die Anbieter von Online-Plattformen die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen, damit Meldungen, die von in ihrem ausgewiesenen Fachgebiet tätigen vertrauenswürdigen Hinweisgebern über die in Art. 16 DSA genannten Mechanismen übermittelt werden, vorrangig und ohne ungebührliche Verzögerung bearbeitet und entschieden werden.

Eine entsprechende Regelung findet sich im NetzDG nicht. Dort werden alle Nutzerbeschwerden gleichermaßen bearbeitet. Ein herausgehobener Status bestimmter Meldender ist im NetzDG nicht vorgesehen.

(v) Maßnahmen und Schutz vor missbräuchlicher Verwendung, Art. 23 DSA

Nach Art. 23 Abs. 1 DSA setzen die Online-Plattformen die Erbringung ihrer Dienste für Nutzer, die häufig und offensichtlich rechtswidrige Inhalte bereitstellen, für einen angemessenen Zeitraum nach vorheriger Warnung aus. Diese Regel könnte auch für „Bot“-Profile greifen, die Inhalte in massenhaft repetitiver Weise in verschiedene Kontexte einbetten. Jedoch werden sie nur erfasst, wenn sie offensichtlich rechtswidrige Inhalte verbreiten.

Das NetzDG ermöglicht keine Nutzersperren. Diese können nur auf Grundlage von Gemeinschaftstandards erfolgen.<sup>1714</sup>

<sup>1714</sup> Siehe zu den Voraussetzungen Abschnitt „(Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen“ unter Punkt E. IV. 6.

Gemäß Art. 23 Abs. 2 DSA setzen die Plattformen überdies die Bearbeitung von Meldungen und Beschwerden, die über die von Art. 16 und 20 vorausgesetzten Melde- und interne Beschwerdemanagementsysteme von Personen eingehen, die häufig offensichtlich unbegründete Meldungen oder Beschwerden einreichen, für einen angemessenen Zeitraum nach vorheriger Warnung aus. Der Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit folgt dem der offensichtlich illegalen Inhalte aus Erwägungsgrund 63.

Über diese Aussetzungen entscheiden die Online-Plattformen von Fall zu Fall zeitnah, sorgfältig und in objektiver Weise anhand aller Tatsachen und Umstände des Einzelfalles, die den Online-Plattformen ersichtlich sind, Art. 23 Abs. 3 DSA. Zu diesen Umständen, die auf die Schutzwürdigkeit des Verhaltens des Nutzers, Meldenden oder des Beschwerdeführers schließen lassen, zählen etwa die absolute Anzahl der offensichtlich illegalen Inhalte und unbegründeten Meldungen oder Beschwerden, die in einem bestimmten Zeitraum erhoben wurden (lit. a)), deren relativer Anteil an der Gesamtzahl der in einem bestimmten Zeitraum verbreiteten Inhalte oder erhobenen Meldungen (lit. b)), die Schwere der Fälle der missbräuchlichen Verwendung, einschließlich der Art der illegalen Inhalte, und von deren Folgen (lit. c)) und die von dem Nutzer, Meldenden oder dem Beschwerdeführer verfolgten Absichten, sofern diese Absichten ermittelt werden können (lit. d)).

Art. 23 Abs. 4 DSA verpflichtet Online-Plattformen dazu, in ihren AGB klar und ausführlich unter Wahrung ihrer Verpflichtung nach Art. 14 Abs. 4 DSA, wonach die Dienste bei der Anwendung und Durchsetzung sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vorgehen und die Grundrechte der Betroffenen hinreichend berücksichtigen müssen, ihre Regeln für den Umgang mit der in Art. 23 Abs. 1 und 2 DSA genannten missbräuchlichen Verwendung darzulegen. Dabei sollen sie auch Beispiele für Tatsachen und Umstände angeben, die sie bei der Beurteilung darüber, ob ein bestimmtes Verhalten eine missbräuchliche Verwendung darstellt, berücksichtigen, sowie die Dauer einer möglichen Aussetzung.

(vi) Gesteigerte Transparenzberichtspflichten, Art. 24 DSA

Wegen Art. 24 Abs. 1 DSA müssen Online-Plattformen zusätzlich zu den dargestellten Transparenzberichtspflichten aus Art. 15 DSA auch Informationen in Bezug auf die durchgeführten außergerichtlichen Streitigkeiten i. S. d. Art. 21 DSA und die vorgenommenen Aussetzungen wegen offensichtlich rechtswidriger Inhalte und unbegründeter Beschwerden angeben. Drei Monate nach Inkrafttreten der Verordnung und danach mindestens alle sechs Monate veröffentlichen Online-Plattformen in einem öffentlich zugänglichen Bereich ihrer Online-Schnittstelle Informationen über die durchschnittliche monatliche Zahl ihrer aktiven Nutzer in der Union, berechnet als Durchschnitt der vergangenen sechs Monate, Art. 23 Abs. 2 DSA. Die letztgenannte Transparenzvorgabe dient vor allem zur Einstufung des jeweiligen Dienstes als eine sehr große Online-Plattform i. S. d. Art. 33 DSA.

Weiter müssen die Dienste der Kommission unverzüglich die begründungspflichtigen Entscheidungen samt ihren Begründungen für die Aufnahme in eine öffentlich zugängliche, von der Kommission verwaltete maschinenlesbare Datenbank übermitteln, Art. 24 Abs. 5 DSA.

§ 2 NetzDG sieht dagegen eine Berichtspflicht für durchgeführte Gegenvorstellungsverfahren vor, nicht aber für außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren. Auch verlangt § 2 NetzDG keinen Bericht über die Anzahl der in den letzten sechs Monaten durchschnittlich aktiven Nutzer, da das NetzDG in § 1 Abs. 2 das Pflichtenprogramm nach der Anzahl registrierter Nutzer unterscheidet.

(vii) Gestaltung der Online-Schnittstelle, Art. 25 DSA

Nach Art. 25 DSA dürfen Online-Plattformen ihre Online-Schnittstellen i. S. d. Art. 3 lit. m) DSA nicht so konzipieren, organisieren oder betreiben, dass Nutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und fundierte Entscheidungen zu treffen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert werden. Websites und Mobil-Apps dürfen daher nicht durch „Dark Patterns“ ausgestaltet sein, also Praktiken, die darauf abzielen, dem Nutzer die Fähigkeit zu nehmen, eine autonome und fundierte Entscheidung oder Wahl zu treffen, vgl. Erwägungsgrund 67 DSA. Die Schnittstelle soll den Nutzer überdies nicht wiederholt zu einer Entscheidung auffordern, die bereits getroffen wurde oder gar das Kündigen eines Dienstes erheblich umständlicher gestalten als die Anmeldung nebst Vertragsschluss zu ebendiesem.

(viii) Algorithmentransparenz, Art. 27 DSA

Anbieter sind nach Art. 27 Abs. 1 DSA verpflichtet, in ihren AGB in klarer und verständlicher Sprache die wichtigsten Parameter, die in ihren Empfehlungssystemen verwendet werden, sowie alle Möglichkeiten für die Nutzer, diese wichtigen Parameter zu ändern oder zu beeinflussen, darzulegen. Hierzu zählen nach Art. 27 Abs. 2 DSA insbesondere die Kriterien, die für die Bestimmung der Informationen, die dem Nutzer vorgeschlagen werden, am wichtigsten sind und die Gründe für die relative Bedeutung dieser Parameter.

Stehen mehrere Optionen für Empfehlungssysteme zur Verfügung, anhand derer die relative Reihenfolge der den Nutzern bereitgestellten Informationen bestimmt wird, so machen die Anbieter von Online-Plattformen nach Art. 27 Abs. 3 DSA auch unmittelbar und leicht von dem spezifischen Abschnitt der Online-Schnittstelle der Online-Plattform, in dem die Informationen vorrangig sind, eine Funktion zugänglich, die es dem Nutzer ermöglicht, seine bevorzugte Option jederzeit auszuwählen und zu ändern. Dies bedeutet, dass dem Nutzer in gewisser Weise eine Filter- oder Präferenzreset-Funktion an die Hand gegeben wird.

Die Parameter zur Aggregation, Selektion und Präsentation müssen Intermediäre auch gem. – dem unionsrechtswidrigen – § 93 Abs. 1 MStV in verständlicher Form offengelegen.<sup>1715</sup> Einen Filterreset kennt aber weder das NetzDG noch der MStV.

*c) Regulierung von sehr großen Online-Plattformen*

Die zusätzlich für sehr große Online-Plattformen geltende Regulierung findet sich in Kapitel III Abschnitt 5 DSA. Dies sind nach Art. 33 Abs. 1 DSA solche Dienste, die eine durchschnittliche monatliche Zahl von mindestens 45 Mio. aktiven Nutzern in der Union erreichen und die gem. Abs. 4 durch Beschluss der Kommission als sehr große Online-Plattformen benannt sind. Die Kommission hebt die Benennung auf, wenn die Online-Plattform während eines ununterbrochenen Zeitraums von einem Jahr nicht über eine entsprechende durchschnittliche monatliche Zahl aktiver Nutzer verfügt, Art. 33 Abs. 5 DSA. Beschlüsse nach Art. 33 Abs. 4 und 5 DSA sind den Diensten unverzüglich bekanntzugeben und im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen, Art. 33 Abs. 6 DSA. Die Kommission kann die Anzahl von 45 Mio. aktiven Nutzern durch delegierten Rechtsakt anpassen, falls die Bevölkerung um mindestens 5% zu- oder abnimmt, Art. 33 Abs. 2 DSA.

aa) Risikobewertung und -minderungsmechanismen, Art. 34 f. DSA

Sehr große Online-Plattformen sind nach den Art. 34 f. DSA zur Risikobewertung und -minderung verpflichtet. Ungeachtet des konkreten Vorschrifteninhaltes sind derartige Verpflichtungen dem NetzDG fremd.

(i) Risikobewertung, Art. 34 DSA

Der Grund für die Verrohung der Diskurskultur im Internet liegt nicht allein in der Existenz einzelner rechtswidriger Inhalte und Desinformation, sondern auch in den aus ökonomischen Interessen folgenden Angeboten und Funktionen der diese Inhalte verbreitenden Dienste.<sup>1716</sup> Die schnelle Verbreitung von bestimmten Inhalten wird durch die angebotenen Nutzungsmöglichkeiten, etwa das Teilen von Fremdinhalten, sowie durch die verwendeten Auswahl- und Filteralgorithmen befeuert. Diesem Umstand will der Unionsgesetzgeber mit der in Art. 34 DSA angelegten Pflicht zum regelmäßigen Monitoring der im Angebot sehr großer Online-Plattformen angelegten systemischen Risiken entgegentreten, vgl. Art. 34 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 und Erwägungsgrund 79 DSA.

Die Dienste sollen hierzu eine eigene Risikobewertung vornehmen. Diese erfolgt spezifisch für den jeweiligen Dienst und verhältnismäßig zu den systemischen Risiken in Bezug auf ihre Schwere und Wahrscheinlichkeit und umfasst in Art. 34

<sup>1715</sup> Siehe Abschnitt „Transparenzpflichten der Dienste nach § 6 TMG und § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV“ unter Punkt E. III. 5.

<sup>1716</sup> *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022 S. 120 m. w. N.



Abs. 1 S. 3 lit. a) – d) näher bezeichnete systemische Risiken. Hierzu zählen die Verbreitung rechtswidriger Inhalte über die Dienste (lit. a)) i. V. m. Erwägungsgrund 80), etwaige tatsächliche oder vorhersehbare nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der (Unions-)Grundrechte (lit. b)) i. V. m. Erwägungsgrund 81), alle tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte und auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit (lit. c)) i. V. m. Erwägungsgrund 82) sowie alle tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen in Bezug auf geschlechtsspezifische Gewalt, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, Minderjährige und schwerwiegende nachteilige Folgen für das körperliche und geistige Wohlbefinden einer Person (lit. d)) i. V. m. Erwägungsgrund 83).

Dabei müssen die Dienste berücksichtigen, ob und wie die systemischen Risiken von den in Art. 34 Abs. 2 S. 1 DSA benannten Faktoren beeinflusst werden, etwa von den Filter- und Auswahlalgorithmen (lit. a)), von den Systemen zur Moderation von Inhalten (lit. b)) oder von den Gemeinschaftstandards und ihrer Durchsetzung (lit. c)). Hierbei sollen die Dienste auch analysieren, ob und wie die systemischen Risiken durch die Verstärkung und die Möglichkeit der raschen und weiten Verbreitung von illegalen Inhalten und von Informationen, die mit ihren AGB unvereinbar sind oder durch vorsätzliche Manipulation ihres Dienstes, auch durch unauthentische Verwendung oder automatisierte Ausnutzung des Dienstes beeinflusst werden, Art. 34 Abs. 2 S. 2 DSA. Letzteres Verhalten betrifft vor allem den Einsatz von „Social Bots“, vgl. Erwägungsgrund 84. Überdies sollen spezifische regionale Aspekte des Mitgliedstaates Berücksichtigung finden, Art. 34 Abs. 2 S. 3 DSA.

#### (ii) Risikominderung, Art. 35 DSA

Ziel der Risikobewertung ist nicht, einzelne schädliche Inhalte zu regulieren, sondern eine Risikominderung dadurch zu erreichen, dass die Dienste ihre angebotenen Funktionen und Nutzungsmöglichkeiten, die negative Effekte auf die Online-Sicherheit und den öffentlichen Diskurs haben können, von sich aus anpassen. Dies soll von Vorherein die Verbreitung schädlicher Inhalte vermeiden oder zumindest hemmen, vgl. Art. 35 DSA.<sup>1717</sup>

Deshalb müssen die Dienste nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSA angemessene verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen ergreifen, die auf die nach Art. 34 Abs. 1 DSA ermittelten systemischen Risiken zugeschnitten sind, wobei die Auswirkungen solcher Maßnahmen auf die Grundrechte besonders zu berücksichtigen sind. Hierzu können die in Art. 35 Abs. 1 S. 2 DSA näher genannten Maßnahmen gehören, etwa die Anpassung der Gestaltung der Funktionsweise der Dienste einschließlich ihrer Online-Schnittstelle (lit. a)), die Anpassung der AGB, etwa der Gemeinschaftstandards, und ihrer Durchsetzung (lit. b)), die Anpassung der Meldeverfahren hinsichtlich der Schnelligkeit der Entscheidungsprozesse (lit.

---

<sup>1717</sup> Ebd.

c)) oder gar der Anpassung der Such- und Filteralgorithmen (lit. d)) sowie weitere Maßnahmen, die Entscheidungsprozesse und den Schutz vor systemischen Risiken optimieren.

Das Gremium i. S. d. Art. 61 Abs. 1 DSA – eine eingerichtete unabhängige Beratergruppe der Koordinatoren für digitale Dienste für die Beaufsichtigung der Anbieter von Vermittlungsdiensten – veröffentlicht in Zusammenarbeit mit der Kommission jährlich einen umfassenden Bericht über die Ermittlung und Bewertung der auffälligsten wiederkehrenden systemischen Risiken sowie bewährte Verfahren zu ihrer Minderung, vgl. Art. 35 Abs. 2 DSA.

bb) Krisenreaktionsmechanismus, Art. 36 und Art. 48 DSA

In Art. 36 DSA wurde ein Kriseninterventionsmechanismus etabliert, dessen Hintergrund die globalen Krisenerfahrungen der letzten Zeit, vor allem die Corona-Pandemie und der russische Angriffskrieg in der Ukraine, sein dürften – beide Krisen gehen mit Desinformationskampagnen einher.<sup>1718</sup> Derartige Regeln kennt das NetzDG nicht.

(i) Krise i. S. d. Art. 36 Abs. 2 DSA

Nach Art. 36 Abs. 2 DSA gilt eine Krise als eingetreten, wenn außergewöhnliche Umstände eintreten, die zu einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit in der EU führen können. Als entsprechende Krisensituationen nennt Erwägungsgrund 91 nicht abschließend bewaffnete Konflikte, terroristische Handlungen, einschließlich sich abzeichnender Konflikte oder terroristischer Handlungen, Naturkatastrophen wie Erdbeben und Wirbelstürmen sowie Pandemien und andere schwerwiegende grenzüberschreitende Bedrohungen der öffentlichen Gesundheit.

(ii) Maßnahmenbeschluss nach Art. 36 Abs. 1 DSA

Nach Art. 36 Abs. 1 DSA kann die Kommission im Krisenfall auf Empfehlung des Gremiums einen Beschluss erlassen, in dem ein oder mehrere Anbieter sehr großer Online-Plattformen aufgefordert werden, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Maßnahmen könnten beispielhaft die Vornahme einer Bewertung sein, ob und, wenn ja, wie und in welchem Umfang der Betrieb und die Nutzung des Dienstes erheblich zu einer schwerwiegenden Bedrohung in Form einer Krise beitragen oder voraussichtlich beitragen werden (Art. 36 Abs. 1 lit. a) DSA). Maßnahmen könnten weiter in der Ermittlung und Anwendung von gezielten, wirksamen und verhältnismäßigen Maßnahmen liegen, etwa solcher nach Art. 35 Abs. 1 DSA oder Art. 48 Abs. 2 DSA, um einen solchen Beitrag zu der ermittelten schwerwiegenden Krisenbedrohung zu

---

<sup>1718</sup> Ebd.

verhindern, zu beseitigen oder zu begrenzen (lit. b)). Eine Maßnahme liegt auch in der Berichterstattung innerhalb einer Frist oder in regelmäßigen Abständen über die in lit. a) und b) genannten Maßnahmen an die Kommission (lit. c)).

Die Kommission stellt dabei sicher, dass die beschlossenen Maßnahmen angemessen – maximal auf drei Monate – befristet sind und unbedingt erforderlich, gerechtfertigt und verhältnismäßig vor allem in Bezug auf die Schwere der in Abs. 2 genannten schwerwiegenden Bedrohung, die Dringlichkeit der Maßnahmen und die tatsächlichen oder potenziellen Folgen auf die Rechte und berechtigten Interessen aller Betroffenen, Art. 36 Abs. 3 lit. c) DSA.

Die Kommission überwacht die Anwendung der gezielten und beschlossenen Maßnahmen (Art. 36 Abs. 7 DSA) und kann dabei den Beschluss ändern, wenn dies – unter Wahrung der Unionsgrundrechte – angesichts der Krisenentwicklung angemessen ist (Abs. 8).

#### (iii) Verhältnis zu den Krisenprotokollen nach Art. 48 Abs. 2 DSA

Insgesamt scheint der Anwendungsbereich der Regelung begrenzt, weil sich bereits aus Art. 48 Abs. 1 und 2 DSA die Möglichkeit für die Kommission ergibt, für die Bewältigung von Krisensituationen freiwillige Krisenprotokolle zu schaffen, die strikt auf außergewöhnliche Umstände beschränkt sind, die die öffentliche Sicherheit oder Gesundheit beeinträchtigen. Diese werden schon zur Prävention angelegt und nicht erst bei Bestehen einer Krise, wie es Art. 36 DSA für Krisenreaktionsmaßnahmen verlangt. Sollten also bereits lückenlose Krisenprotokolle bestehen, dürfte es nur noch im Ausnahmefall einer Krisenreaktionsmaßnahme bedürfen.

#### (iv) Kooperative Krisenbewältigung

Alle Maßnahmen hängen von der Bewertung des Dienstes selbst ab; auch die Maßnahmenauswahl ist ihnen überlassen, vgl. Art. 36 Abs. 5 DSA. Dies erklärt sich zwar grundsätzlich daraus, dass die Dienste selbst am besten über geeignete Maßnahmen befinden können, um ihre Geschäftsprozesse auf die Bewältigung einer Krisensituation auszurichten. Allerdings macht gerade diese bloße Selbstverpflichtung einen Schwachpunkt der Regulierung aus, da insoweit keine Handhabe über die Dienste besteht, falls nicht die Dienste entsprechende Verpflichtungszusagen i. S. d. Art. 71 DSA machen. Auch die Krisenprotokolle nach Art. 48 Abs. 2 DSA sind bloß freiwilliger, nicht bindender Natur.

Jedoch kann die Kommission auf eigenen Wunsch oder Wunsch der Betreiber in einen Dialog treten, um festzustellen, ob die geplanten oder durchgeführten Maßnahmen wirksam und verhältnismäßig sind, Art. 36 Abs. 6 DSA. Insoweit muss man richtigerweise von einem kooperativen Krisenbewältigungsmechanismus

sprechen, in dem der Kommission die Rolle der Initiative und der Supervision der Maßnahmen aufgrund der Berichtspflichten innehat.<sup>1719</sup> Inwieweit diese Kooperationsgelegenheit Erfolg haben wird, bleibt abzuwarten.

cc) Unabhängige Prüfung, Art. 37 DSA

Die Anbieter sehr großer Online-Plattformen werden nach Art. 37 Abs. 1 DSA mindestens einmal jährlich auf eigene Kosten einer unabhängigen Prüfung durch eine unabhängige Stelle i. S. d. Art. 37 Abs. 3 DSA unterzogen, bei der die Einhaltung der Sorgfaltspflichten für ein transparentes und sicheres Online-Umfeld (Kapitel III DSA) überprüft wird. Auch ist die Einhaltung der Verpflichtungszusagen, die gem. den in den Art. 45 und 46 genannten Verhaltenskodizes und den in Art. 48 genannten Krisenprotokollen gemacht wurden, Gegenstand dieser Prüfung. Über die Prüfung ergeht ein Abschlussbericht nach Art. 37 Abs. 4 und 5 DSA. Die Plattformen, die Empfehlungen seitens der unabhängigen Stelle erhalten, tragen den Empfehlungen Rechnung, indem sie die erforderlichen Maßnahmen zu deren Umsetzung innerhalb eines Monats nach Erhalt der Empfehlungen ergreifen, Art. 37 Abs. 6 S. 1 DSA. Soweit sie Empfehlungen nicht umsetzen, begründen sie dies in dem Bericht und legen die alternativ ergriffenen Maßnahmen dar, Art. 37 Abs. 6 S. 2 DSA. Da das NetzDG schon keine der nach Art. 37 DSA auf ihre Einhaltung zu überprüfenden Vorschriften enthält, beinhaltet es auch keine Art. 37 DSA entsprechende Prüfung.

dd) Vorlegen einer Option zum jeweils verwendeten Empfehlungssystem, Art. 38 DSA

Für sehr große Online-Plattformen, die Empfehlungssysteme verwenden, gilt zusätzlich Art. 38 DSA. Sie müssen mindestens eine Option für jedes ihrer Empfehlungssysteme vorlegen, die nicht auf „Profiling“ i. S. d. Art. 4 Nr. 4<sup>1720</sup> DS-GVO<sup>1721</sup> beruht. „Profiling“ i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DS-GVO ist jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich der Arbeitsleistung, wirtschaftlichen Lage, Gesundheit, persönlichen Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.

<sup>1719</sup> Ebd., S. 122.

<sup>1720</sup> In Art. 38 DSA ist ausdrücklich die Rede von Art. 4 Abs. 4 DS-GVO. Hierbei muss es sich aber um ein Redaktionsversehen handeln, da Art. 4 DS-GVO keine Absätze, sondern nur Nummern beinhaltet.

<sup>1721</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

Auch wenn der Wortlaut des Vorlegens einer Option aus Art. 38 DSA *prima vista* etwas unklar anmutet, ist hiermit gemeint, dass sehr große Online-Plattformen zu jedem verwendeten Empfehlungssystem mindestens eine weitere Option bereithalten müssen. Diese Annahme wird vor allem auf die allgemeine Wortbedeutung des Begriffs „Option“ gestützt. Dies lässt sich außerdem mit dem Sinn der Vorschrift belegen, da mit ihr die freie unverzerrte Meinungsbildung abgesichert werden soll, vgl. Erwägungsgrund 94. Durch die Pflicht zum Bereithalten einer weiteren Option zum jeweiligen Empfehlungssystem wird der Präferenzreset-Vorbehalt aus Art. 27 Abs. 3 DSA in allen sehr großen Online-Plattformen gewährleistet. Dies ist enorm wichtig, weil das Potential einer Meinungsbeeinflussung auf den besonders nutzerstarken Online-Plattformen nicht zuletzt wegen der „Lock-in“-Effekte besonders hoch ist. Ihre Nutzer sind den Filter- und Vermittlungsalgorithmen ausgeliefert.

Eine vergleichbare Regelung enthält weder das NetzDG noch der MStV.

#### ee) Datenzugang und Kontrolle, Art. 40 DSA

Um eine Überwachung des Einhaltens des DSA zu ermöglichen, gewähren die sehr großen Online-Plattformen dem Koordinator für digitale Dienste am Niederlassungsort oder der Kommission auf deren begründetes Verlangen, innerhalb einer angemessenen Frist Zugang zu den für die Überwachung und Bewertung der Einhaltung des DSA erforderlichen Daten, Art. 40 Abs. 1 DSA. Nach dem Zweckbindungsgebot des Art. 40 Abs. 2 DSA dürfen die Daten ausschließlich hierzu verwendet werden. Die Dienste müssen auf Verlangen die Funktionsweise sowie beispielhaft ihre Filter- und Auswahlalgorithmen erläutern, vgl. Art. 40 Abs. 3 DSA. Selbst die Überwachung ist daher von einer gewissen Kooperation geprägt.

Zum Schutz vor systemischen Krisen wird weiter ein externes Monitoring mit Art. 40 Abs. 4 DSA anberaunt. Hiernach sollen zugelassene Forscher (Abs. 8) auf begründetes Verlangen des Koordinators für digitale Dienste am Niederlassungsort innerhalb einer angemessenen Frist Zugang zu Daten ausschließlich zum Zweck der Durchführung von Forschungsarbeiten erhalten, die zur Ermittlung und zum Verständnis systemischer Risiken in der Union gem. Art. 34 Abs. 1 DSA beitragen, auch in Bezug auf die Bewertung der Angemessenheit, der Wirksamkeit und der Folgen der Risikominderungsmaßnahmen gem. Art. 35 DSA. Die Dienste erleichtern und gewähren den Zugang über die im Verlangen angegebenen geeigneten Schnittstellen, einschließlich Online-Datenbanken oder Anwendungsprogrammierschnittstellen. Unter besonderen Umständen können die Dienste das Verlangen innerhalb einer fünfzehntägigen Frist nach Eingang des Verlangens abwenden, Art. 40 Abs. 5 DSA.

§ 5a NetzDG sieht einen Auskunftsanspruch für Forscher gegenüber sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten vor, der aber keinen vergleichbaren Umfang einnimmt. Zwar erfasst er gem. § 5a Abs. 2 Nr. 2 NetzDG wie Art. 40 Abs. 1 DSA auch die Verbreitung rechtswidriger Inhalte. Allerdings ist Art. 40 DSA insgesamt weiter gefasst, da die bestimmte Art von Daten nicht etwa beschränkt ist auf Inhalte, die Gegenstand von Beschwerden waren oder gelöscht wurden.

ff) Compliance-Abteilung, Art. 41 DSA

Die sehr großen Online-Plattformen sind durch Art. 41 DSA ausdrücklich verpflichtet, die Einhaltung der Pflichten aus der Verordnung zu überwachen. Hierzu richten die Dienste zusätzlich eine Compliance-Abteilung ein, die aus einem oder mehreren Compliance-Beauftragten besteht, unabhängig von den operativen Abteilungen ist und über hinreichende Qualifikationen (Art. 41 Abs. 2 DSA) sowie über ausreichend Autorität, Befugnisse und Ressourcen und über Zugang zum Leitungsorgan des Anbieters einer sehr großen Online-Plattform verfügt, um die Wahrung der Verordnung zu überwachen.

Zu den Aufgaben der Compliance-Beauftragten gehört nach Art. 41 Abs. 3 DSA neben der Überwachung der Einhaltung der Pflichten aus dem DSA (lit. e)) etwa die Zusammenarbeit mit dem Koordinator für Dienste am Niederlassungsort (lit. a)), die Gewährleistung, dass alle systemischen Risiken ermittelt, ordnungsgemäß gemeldet und angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen i. S. v. Art. 35 DSA ergriffen werden (lit. b)) sowie die Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungszusagen im Rahmen der Verhaltenskodizes und Krisenprotokolle nach den Art. 45 ff. DSA.

Auch eine dieser Regelung entsprechende Vorschrift sieht das NetzDG nicht vor.

gg) Transparenzberichtspflichten, Art. 42 DSA

Neben den in Art. 15 und 24 DSA niedergelegten Transparenzberichtspflichten müssen sehr große Online-Plattformen gem. Art. 42 Abs. 2 DSA zusätzlich Angaben über die personellen Ressourcen machen, die sie für die Moderation von Inhalten für das Betreiben des Melde- und Abhilfesystems nach Art. 16 DSA und die Bearbeitung von Beschwerden von vertrauenswürdigen Hinweisgebern nach Art. 22 DSA sowie das interne Beschwerdemanagement nach Art. 20 DSA aufwenden. Ferner müssen sie die durchschnittliche monatliche Zahl der Nutzer für jeden Mitgliedstaat ausweisen, Art. 42 Abs. 3 DSA.

Spätestens drei Monate nach Eingang des Berichts der unabhängigen Prüfung gem. Art. 37 Abs. 4 DSA machen die Dienste bestimmte Unterlagen öffentlich zugänglich und übermitteln sie dem Koordinator für digitale Dienste am Niederlassungsort und der Kommission, Art. 42 Abs. 4 DSA. Hierzu zählen etwa ein Bericht über die Ergebnisse der Risikobewertung gem. Art. 34 (lit. a)), die gem. Art. 35 ermittelten und umgesetzten besonderen Abhilfemaßnahmen (lit. b)), den in Art. 37 Abs. 4 DSA genannten Prüfbericht (lit. c)) sowie den nach Art. 37 Abs. 6 DSA geforderten Bericht über die Umsetzung der Prüfergebnisse (lit. d)) und Informationen über die Konsultationen, die der Anbieter zur Unterstützung der Risikobewertungen und der Gestaltung der Risikominderungsmaßnahmen durchgeführt hat (lit. e)).

Ist eine sehr große Online-Plattform der Auffassung, dass die Veröffentlichung von Informationen gem. Abs. 4 zur Offenlegung vertraulicher Informationen des Dienstes oder der Nutzer führen, erhebliche Schwachstellen für die Sicherheit sei-

nes Dienstes verursachen, die öffentliche Sicherheit beeinträchtigen oder Nutzern schaden könnte, so kann der Anbieter diese Informationen aus den öffentlich zugänglichen Berichten entfernen, Art. 42 Abs. 5 S. 1 DSA. Dennoch übermittelt er dem Koordinator für digitale Dienste am Niederlassungsort und der Kommission die vollständigen Berichte einschließlich einer Begründung für die Entfernung der Informationen aus den öffentlichen Berichten, Art. 42 Abs. 5 S. 2 DSA.

Derartige Berichtspflichten kennt das NetzDG nicht, weil es schon die Pflichten, über die mit Art. 42 DSA berichtet werden soll, nicht kennt.

hh) Verhaltenskodizes, Art. 45 DSA

Die Kommission und das Gremium fördern und erleichtern die Ausarbeitung von freiwilligen Verhaltenskodizes auf Unionsebene, um zur ordnungsgemäßen Anwendung dieser Verordnung beizutragen. Dabei tragen sie insbesondere den besonderen Herausforderungen Rechnung, die mit der Bekämpfung verschiedener Arten illegaler Inhalte und systemischer Risiken im Einklang mit dem Unionsrecht verbunden sind, vgl. Art. 45 DSA. Eine Bindungswirkung entfalten diese Verhaltensregeln nicht, soweit die Dienste keine Verpflichtungszusage erteilt haben. Auch eine solche Regelung kennt das NetzDG nicht.

*d) Ergebnis: Sorgfaltspflichten für ein transparentes und sicheres Online-Umfeld*

Die Darstellungen zeigen, dass der DSA in seiner Grundkonzeption zum Entfernen rechtswidriger Inhalte dem NetzDG sehr ähnlich ist. Er deckt einerseits die meisten der im NetzDG enthaltenen Regelungsmechanismen ab und geht andererseits in Teilen, vor allem mit Blick auf die sehr großen Online-Plattformen sowie in Bezug auf Transparenzpflichten, über das NetzDG (und weitere deutsche Vorschriften) hinaus.

### III. Aufsicht

Die Aufsicht nach dem DSA soll knapp mit der aus § 4a NetzDG verglichen werden. Die Aufsicht über die im DSA adressierten Dienste teilt sich in eine allgemeine Aufsicht über Vermittlungsdienste (Kapitel IV Abschnitt 3 DSA.) sowie in eine über die sehr großen Online-Plattformen (Kapitel IV Abschnitt 4 DSA). Erstere übt grundsätzlich der Mitgliedstaat aus, in dem sich die Hauptniederlassung des Anbieters von Vermittlungsdiensten befindet. Der Mitgliedstaat ist ausschließlich kompetent für die Überwachung und Durchsetzung der Bestimmungen dieser Verordnung, Art. 51 Abs. 1 DSA. Hierzu stehen ihm die Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Art. 66 ff. DSA zu. Zu diesen gehören vor allem Befugnisse im Zusammenhang mit mutmaßlichen Zuwiderhandlungen, etwa Auskunfts- und Untersuchungsbefugnisse sowie die Befugnis zur Anordnung einer Einstellung von Zuwiderhandlungen und unter Umständen zur Verhängung von angemessenen



Abhilfemaßnahmen, von Geldbußen und Zwangsgeldern oder die Befugnis, einstweilige Maßnahmen zur Vermeidung der Gefahr eines schwerwiegenden Schadens zu ergreifen, vgl. Art. 51 Abs. 2 DSA. Die Mitgliedstaaten erlassen gem. Art. 52 Abs. 1 DSA Vorschriften über Sanktionen, die bei Zuwiderhandlungen der Vermittlungsdienste, die in ihre Zuständigkeit fallen, gegen diese Verordnung zu verhängen sind, und treffen alle für die Anwendung der Sanktionen im Einklang mit Art. 51 DSA erforderlichen Maßnahmen. Dabei müssen die Sanktionsvorschriften, die der Kommission mitzuteilen sind, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, Art. 52 Abs. 2 DSA.

Die Kommission verfügt dagegen über ausschließliche Befugnisse für die Überwachung und Durchsetzung der für sehr große Online-Plattformen geltenden Bestimmungen, vgl. Art. 56 Abs. 2 DSA. Soweit die Kommission noch kein Verfahren gegen eine sehr große Online-Plattform eingeleitet hat, greift die allgemeine Aufsicht durch den Mitgliedstaat der Hauptniederlassung. Er hat dann die Befugnis zur Überwachung und Durchsetzung auch der außerhalb von Kapitel III Abschnitt 4 DSA für sehr große Online-Plattformen geltenden Bestimmungen, vgl. Art. 56 Abs. 1 und 4 DSA. Die Mitgliedstaaten und die Kommission arbeiten bei der Aufsicht über die DSA-Pflichten eng zusammen, Art. 56 Abs. 5 DSA.

Um die Einhaltung der im DSA festgelegten Pflichten der sehr großen Online-Plattformen zu untersuchen, kann die Kommission die in den Art. 66 ff. DSA festgelegten Untersuchungsbefugnisse bereits ausüben, bevor sie ein Verfahren gem. Art. 66 Abs. 2 DSA einleitet. Sie kann diese Befugnisse entweder von Amts wegen oder auf gesonderten und hinreichend begründeten Antrag durch einen Koordinator gem. Abs. 2 und 3 aus Gründen der Annahme, dass ein Anbieter gegen die besonderen Regelungen für sehr große Online-Plattformen (Kapitel III Abschnitt 4) verstoßen hat oder systematisch gegen Pflichten des DSA verstößt und diese Zuwiderhandlungen schwerwiegende Auswirkungen auf den Nutzer in seinem Mitgliedstaat hat, ausüben, Art. 65 Abs. 1 und 2 DSA.

Zu den Untersuchungsbefugnissen zählen diejenigen, die den Koordinatoren für Online-Plattformen zustehen. Sie sind jedoch extensiver ausgestaltet und teils durch eigene Sanktionsmechanismen bei Verstößen mitwirkungspflichtiger Personen abgesichert (vgl. Auskunftsrecht aus Art. 67 DSA; Befugnis zur Befragung und Aufnahme von Aussagen, Art. 68 DSA; zur Durchführung von Nachprüfungen, Art. 69 DSA). Zur Durchsetzung der DSA-Pflichten kann die Kommission einstweilige Maßnahmen anordnen (Art. 70 DSA) und darüber hinaus die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die wirksame Umsetzung und Einhaltung des DSA durch sehr große Online-Plattformen zu überwachen, Art. 72 Abs. 1 DSA. Verstößt eine sehr große Online-Plattform gegen die einschlägigen Bestimmungen des DSA, angeordnete einstweilige Maßnahmen oder die von der Plattform erfolgten Verpflichtungszusagen, kann die Kommission einen Beschluss erlassen, der der Plattform zu ergreifende Maßnahmen auferlegt, Art. 73 Abs. 1 und 3 DSA. In diesem Beschluss kann die Kommission zudem Geldbußen (Art. 74 DSA) festsetzen, wenn

die Plattform schuldhaft – vorsätzlich oder fahrlässig – gegen die DSA-Pflichten verstößt oder einer angeordneten einstweiligen Maßnahme nach Art. 70 DSA oder einer Verpflichtungszusage nicht nachkommt. Ein Verhängen von Zwangsgeldern ist möglich, wenn sich die Plattform einer Untersuchungsanordnung nach Art. 66 ff. DSA widersetzt, vgl. Art. 76 DSA.

Die Kommission kann zur Vorbereitung des Erlasses von Beschlüssen, die auf die Vornahme erforderlicher Maßnahmen bei Nichteinhaltung der DSA-Pflichten (Art. 73 DSA) oder zur Verhängung von Geldbußen (Art. 74 DSA) gerichtet sind, Verfahren gegen Plattformen einleiten, wenn diese in Verdacht stehen, gegen Bestimmungen des DSA verstoßen zu haben, Art. 66 Abs. 1 DSA. In diesem Fall hat die Plattform einen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Akteneinsicht, Art. 79 DSA.

Die Rechtaufsicht über die Einhaltung der NetzDG-Vorschriften durch die vom NetzDG erfassten Dienste übt nach § 4a Abs. 1 i. V. m. § 4 NetzDG zentriert das Bundesamt für Justiz aus. Es kann gem. § 4a Abs. 2 S. 1 und 2 NetzDG vor allem die erforderlichen Maßnahmen gegenüber dem Netzwerk und Videosharing-Dienst anordnen, um die Verstöße abzustellen. Dabei verfügt die Behörde unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO über die Möglichkeit, eine Maßnahme zur sofortigen Vollziehung anzuordnen. Ferner kann sie Maßnahmen mittels Verwaltungszwang durchsetzen. Nach § 4a Abs. 3 S. 1 NetzDG erteilen die adressierten Dienste auf Verlangen der Behörde Auskunft über die ergriffenen Maßnahmen sowie weitere Tatsachen, die aber nicht der Ermittlung von Verstößen dienen. Das Bundesamt kann nach § 4 Abs. 5 NetzDG Zeugen vernehmen und gem. § 4 Abs. 2 NetzDG Bußgelder bei Verstößen gegen die NetzDG-Pflichten verhängen.

## IV. Grundrechte-Charta

Da der DSA als Verordnung zu unmittelbar geltendem Recht in den Mitgliedstaaten wird, müssen die Fachgerichte bei Auslegung und Anwendung seiner Vorschriften die Unionsgrundrechte der GrCh administrieren, soweit das Unionsrecht keine Öffnungsklauseln vorsieht, die den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume zubilligt.<sup>1722</sup> Bei Löschentscheidungen sind vor allem die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 11 GrCh mit den widerstreitenden Interessen der von einer Aussage Betroffenen in Ausgleich zu bringen. Hauptanwendungsbereich sind das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GrCh und die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GrCh.<sup>1723</sup>

<sup>1722</sup> Vgl. nur BVerfGE 152, 216, 236 ff. Rn. 50 ff. – Recht auf Vergessen II.

<sup>1723</sup> Vgl. ebd., S. 254 Rn. 98, S. 256 Rn. 102 – Recht auf Vergessen II.

## V. Inkrafttreten und Geltung, Art. 93 DSA

Der DSA ist gem. Art. 93 Abs. 1 am zwanzigsten Tag nach Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft getreten, gilt aber gem. Art. 93 Abs. 2 DSA grundsätzlich erst ab dem 17. Februar 2024, wobei die Art. 24 Abs. 2, 3 und 6 DSA, Art. 33 Abs. 3–6 DSA, Art. 37 Abs. 7 DSA, Art. 40 Abs. 13 DSA und Kapitel IV Abschnitte 4, 5, und 6 jedoch bereits seit dem 16. November 2022 gelten. Die obigen Ausführungen zum NetzDG verlieren ihre Bedeutung in Bezug auf die kleineren oder nicht benannten sehr großen Netzwerke und Videosharing-Dienste bis zum 17. Februar 2024 nicht.

Für Anbieter sehr großer Online-Plattformen, die gem. Art. 33 Abs. 4 DSA benannt wurden, gilt der DSA wiederum bereits vier Monate ab dem Datum nach der Mitteilung der Kommission an den betreffenden Anbieter i. S. d. Art. 33 Abs. 6 DSA, wenn dieses Datum vor dem 17. Februar 2024 liegt, Art. 92 DSA. Die Kommission hat in ihrer Pressemitteilung vom 25. April 2023 erstmals 17 sehr große Online-Plattformen – hierunter etwa *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* und *YouTube* – benannt, so dass für diese die Vorschriften des DSA mit Ablauf des 25. August 2023 gelten.<sup>1724</sup>

## VI. Evaluation: Digital Services Act

Abschließend lässt sich positiv hervorheben, dass der DSA nunmehr eine erforderliche einheitliche europäische Regulierung für die grenzenlos agierenden Vermittlungsdienste darstellt. Fortschrittlich ist dabei der weitgehende persönliche und sachliche Anwendungsbereich des DSA.<sup>1725</sup> So bildet die europäische Rechtsvereinheitlichung für die grenzüberschreitend angebotenen Intermediärdienste nach dem Marktortprinzip ein deutlich effektiveres Mittel zur Bekämpfung rechtswidriger Inhalte im Internet als jede nationale Gesetzgebung, die schon aufgrund des unionsrechtlichen Herkunftslandprinzips gehemmt ist. Denn nach dem Herkunftslandprinzip durfte jeder Herkunftsstaat seine eigenen Regeln für die dort jeweils sitzenden Dienste der Informationsgesellschaft setzen.<sup>1726</sup>

<sup>1724</sup> KOM, Pressemitteilung vom 25. April 2023, IP/23/2413.

<sup>1725</sup> So auch schon BR-Drs. 96/21B, Nr. 13; *Spindler*, GRUR 2021, S. 548; *Eisenreich*, RD 2021, S. 290.

<sup>1726</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3 ECRL“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

## 1. Einheitliche statt einzelstaatliche Regulierung der Anbieter nach dem Marktortprinzip

Dass der DSA auf das Prinzip der privaten Rechtsdurchsetzung setzt, ist schon deshalb konsequent und auch geboten, weil etwa Aufsichtsbehörden die unüberschaubare Vielzahl neuentstehender Nutzerinhalte nicht vergleichbar wirksam durchsuchen und rechtswidrige Inhalte entfernen können.<sup>1727</sup> Während die Aufsichtsbehörden zum einen überhaupt erst einmal Zugang zu den Daten der Dienste und bei den umfassenden Regelungen des DSA zum anderen auch erhebliche personelle Ressourcen benötigen, haben die Vermittlungsdienste selbst den ersten Zugriff auf geteilte Inhalte und können rechtswidrige Inhalte daher deutlich schneller und – unter Zuhilfenahme automatisierter Hilfsmittel in angemessenem Maße<sup>1728</sup> – ressourcenschonender entfernen.

Indem der DSA die erfassten Dienste nunmehr selbst dem Marktortprinzip unterstellt, können sich Anbieter den Regeln – schon mit Blick auf die Größe und wirtschaftliche Bedeutung des europäischen Binnenmarktes – nicht mehr widersetzen.<sup>1729</sup> Der DSA fügt die zum Teil unionsrechtswidrigen nationalen Einzelregulierungen, in Deutschland etwa aus dem NetzDG und § 93 i. V. m. § 1 Abs. 8 S. 1 MStV, zu einem einheitlichen Regulierungskonzept zusammen.

## 2. Der „Etikettenschwindel“ der Regulierung in Bezug auf „Fake News“

Weiter bezieht der DSA alle Vermittlungsdienste ein, nicht bloß soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste, und begreift illegale Inhalte sehr extensiv als jedweden Inhalt, der gegen Unionsrecht oder das Recht eines Mitgliedstaates verstößt. Die Mitgliedstaaten bestimmen also weitgehend darüber, welche Inhalte rechtswidrig sind und entfernt werden müssen. Daraus folgt, dass Anbieter die im Binnenmarkt abrufbaren Inhalte sowohl am Maßstab des Unions- als auch des nationalen Rechts messen müssen, was zunächst für einen weitreichenden Schutz der Rechtspositionen der mit Inhalten konfrontierten Nutzer streitet.

Gleichwohl ergeben sich hieraus zwei wesentliche Probleme: Erstens dürfte es die Vielzahl der sich in ihren Einzelheiten unterscheidenden mitgliedstaatlichen Bestimmungen und Rechtsprechungslinien zu der Frage, welche Inhalte rechtswidrig sind, den Anbietern stark erschweren, darüber zu entscheiden, selbst wenn sich bereits ein Großteil dessen, was rechtswidrig ist, auf rechtsvereinheitlichende europäische Rechtsakte zurückführen lässt.<sup>1730</sup> Insoweit dreht der DSA die Regulierungs-

<sup>1727</sup> Vgl. *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 116; *Eisenreich*, ebd., S. 291.

<sup>1728</sup> Siehe sogleich Abschnitt „Die Lücke für ein „Overblocking“ durch den zugelassenen Einsatz automatisierter Mittel“ unter Punkt F. VI. 5. d) und Abschnitt „Uploadfilter“ und Filtersoftware“ unter Punkt G. III. 6.

<sup>1729</sup> *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 116.

<sup>1730</sup> Ebd., S. 119.

logik der ECRL, die Rechtssicherheit im Binnenmarkt schaffen wollte, indem sie einheitliche Regeln durch den Herkunftsstaat der Dienste garantierte, zugunsten von Rechtssicherheit für die Nutzer um.<sup>1731</sup>

Kehrseite des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit ist indes, dass große Teile der Desinformationsverbreitung, etwa solche, die demokratische Prozesse beeinträchtigen können, entgegen der Intention des europäischen Gesetzgebers nicht erfasst und der Kampf gegen „Fake News“ nur bedingt optimiert wird. Denn strafbewährte „Fake News“ mussten ohnehin, selbst wenn sie keine rechtswidrigen Inhalte nach § 1 Abs. 3 NetzDG darstellten, bereits nach der Allgemeinen Störerhaftung entfernt werden. Der einzige Vorteil ist, dass die Dienste ein entsprechendes Nutzerbeschwerdemanagement vorhalten müssen, dem jedwede rechtswidrigen Inhalte unterstehen und nicht – wie nach § 1 Abs. 3 NetzDG – nur bestimmte. Dennoch bleibt es auch im Rahmen des nach Art. 16 DSA vorzuhaltenden Beschwerdemanagements bei dem bisherigen reaktiven Verfahren, bis zu dessen Ausgang die nicht gelöschten, strafrechtlich relevanten „Fake News“ abrufbar bleiben. Nutzer, die sich ihre Meinung durch erstmalige Konfrontation mit „Fake News“ gebildet haben, werden nicht deshalb ihre Meinung ändern, weil der Inhalt im Wege der Abhilfe gelöscht wird. In aller Regel wird die Löschung für die rezipierenden Nutzer, die weder den Inhalt geäußert noch die Beschwerde beim jeweiligen Dienst führen, nicht erkennbar sein und damit unbemerkt bleiben. Es entstehen „Primacy Effects“.<sup>1732</sup> Bis zu ihrem Löschen können die Inhalte weiterverbreitet werden. Der durch Wiederholen von Desinformation entstehende gesellschaftliche „Illusory Truth Effect“ korrigiert sich durch ein bloß nachträgliches Löschen ebenfalls nicht von selbst. Eine Pflicht, die es vorsähe, Rezipienten eines rechtswidrigen desinformativen Inhalts nach seinem Löschen hierauf hinzuweisen, lässt der DSA vermissen.

Insoweit lässt sich folgern, dass der dem NetzDG zurecht in Bezug auf die Bekämpfung von „Fake News“ vorgeworfene „Etikettenschwindel“<sup>1733</sup> in ähnlichem Maße auch dem DSA anhaftet. Denn auch der DSA adressiert die Bekämpfung von „Fake News“ entgegen der Erwägungen des europäischen Gesetzgebers nicht gezielt.<sup>1734</sup> Denn der europäische Gesetzgeber bezweckte mit dem DSA, ein sicheres Online-Umfeld zu schaffen und hatte hierzu vor allem der Verbreitung von Desinformation den Kampf angesagt (vgl. Art. 34 Abs. 1 S. 3 lit. c) DSA i. V. m. Erwägungsgrund 82 sowie die Erwägungsgründe 9, 69, 83 f., 88, 95, 104, 106, 108). An dieser Stelle kann sich der europäische Gesetzgeber dem Vorwurf einer gewissen Symbolpolitik nicht erwehren.

<sup>1731</sup> Siehe zur früheren Regulierungslogik schon den Abschnitt „Herkunftslandprinzip, Art. 3 Abs. 2“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii) (2).

<sup>1732</sup> Zum sog. „Primacy Effect“ siehe den Abschnitt „Wirkungszusammenhang von Erstinformation und Meinungsbildung“ unter Punkt B. III. 2.

<sup>1733</sup> Siehe Abschnitt „Etikettenschwindel“: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“ unter Punkt E. V. 3.

<sup>1734</sup> So auch *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 627.

### 3. Die zwei Seiten der Medaille der Ko-Regulierung bei unzureichend gesetzten Maßstäben

Der DSA setzt offen auf die Ko-Regulierung durch die Dienste. Dies zeigt sich vor allem darin, dass die Dienste von Gesetzes wegen die Möglichkeit haben, bestimmte Inhalte über Gemeinschaftstandards – unter Wahrung der Unionsgrundrechte – auszuschließen. Hierzu ermächtigt Art. 14 DSA, der – anders als das NetzDG – Vorgaben für ein Löschen nach den Gemeinschaftstandards setzt. Von diesen Gemeinschaftstandards können etwa rechtmäßige, aber diskurschädigende Äußerungen wie „Fake News“ erfasst sein. Ein solches Vorgehen bleibt weitgehend fakultativ im Belieben der Dienste.

Mangels vorhandener gesetzlicher Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung von Gemeinschaftstandards musste sich der BGH im Jahr 2021 in zwei Entscheidungen mit der Zulässigkeit von Löschvorgängen auf Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auseinandersetzen und stellte konkrete Maßstäbe auf.<sup>1735</sup> Art. 14 DSA adressiert die in der nationalen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Inhaltmoderation nach Gemeinschaftstandards diskutierten Probleme indes für die privaten Dienste wenig nachvollziehbar. Art. 14 Abs. 4 DSA schreibt bloß vor, dass bei der Entfernung von Inhalten auf Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorzugehen ist. Ob die Privaten von dieser Maßgabe darauf schließen können, welche Anforderungen sie dabei tatsächlich erfüllen müssen, darf bezweifelt werden.<sup>1736</sup> Schließlich wird den Privaten hier eine Grundrechtsabwägung aufgebürdet, ohne dass der DSA besondere Anhaltspunkte dafür gibt, an welchen Maßstäben sich diese Abwägung zu orientieren hat.

Konkrete Maßstäbe setzt der DSA weder an die Gemeinschaftstandards noch an ihre Durchsetzung. Die Vorgaben im Zusammenhang mit Gemeinschaftstandards hätten vielmehr – wie bereits oben erörtert<sup>1737</sup> – verständlich ausformuliert werden

<sup>1735</sup> Siehe BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 80; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 92. Zur praktisch umstrittenen Frage der Grundrechtsbindung der Dienstanbieter siehe bejahend OLG München MMR 2021, 71, 73 Rn. 65; 79, 82 Rn. 74; MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3119, 3120 Rn. 21; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 20, Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32. Ablehnend dagegen OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Brandenburg GRUR-RS 2020, 35273 Rn. 12 f.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Bamberg GRUR-RS 2020, 38642 Rn. 39 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff. Siehe zum Ganzen Abschnitt „Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste durch sog. Community Standards“ unter Punkt E. IV.

<sup>1736</sup> *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 635.

<sup>1737</sup> Siehe Abschnitt „(Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen“ unter Punkt E. IV. 6.

sollen, um ein übermäßiges Löschen nach den Gemeinschaftstandards unter Verletzung der Kommunikationsfreiheiten und vorbei am DSA zu verhindern. Im Anschluss an die Privaten werden die Fachgerichte die Regelungen anhand der Unionsgrundrechte auslegen und richterrechtlich – unter Umständen durch den EuGH – konkretisieren müssen, was grundrechtlich nicht befriedigt.<sup>1738</sup>

#### 4. Das Bedürfnis nach einem umfassenden gestuften Regulierungssystem

Begrüßenswert ist, dass der DSA nunmehr alle Vermittlungsdienste einer gestuften Regulierung unterzieht, die nach nationalen Bestimmungen einem Konsortium unterschiedlicher Regelungsbereiche unterstand. Denn insbesondere auch Messenger-Dienste mit offenen Gruppen wie der Dienst *Telegram* haben sich zuletzt als besonders gefährlich erwiesen.<sup>1739</sup>

Dass die besonders meinungsrelevanten sehr großen Online-Plattformen erhöhten Pflichten ausgesetzt sind, ist nur konsequent. Dazu, warum eine besonders hohe Meinungsrelevanz aber erst ab 45 Mio. aktiven Nutzern gegeben sein soll, verhält sich der DSA auch in seinen Erwägungsgründen nicht. Jedenfalls die populären Netzwerke wie *Facebook*, *Instagram* und *Twitter* sowie Videosharing-Dienste wie *YouTube* oder *TikTok* überschreiten derweil diesen Schwellenwert.<sup>1740</sup> Alle anderen Dienste könnten den Wert künftig ebenfalls überschreiten. Das bedeutet, dass die wegen Art. 24 Abs. 2 DSA zu veröffentlichenden Informationen über die Zahlen der durchschnittlich monatlich aktiven Nutzer der Online-Plattformen in Zukunft stets von besonderer Bedeutung sein werden.

#### 5. Melde- und Abhilfeverfahren – Fluch und Segen?

##### a) Pflicht auch für kleine und spezifische Vermittlungsdienste

Erfreulich ist, dass für die Löschpflicht nach Art. 16 DSA – anders als im NetzDG wegen § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG – nicht mehr danach differenziert wird, ob es sich bei der Online-Plattform um eine solche zur Verbreitung spezifischer Inhalte, etwa ein Berufsnetzwerk, handelt. Denn die Löschpflicht stellt eine Basispflicht dar, die für alle Vermittlungsdienste gilt. Deshalb müssen auch etwa Kleinst- und Kleinunternehmen – anders als nach § 1 Abs. 2 NetzDG – ein Melde- und Abhilfeverfahren einrichten und Begründungspflichten erfüllen. Auch ihre Reichweite auf andere Personen und ihre Wirkung auf die Meinungsbildung dürfen nicht unterschätzt werden. Im Übrigen scheint die Unterscheidung für sehr große Online-

<sup>1738</sup> Vgl. nur BVerfGE 152, 216 (236 ff.) Rn. 50 ff. – Recht auf Vergessen II mit Verweisen auf die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten. *Paulus*, in: Voßkuhle/Huber, GG I, Art. 5 Rn. 388z.

<sup>1739</sup> Vgl. SWR, Warum ist Telegram so gefährlich?, auf: SWR.de, Artikel vom 3. Februar 2022.

<sup>1740</sup> Vgl. KOM, Pressemitteilung vom 25. April 2023, IP/23/2413; *Roth*, Nutzerzahlen, Highlights, Umsätze, auf: Allfacebook.de, Beitrag vom 29. April 2021; *Waterworth*, Danke für 100 Million Nutzer\*innen in Europa, auf: TikTok.com, Beitrag vom 14. September 2020.



Plattformen konsequent, weil der DSA nach aktiven Nutzern differenziert. Eine Differenzierung nach registrierten, aber unter Umständen inaktiven Nutzerprofilen ist insoweit missbrauchsanfälliger. Zudem macht es der Benennungsakt durch die Kommission nachvollziehbar, welche Dienste den gesteigerten Pflichten der sehr großen Online-Plattformen unterstehen.

#### *b) Vorstöße bei der Beschwerdebearbeitung*

Einen erfreulichen Vorstoß wagt der DSA mit Art. 9 und Art. 22, indem Netzwerke und Videosharing-Dienste auf behördliche Anordnung Löschungen oder auf Meldung durch vertrauliche Hinweisgeber eine beschleunigte Prüfung der Beschwerde vornehmen. Diese Regel ist sinnvoll, um Inhalte noch schneller entfernen zu können, als es das NetzDG fordert, dem solche Regelungen grundsätzlich fremd sind. Das NetzDG ermöglicht Löschungen nach behördlicher Anordnung nur bei terroristischen Inhalten, vgl. § 1 Abs. 2a S. 2 NetzDG.<sup>1741</sup>

#### *c) Vereinfachte und verbesserte Meldewege*

Zu begrüßen ist, dass mit Art. 16 DSA – ähnlich wie mit § 3 Abs. 1 NetzDG – die Meldewege im Verhältnis zur ECRL vereinheitlicht und erleichtert wurden, indem er ein benutzerfreundliches und von den Vermittlungsdiensten bereitzuhaltendes Verfahren vorsieht. Die ECRL ließ dagegen vorher offen, wie ein rechtswidriger Inhalt bei einem „Host-Provider“ gemeldet und ihm zur Kenntnis gebracht werden kann sowie die Frage, wie mit der Meldung umzugehen ist. Der DSA baut in vergleichbarer Weise auf dem in Deutschland etablierten Compliance-System des NetzDG auf, scheint jedoch in Teilen weniger scharf zu sein. So verlangt etwa das Lösungsverfahren – anders als § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 NetzDG – nur ein zeitnahes Vorgehen und nicht ausdrücklich eine unverzügliche Kenntnisnahme einer Beschwerde und auch kein Löschen des gemeldeten Inhalts innerhalb einer bestimmten Frist, vgl. Art. 16 Abs. 6 DSA.

Allerdings macht Art. 16 Abs. 3 DSA deutlich, dass mit der Übermittlung der Beschwerde von der Kenntnisnahme von rechtswidrigen Inhalten auszugehen ist, wenn der Anbieter die Rechtswidrigkeit ohne eingehende rechtliche Prüfung feststellen kann. Dies führt dazu, dass der Anbieter implizit gezwungen wird, Beschwerden unverzüglich zu bearbeiten, da ihm ansonsten eine Haftung drohen könnte. Dieser Mechanismus, der durch eine schnellere Kenntnisnahme der Beschwerde einen Schritt früher ansetzt als noch Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL, folgt also dem Ansatz des NetzDG (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NetzDG).<sup>1742</sup>

Auch wenn das Abhilfeverfahren aus Art. 16 DSA anders als § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG keine ausdrücklichen Löschfristen und keine Abstufung zwischen offensichtlich rechtswidrigen und rechtswidrigen Inhalten beinhaltet, steht zu

<sup>1741</sup> Vgl. zur Intention des Gesetzgebers in Bezug auf § 1 Abs. 2a NetzDG nur BT-Drs. 20/2162, S. 5.

<sup>1742</sup> Vgl. zum NetzDG BT-Drs. 18/12356, S. 22.

erwarten, dass sich die Zeiträume von der Meldung bis zum Entfernen eines rechtswidrigen Inhalts im Vergleich der beiden Gesetze kaum unterscheiden werden.<sup>1743</sup> Denn wie schon zum NetzDG festgestellt, muss der adressierte Dienstbetreiber einen rechtswidrigen Inhalt stets unverzüglich nach Kenntnisnahme löschen: Offensichtlich rechtswidrige Inhalte muss er unmittelbar entfernen, weil ihnen die Rechtswidrigkeit „auf die Stirn geschrieben“ steht; andere Inhalte muss er unverzüglich löschen, sobald ihre Rechtswidrigkeit festgestellt ist, wobei er zur Bearbeitung in der Regel sieben Tage Zeit hat.<sup>1744</sup> Diese Pflicht statuiert das NetzDG auf Grundlage seines novellierten, erweiterten Beschwerdebegriffs aus § 1 Abs. 4 NetzDG<sup>1745</sup> implizit sogar für die nicht von den Löschpflichten des NetzDG erfassten Inhalte. Denn auch wenn sich das Abhilfeverfahren aus § 3 NetzDG anders als Art. 16 DSA auf bestimmte illegale Inhalte beschränkt (§ 1 Abs. 3 NetzDG), fällt nach dem NetzDG-Beschwerdebegriff – wie auch nach Art. 16 DSA – zunächst jeder beanstandete Inhalt unter das Beschwerdemanagement des NetzDG, so dass im Falle der Kenntnis der Rechtswidrigkeit auch eines nicht dem NetzDG unterstehenden Inhalts die „Host-Provider“-Haftung nach Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL (künftig: Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSA) eingreift. Positiv ist gleichwohl anzumerken, dass der DSA die Dualität der deutschen Löschregime (NetzDG und Allgemeine Störerhaftung) nun zu einer Einheit zusammenfügt.

*d) Die Lücke für ein „Overblocking“ durch den zugelassenen Einsatz automatisierter Mittel*

Der zunächst geäußerten Kritik, das Meldesystem des DSA leiste einem „Overblocking“ Vorschub, ist der Unionsgesetzgeber zwar entgegengetreten, indem er den Zusatz einfügte, dass eine Kenntnisnahme von rechtswidrigen Inhalten nur besteht, wenn ein sorgfältig handelnder Anbieter ohne eingehende rechtliche Prüfung feststellen kann, dass der Inhalt rechtswidrig ist.<sup>1746</sup> Jedoch ermöglicht der Umkehrschluss aus Art. 16 Abs. 6 S. 2 DSA den Einsatz automatisierter Mittel, etwa Filtersoftware, zur Bearbeitung von Meldungen und der Vornahme von Löschungen. Anders als Entscheidungen im internen Beschwerdeverfahren nach Art. 20 Abs. 6 DSA wird eine Entscheidung im Meldeverfahren allein auf Grundlage automatisierter Mittel nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil muss sie lediglich in der Begründung zur Löschung kenntlich gemacht werden. Die bloße Offenlegung des Einsatzes automatisierter Mittel schwächt die Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit jedoch nicht

<sup>1743</sup> Anders *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 635.

<sup>1744</sup> Siehe Abschnitt „*Etikettenschwindel*“: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“ unter Punkt E. V. 3.

<sup>1745</sup> Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. I, S. 441.

<sup>1746</sup> Ähnlich *Eisenreich*, RD i 2021, S. 291. Dagegen noch *Kaesling*, ZUM 2021, S. 179; *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 635. Für den Zusatz siehe nur den Vergleich der hier skizzierten Fassung von Art. 14 DSA zur Fassung in COM(2020) 825 final.

ab. Eine Anhörung des Betroffenen wird ebenfalls nicht ausdrücklich angeordnet. Diese Umstände bedingen die realistische Gefahr eines „Overblockings“ und damit für die Ausübung der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 11 GrCh. Denn eine Filtertechnik kann unabhängig davon, wie viele Trainingsdaten ihr zugrunde liegen, keine kontextbezogene Auslegung konkret geäußerter Inhalte leisten, die aber für die Sinnermittlung und damit für die rechtliche Qualifikation einer Äußerung und die Beschränkung der Meinungsfreiheit zwingend geboten ist.<sup>1747</sup> Grundrechtskonforme Abwägungen können Algorithmen nicht leisten.<sup>1748</sup> Um eine der Meinungsfreiheit entsprechende Löschung vorzunehmen, dürfte die Filtersoftware allenfalls als Hilfestellung bei der Bearbeitung der Nutzermeldungen durch einen Menschen dienen. Hier hätte der europäische Gesetzgeber einen entsprechenden Zusatz schaffen müssen, um die Kommunikationsfreiheiten angemessen zu schützen. Der bloße Hinweis in Erwägungsgrund 51 DSA, dass Löschungen erfolgen sollen, ohne die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit der Nutzer übermäßig zu beeinträchtigen, reicht hierzu nicht.

Das NetzDG schließt den Einsatz automatisierter Mittel bei der Beschwerdebearbeitung dagegen aus. Das NetzDG spricht an verschiedenen Stellen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2, § 5a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 5 NetzDG) davon, dass Dienstbetreiber Transparenz und Auskünfte an Forscher gewährleisten sollen hinsichtlich der Art und Funktionsweise von gegebenenfalls eingesetzten Verfahren zur automatisierten Erkennung von Inhalten, die entfernt oder gesperrt werden sollen, einschließlich allgemeiner Angaben zu verwendeten Trainingsdaten und zu der Überprüfung der Ergebnisse dieser Verfahren durch den Anbieter. Dies schließt den Einsatz automatisierter Mittel aber noch nicht aus, selbst wenn es nach dem Wortlaut der Vorschriften scheint, als sollten automatisierte Mittel allenfalls für die Erkennung und nicht für die Letztentscheidung über das Löschen eines Inhalts verwendet werden dürfen. Jedoch ergibt sich aus dem im Zuge der Novelisierung des NetzDG 2021 eingeführten Gegenvorstellungsverfahren<sup>1749</sup> und seiner vorausgesetzten plattforminternen Devolution im Umkehrschluss, dass die Letztentscheidung des Entfernens eines Inhalts im Rahmen einer ursprünglichen Entscheidung eine Person treffen muss, vgl. § 3b Abs. 2 Nr. 3 NetzDG. Denn im Gegenvorstellungsverfahren darf nur grundsätzlich eine mit der ursprünglichen Entscheidung nicht befasste Person die ursprüngliche Entscheidung überprüfen.

<sup>1747</sup> Siehe schon Abschnitt „Sinnermittlungsebene: Meinungsfreundliche, kontextbezogene Auslegung“ unter Punkt D. III. 1. d). Vgl. *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, S. 2529.

<sup>1748</sup> Vgl. *Kraetzig/Lennartz*, ebd.

<sup>1749</sup> Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 3. Juni 2021 (NetzDGÄndG), BGBl. 2021 I, S. 1436.

## 6. Begrüßenswerte Begründungspflicht

Ferner fällt die in Art. 17 DSA verankerte Begründungspflicht des Vermittlungsdienstes gegenüber den Nutzern nach einer Entscheidung umfangreicher als die bloß allgemein gehaltene nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 NetzDG. Dies ist positiv für den Nutzer, weil es die Nachvollziehbarkeit einer Entscheidung im Vergleich zur nach dem NetzDG möglichen Begründung in *Multiple-Choice*-Form steigern wird. Dies stützt die Kommunikationsfreiheit des Nutzers auch noch nachträglich ab. Denn er kann sich anschließend etwa mit dem internen Beschwerdeverfahren oder der außergerichtlichen Streitschlichtung gegen ein Entfernen unter der ausführlichen Begründung zur Wehr setzen, um eine Wiederherstellung seines unter Umständen unzulässig gelöschten Inhalts zu erreichen. Denn aus der Begründung, die auch die Tatsachengrundlage angeben muss (Art. 17 Abs. 3 lit. a)), dürfte klarwerden, ob der Dienst den Äußerungssinn korrekt ermittelt hat.

## 7. Bloß ein in zeitlicher Hinsicht verbesserter Rechtsschutz

Weiter legt der DSA mit dem internen Beschwerdeverfahren (Art. 20 DSA) und den außergerichtlichen Streitbelegungsverfahren (Art. 21 DSA) einen verbesserten Rechtsschutz an, der indes nicht weit von dem des NetzDG abweicht. Auch nach dem NetzDG bestehen nach §§ 3b, 3c, 3f vergleichbare Verfahren in Form von Gegenvorstellungs- und außergerichtlichen Schlichtungsverfahren und das – anders als nach Art. 19 DSA – sogar für kleine Dienste i. S. d. § 1 Abs. 2 NetzDG. Dagegen ist die von Art. 20 Abs. 1 und 2 DSA aufgestellte Beschwerdefrist von sechs Monaten deutlich länger als die zweiwöchige aus § 3b Abs. 1 NetzDG. Es bleibt aber die Frage erlaubt, ob die von einer – auch nicht vorgenommenen – Löschtscheidung der Online-Plattformen betroffenen Nutzer tatsächlich noch über die Zwei-Wochen-Grenze hinaus gegen die Entscheidung vorgehen wollen. Hierbei dürfte es sich eher um Ausnahmekonstellationen handeln. Dennoch bleibt nunmehr auch in diesen Fallgestaltungen die Möglichkeit erhalten, sich gegen eine Entscheidung zu wehren, was positiv zu werten ist.

Weiter ist zu befürworten, dass die Beschwerde nicht bloß mit automatisierten Mitteln geprüft werden darf (Art. 20 Abs. 6 DSA). Eine automatisierte Überprüfung ist auch nach der Parallelvorschrift aus § 3b NetzDG wegen der grundsätzlich angeordneten plattforminternen Devolution nicht möglich, vgl. § 3b Abs. 2 Nr. 3 NetzDG.

Unklar ist – anders als bei der außergerichtlichen Streitbeilegung nach Art. 21 Abs. 1 S. 3 DSA – jedoch, ob der Nutzer statt des Beschwerdeverfahrens auch in einem gerichtlichen Verfahren gegen die Entscheidung des Dienstes vorgehen kann. Eine entsprechende Anordnung wäre zumindest aus Klarstellungsgründen wünschenswert.<sup>1750</sup> Eine solche Klarstellung enthält dagegen § 3b Abs. 4 NetzDG. Art. 20 Abs. 5 DSA setzt bloß die Pflicht, den Nutzer nach seiner Entscheidung

<sup>1750</sup> Vgl. *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 635.

im Gegenvorstellungsverfahren auf statthafte Rechtsbehelfe hinzuweisen. Nichtsdestoweniger dienen auch diese Verfahren der Absicherung der Kommunikationsfreiheit auf Online-Plattformen. Denn mit ihnen kann eine Wiederherstellung eines unzulässig entfernten Inhalts erreicht werden, vgl. Art. 20 Abs. 4 S. 2 DSA.

Dabei ist das Beschwerdeverfahren kostenlos, während der Nutzer bei der außergerichtlichen Streitbeilegung in Vorleistung gehen müsste und die Kosten im Falle seines „Obsiegens“ zurückerstattet bekäme, Art. 21 Abs. 5 DSA. Die Vorleistungspflicht und die grundsätzliche Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens dürften den Nutzer regelmäßig abschrecken, diese Rechtschutzform zu bemühen.<sup>1751</sup> Die außergerichtliche Streitbeilegung ist hingegen wegen Art. 21 Abs. 2 S. 2 DSA etwas verbindlicher ausgestaltet als die insgesamt freiwillige Streitbeilegung nach § 3c und § 3f NetzDG.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass das interne Beschwerdeverfahren in sachlicher Hinsicht hinter dem Gegendarstellungsverfahren nach dem NetzDG zurückbleibt. So können Gegenvorstellungen nach dem NetzDG etwa auch nach proaktiven Löschentscheidungen ohne Nutzermeldung erfolgen. Ferner setzt das NetzDG mit seiner grundsätzlich angeordneten plattforminternen Devolution eine klare Verfahrensvorgabe zugunsten einer willkürfreien Entscheidungsüberprüfung. Die entsprechende Umsetzung zugunsten einer von Art. 20 Abs. 4 DSA vorausgesetzten willkürfreien Entscheidung lässt der DSA dagegen offen.

## 8. „Transparenzüberdruck“ durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Ferner ist der DSA geprägt von dem Willen, eine exzessiv-lückenlose Transparenz herzustellen, indem Dienste weitreichende Informationen ihrer Funktionslogik preisgeben sollen. Hierfür bestimmt der DSA maßgeblich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese sollen beispielhaft Angaben enthalten zu allen Leitlinien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeugen, die zur Moderation von Inhalten eingesetzt werden. Dies schließt sowohl Angaben über die algorithmische Entscheidungsfindung und die menschliche Überprüfung ein als auch Angaben über die Verfahrensregeln für das interne Beschwerdemanagementsystem, über die Regeln für den Umgang mit der missbräuchlichen Verwendung des Dienstes, über die wichtigen Parameter, die in ihren Entscheidungssystemen verwendet werden, sowie über die Möglichkeiten für Nutzer, diese Parameter zu ändern, vgl. Art. 14 Abs. 1, Art. 23 Abs. 4, Art. 27 Abs. 1 DSA. Aus dieser Fülle an Zusatzinformation zu den ohnehin schon von den Anbietern gestrickten Vertragsbedingungen kann leicht eine Art „Transparenzüberdruck“ entstehen, der das Gegenteil von der intendierten Transparenz erreicht.<sup>1752</sup> Die Transparenzpflichten aus § 93 MStV verpflichten zwar ebenfalls zur Offenlegung der Kriterien für die Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten sowie ihrer Gewichtung. Jedoch bleibt es bei dieser im Vergleich zu den im DSA gemachten Vorgaben recht überschaubaren Verpflichtung. Nach dem

<sup>1751</sup> Ebd.

<sup>1752</sup> Ähnlich ebd.; *Kuß/Lehmann*, DB 2021, S. 609. Schärfen *Busch/Mak* EuCML 2021, S. 114.

MStV müssen die Angaben auch nicht innerhalb der schnell überladen wirkenden AGB erfolgen. Im Übrigen wird Transparenz allein die Probleme der Verbreitung rechtswidriger Inhalte im Internet noch nicht beseitigen.

## 9. Vorstoß durch Filterreset

Die Filterresetfunktion aus Art. 27 Abs. 3 DSA in Online-Plattformen scheint ein Vorstoß für die plurale Meinungsbildung zu sein, da der Nutzer – wenn unterschiedliche algorithmische Filtersysteme bestehen – den Filter verändern kann, um aus seiner Filterblase zu entfliehen. Diese Funktion stellt Art. 38 DSA bei der Nutzung sehr großer Online-Plattformen sicher, die eine weitere Option zum Empfehlungssystem vorhalten müssen.

Ohne diese Möglichkeit gelänge ein Ausbrechen aus der non-permeablen Filterkammer – wie bisher – nur über die Aufhebung der vom Algorithmus erkannten Präferenzen durch eigenständiges Nutzerverhalten. Der Nutzer müsste ausschließlich andere Angebote nutzen sowie deren Beiträge teilen und sich in diese Richtung äußern. Ein solches Verhalten dürfte aufgrund der sozialen Verflechtungen der Nutzer in den Kammern die absolute Ausnahme darstellen, da sie die Nutzer hemmen, sich entgegen der dort vertretenen Ansicht zu äußern. Zudem konsumieren die Nutzer weiterhin Beiträge. Ob ein eigenständiges Ausbrechen aus den Kammern praktisch möglich wäre, ist nicht geklärt. Insofern hilft diese neueingeführte Resetfunktion dem Nutzer dabei, seine einst in seinem Profil perpetuierten Präferenzen auf einfache und vom sozialen Umfeld unbemerkte Weise zu revidieren.

Nicht außer Acht gelassen werden darf aber, dass das Erreichen des Zwecks maßgeblich von der Programmierung der Algorithmen der Dienste abhängt. Der Nutzer ist in dem einen oder anderen Vermittlungssystem „gefangen“, wobei keine Vorgaben darüber bestehen, inwieweit sich die eine Vermittlungsart von der anderen unterscheiden muss. Ob sich also im Ergebnis ein tatsächlicher Präferenzreset vollzieht, lässt sich nicht allgemein beantworten. Dem Dienstbetreiber obliegt trotz dieser vermeintlich konsentierten Vermittlung weiterhin die monopolisierte Entscheidungsmacht darüber, welche Beiträge dem Nutzer tatsächlich vermittelt werden. Eine unplurale Vermittlung ist auch nach der in Art. 27 Abs. 3 DSA angeordneten Wahlmöglichkeit zwischen den Vermittlungsweisen nicht ausgeschlossen. Insoweit kann die Wirksamkeit des Präferenzresets zumindest kritisch hinterfragt werden.

Die Anordnung ist dabei mit den Unionsgrundrechten der Dienstbetreiber vereinbar. Auf die Meinungsfreiheit aus Art. 11 GrCh kann sich der Dienstbetreiber im Zusammenhang mit der Vermittlung anhand von Nutzerpräferenzen nicht berufen.<sup>1753</sup> Spiegelbildlich kann er dies auch nicht, wenn sich der Nutzer für den Reset entscheidet, da es erkennbar um das Vermitteln von Inhalten anhand der Nutzerpräferenzen geht, nicht um die des Dienstes.

<sup>1753</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum Schutz des Vermittlungsaktes durch die Meinungsfreiheit“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (ii) (2). Vgl. ferner BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht



Die Pflicht verletzt aber auch die unternehmerische Freiheit des Dienstbetreibers aus Art. 16 GrCh nicht. Die Anordnung zum Bereithalten der Wechselseitigkeit zwischen bestehenden algorithmischen Vermittlungssystemen ist dabei als Unionsgesetz formuliert, das gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh verhältnismäßig ist.<sup>1754</sup> Sie dient dem legitimen Zweck der Absicherung einer pluralen, unverzerrten Meinungsbildung. Hierzu ist die Pflicht geeignet, da sie diesen Zweck fördern kann, weil der Dienstbetreiber durch sie nicht mehr vollständig alleinig über die Art der Vermittlung von Angeboten bestimmt, was die Gefahr einer unpluralen Inhaltsvermittlung verringern kann.<sup>1755</sup>

Außerdem ist die Pflicht auch erforderlich.<sup>1756</sup> Es besteht kein gleich geeignetes, aber milderes Mittel als die Wahloption. Wenn der Dienstbetreiber ohnehin verschiedene algorithmische Vermittlungsoptionen vorhält, ist es nur konsequent, dass er dem Nutzer auch die Wahlmöglichkeit zwischen ihnen lässt. Die Pflicht, dies zu tun, stellt mithin einen sehr marginalen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar, demgegenüber kein Mittel mit entsprechender Eignung ersichtlich ist.

Dem steht nicht entgegen, dass sehr große Online-Plattformen verpflichtet werden, mehrere algorithmisierte Vermittlungssysteme vorzuhalten. Milder wäre es zwar, bloß eine Wahlmöglichkeit des Nutzers für den Fall anzuordnen, dass verschiedene algorithmisierte Vermittlungssysteme bereitgehalten werden. Gleichwohl könnte dies den Zweck einer unpluralen Meinungsbildung nicht vergleichbar erfüllen. Denn die sehr großen Online-Plattformen verfügen über durchschnittlich mehr als 45 Mio. aktive Nutzer pro Monat, so dass von ihnen in ihrer „quasi-monopolartigen“ Stellung besonders schwerwiegende, kaum korrigierbare Meinungsverzerrungen zu befürchten sind.

Auch ist sie angemessen, da sie nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck steht.<sup>1757</sup> Der Schutz vor unpluraler Meinungsbildung im Rahmen der algorithmisierten Informationsvermittlung ist vor dem Hintergrund der potentiellen Gefahren der Meinungsverzerrungen in den digitalen Kommunikationsräumen – nicht zuletzt in demokratischen Zusammenhängen – von herausgehobener Bedeutung.<sup>1758</sup> Diese Gefahren könnten reduziert werden, indem die Wahl des Vermittlungssystems dazu führen kann, dass einseitige Vermittlungen eingedämmt und Echokammern aufgebrochen werden. Zugleich stärkt die Wahlmöglichkeit die Nutzerautonomie bei der Entscheidung über die Informationsvermittlung.

---

auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

<sup>1754</sup> Vgl. zur Verhältnismäßigkeit nur EuGH, Urteil vom 22. Januar 2013, – C-283/11 –, curia,, Rn. 48 – Sky Österreich.

<sup>1755</sup> Vgl. zur Geeignetheit, ebd., Rn. 50.

<sup>1756</sup> Vgl. zur Erforderlichkeit, ebd.; EuGH, Urteil vom 30. Juni 2016, – C-134/15 –, curia, Rn. 33 – Lidl.

<sup>1757</sup> Vgl. zur Angemessenheit EuGH, Urteil vom 22. Januar 2013, – C-283/11 –, curia, Rn. 50 – Sky Österreich.

<sup>1758</sup> Siehe Abschnitt „Die Bedeutung der Internetkommunikation für die Verbreitung von „Fake News“ unter Punkt B. V.



Diesem überragenden Interesse steht ein bloß marginaler Eingriff in die unternehmerische Freiheit gegenüber. Die Anordnung lässt hinreichend Spielraum für die Dienstbetreiber, ihr Geschäftsmodell, die Vermittlung von Inhalten anhand von Nutzerpräferenzen, nicht abändern zu müssen. Ein erheblicher wirtschaftlicher Erfüllungsaufwand geht von der Anordnung nicht aus, da die Online-Plattform die Entscheidungen nur dann ermöglichen müssen, wenn sie ohnehin verschiedene algorithmisierte Vermittlungssysteme vorhalten. Ein Zugänglichmachen der Wahlmöglichkeit belastet die Dienste dabei kaum.

Der Mehraufwand für sehr große Online-Plattformen, verschiedene algorithmische Vermittlungssysteme und damit auch die Wahloption der Nutzer bereithalten zu müssen, rechtfertigt sich schon vor dem Hintergrund der von ihnen ausgehenden, besonderen Gefahren für die Meinungsbildung. Die von ihnen erwirtschafteten erheblichen Gewinne verringern die Eingriffsintensität weiter.

### **10. Vorgeschriebenes Vorgehen bei missbräuchlicher Dienstnutzung**

Fortschrittlich erscheint das mit Art. 23 DSA den Plattformen aufgebundene Verhalten gegen einzelne Nutzer im Falle ihrer missbräuchlichen Dienstnutzung. Dienste schließen Nutzer temporär nach vorheriger Warnung von der Nutzung aus (sog. *Deplatforming*), soweit sie häufig und offensichtlich rechtswidrige Inhalte bereitstellen. Wenn Nutzer häufig offensichtlich unbegründete Meldungen oder Beschwerden einreichen, setzt der Dienst die Beschwerdebearbeitung für diesen Nutzer aus. Derartige Verfahrensweisen kennt das NetzDG nicht, so dass diese unter Geltung des NetzDG bloß vertraglich abbedungen werden können.

Die Regelung des Art. 23 Abs. 1 DSA ließe sich dem Grunde nach auch auf die „Bot“-Kommunikation anwenden. Allerdings müssten die vom „Bot“ verbreiteten Inhalte nicht bloß rechtswidrig sein, was schon nicht stets der Fall ist. Sie müssten zudem kumulativ offensichtlich rechtswidrig sein, was in den wenigsten Fällen zutreffen dürfte. Denn nach Erwägungsgrund 63 sollen Inhalte als offensichtlich illegal gelten, wenn für einen Laien ohne inhaltliche Analyse klar ersichtlich ist, dass die Inhalte illegal sind. Der durch Einsatz von „Social Bots“ mögliche „silencing effect“<sup>1759</sup> und die unerkannte Einflussnahme auf die Meinungsbildung zulasten einer freien, unverzerrten und pluralen Meinungsbildung wird hierdurch nicht eingefangen.

---

<sup>1759</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

## **11. Kaum erwartbar spürbare Änderungen durch gesteigerte Transparenzberichtspflichten**

Die Transparenzberichtspflichten von NetzDG und DSA unterscheiden sich grundlegend nur hinsichtlich derer, die nach Art. 42 DSA für sehr große Online-Plattformen gelten. Letztere müssen einige Angaben, etwa in Bezug auf Meldungen von vertrauenswürdigen Hinweisgebern oder die Risikobewertung und -minderung, enthalten, die den Regelungsbereich des NetzDG übersteigen.

## **12. Kein Fortschritt in Sachen effektiver (Straf-)Rechtsdurchsetzung**

Die Art. 9 und 10 DSA sind ein Novum, wobei vor allem Art. 10 DSA darauf angelegt ist, eine effektive (Straf-)Rechtsdurchsetzung in Online-Plattformen zu fördern. So lässt er es unionsrechtlich zu, dass nationale Behörden Informationen über einen oder mehrere bestimmte Nutzer von den Dienstanbietern erhalten, die Letztere bereits für die Zwecke der Erbringung ihres Dienstes erfasst haben und die ihrer Verfügungsgewalt unterliegen, Art. 10 Abs. 2 lit. b) DSA. Was dem ersten Anschein aber nach Fortschritt aussieht, entpuppt sich auf den zweiten Blick als konservierender Stillstand. Denn nach der Vorschrift ist etwa die Preisgabe der erhobenen Nutzeridentifikationsdaten gegenüber den Behörden möglich. Gleichwohl stellt Art. 10 DSA noch nicht sicher, dass der Dienstanbieter die korrekten Identifikationsdaten des Nutzers erhoben bzw. verifiziert hat. Entsprechende Pflichten hält der DSA nicht bereit.<sup>1760</sup> Insoweit stellt sich dasselbe Problem wie zuvor: Die wenigsten Nutzer werden ihre wahren Identitätsdaten preisgeben, so dass das Rechtsdurchsetzungsdefizit bestehen bleibt. Ob und inwieweit ein Rückgriff auf IP-Adressen auch unter die Vorschrift fällt, bleibt unklar. Dass aber IP-Adressen insbesondere für die Ermittlung von Straftaten heutzutage keinen großen Mehrwert mehr haben, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Insoweit scheint Art. 10 DSA keinen Fortschritt im Bereich effektiver (Straf-)Rechtsdurchsetzung im Internet zu gewährleisten.

Daneben ist die Meldepflicht gegenüber Strafverfolgungs- und Justizbehörden beim Verdacht auf Straftaten nach Art. 18 DSA von ihrem persönlichen Anwendungsbereich breiter angelegt als die Meldepflicht nach § 3a NetzDG. Dies deutet ebenfalls auf eine verbesserte Durchsetzung des Strafrechts im Internet. Gleichwohl dürfte auch die Meldepflicht nach Art. 18 DSA in den allermeisten Fällen verbreitete Desinformation nicht erfassen. Zu gute gehalten werden kann der Meldepflicht nach Art. 18 DSA indes, dass sie – anders als § 3a NetzDG – nicht voraussetzt, dass ein Inhalt gemeldet worden ist. Sie greift demnach auch ein, wenn der Dienst aus eigenem Betreiben Filtertechnik einsetzt oder sonst proaktiv auf entsprechende Inhalte aufmerksam wird. Da dies bei der NetzDG-Pflicht wegen § 3a Abs. 2 Nr. 1 NetzDG anders ist, dürfte eine Meldung an das BKA über § 3a NetzDG häufig gar

<sup>1760</sup> Siehe hierzu sogleich Abschnitt „Klarnamenspflicht (Real Name Statute)“ unter Punkt G. III. 5.

nicht mehr erfolgen. Denn es ist zu vermuten, dass ein erheblicher Teil der von § 3a Abs. 2 Nr. 3 NetzDG erfassten Inhalte bereits aufgrund des Rückgriffs von Dienstbetreibern auf Filtertechnik gar nicht erst zur Meldung durch die Nutzer gelangt.<sup>1761</sup>

Allerdings begegnet die Meldepflicht aus Art. 18 DSA Bedenken im Hinblick ihre Vereinbarkeit mit Art. 8 GrCh, da der Dienst den Behörden „alle vorliegenden einschlägigen Informationen“ zur Verfügung stellen muss. Welche hiervon umfasst sein können, konkretisiert die Vorschrift nicht. Sie ist damit in hohem Maße unbestimmt, da sie sowohl Nutzungsdaten oder Bestandsdaten, etwa dynamische IP-Adressen, erfassen könnte, deren Übermittlung einen Eingriff von erhöhter Eingriffsintensität darstellt, als auch auf Verkehrsdaten gerichtet sein könnte, deren Übermittlung den Eingriff wiederum intensiviert.<sup>1762</sup> Anhand des jeweiligen Eingriffsgewichts bestimmen sich indes die Voraussetzungen für die Eingriffsrechtfertigung nach Art. 8 Abs. 2 GrCh. Auch wenn Art. 18 Abs. 1 DSA entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG zur Bestandsdatenauskunft zumindest implizit voraussetzt, dass ein Anfangsverdacht für eine Straftat von erheblicher Bedeutung oder eine Gefahr für besonders schutzwürdige Rechtsgüter besteht, berücksichtigt die Norm nicht, dass sich Unterschiede hinsichtlich der Art und Schwere der Straftat ergeben können, die Abstufungen hinsichtlich des Umfangs der mitzuteilenden Daten erfordern könnten.

Alles in allem werden diese Vorschriften keinen nennenswerten Gewinn für eine effektive (Straf-)Rechtsdurchsetzung im Internet bringen.

### 13. Eigene Risikobewertungen als Grundlage weiterer Selbstbeschränkung?

Bei dem ebenfalls auf die Selbstregulierung der Dienste setzenden gesetzlichen Novum der Risikobewertungs- und Risikominimierungsmechanismen für sehr große Online-Plattformen (Art. 34 f. DSA) drängen sich Zweifel auf, ob und inwiefern diese tatsächlich Erfolg versprechen. Die Verfahren für eine von den Diensten zunächst vorzunehmende Risikoermittlung, an die sich eine eigenständige Risikominimierung anschließt, sind noch derart unkonkret, dass erst eine Erprobungsphase zeigen wird, ob sie den systemischen Risiken in der Online-Kommunikation tatsächlich beikommen können.<sup>1763</sup>

Ferner steht infrage, ob die adressierten Dienste diesen Selbstregulierungspflichten tatsächlich nachkommen wollen und ihre Systeme entsprechend anpassen werden. Denn erstens bestehen schon keine Sanktionen für den Fall, dass ein Dienst die angeordnete Risikobewertung und -minderung nach Art. 34 f. DSA nicht ordnungsgemäß erfüllt.<sup>1764</sup> Zweitens führten die im Art. 35 DSA in Bezug auf systemische Risiken benannten Gegenmaßnahmen teils zu nachhaltigen Veränderungen

<sup>1761</sup> Vgl. *Hartleb*, Stellungnahme in der Sachverständigenanhörung zum Hasskriminalitätsgesetz, S. 8.

<sup>1762</sup> Vgl. BVerfGE 155, 119, 195 Rn. 165; 196 f. Rn. 168 f. – Bestandsdatenauskunft II.

<sup>1763</sup> *Eisenreich*, RD 2021, S. 290. Ähnlich *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, S. 635.

<sup>1764</sup> *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S. 121 mit Verweis auf *Weiden*, Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz, S. 22.

in den Geschäftspraktiken der Dienste. Insoweit könnten die Anbieter nur bedingt gewillt sein, systemischen Risiken abzuwehren.<sup>1765</sup> Dies gilt trotz der Anordnung aus dem DSA, dass etwaige Maßnahmen – auch mit Blick auf die Unionsgrundrechte der Dienstbetreiber – verhältnismäßig sein, also nicht erforderliche Nutzungseinschränkungen unterbleiben und die wirtschaftlichen Ressourcen eines Dienstes berücksichtigen müssen, vgl. Erwägungsgrund 86. Die DSA-Risikomechanismen drohen daher vollständig leerzulaufen.

#### **14. Krisenreaktionsmechanismen als effektive und rechtzeitige Mittel zur Krisenbewältigung?**

Die Ermittlung systemischer Krisen und die Erforschung von Gegenmaßnahmen wird durch Art. 40 DSA abgestützt, nach dem sehr große Online-Plattformen grundsätzlich Forschern den Zugang zu den hierfür spezifischen Daten gewähren. Dieser Forschungszugang ist insoweit enger als der Auskunftsanspruch von Forschern nach § 5a NetzDG, da dieser allgemein der Forschung dienen soll. Dabei kann die Online-Plattform – wie nach § 5a Abs. 5 NetzDG – den Zugang unter Ersuchen des Koordinators für digitale Dienste verhindern, wenn die Gewährung des Zugangs zu Schwachstellen bei der Sicherheit ihres Dienstes oder für den Schutz vertraulicher Informationen, vor allem von Geschäftsgeheimnissen, führt, Art. 40 Abs. 5 lit. b) DSA. Da Dienste die Ablehnung nicht weiter begründen, sondern nur einen Alternativvorschlag unterbreiten müssen (Art. 40 Abs. 6 S. 1 DSA), kann der Koordinator nicht beurteilen, ob der Ablehnungsgrund zutrifft und dem Alternativvorschlag stattzugeben ist. Die Abstützung der Ermittlung systemischer Krisen und Gegenmaßnahmen steht damit ein Stück weit im Belieben der Dienste und könnte damit leerlaufen.<sup>1766</sup>

Inwieweit der Krisenreaktionsmechanismus aus Art. 36 DSA tatsächlich einen Vorteil schafft, lässt sich ebenfalls noch nicht eindeutig vorhersehen. Beachtlich ist, dass dieser Mechanismus erst bei Bestehen einer Krise in Gang gesetzt und sehr große Online-Plattformen erst dann bestimmten Maßnahmen unterworfen werden können. Diese müssen indes noch durch die Kommission eruiert werden, bevor der Beschluss ergeht. Es stellt sich insoweit die Frage, ob der Beschluss in der sekundenschnellen, grenzenlosen Online-Kommunikation und Weiterverbreitung dieser nicht bereits zu spät kommt. Zielführender scheint insoweit eine Pflicht zur Anwendung der freiwilligen Krisenprotokolle nach Art. 48 Abs. 2 DSA.<sup>1767</sup> Diese werden schon im Vorhinein für einen Krisenfall entwickelt und greifen damit frühzeitig. Da sie allerdings nicht bindend sind, lassen sie sich auch nicht durchsetzen, falls der entsprechende Dienst keine Verpflichtungszusage gemacht hat.

<sup>1765</sup> Kuhlmann/Trute, ebd.

<sup>1766</sup> Vgl. Gielen/Uphues, EuZW 2021, S. 636.

<sup>1767</sup> Vgl. Kuhlmann/Trute, GSZ 2022, S. 122.

## 15. Mangelnde Einbeziehung von Kennzeichnungspflichten

Ferner umfasst der DSA keine Kennzeichnungspflichten für „Social Bots“. Entsprechend des Gesetzgebungszwecks, ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld zu schaffen, in dem die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt werden (Art. 1 Abs. 1 DSA), wäre es angezeigt gewesen, entsprechende Pflichten zur Absicherung einer freien, unverzerrten Meinungsbildung zu entwerfen. Wie sehr der Einsatz von „Bots“ die Meinungsbildung beeinträchtigen kann, wurde bereits erörtert.<sup>1768</sup>

Dass mitgliedstaatliche hierauf und an die sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste gerichtete Kennzeichnungspflichten *de facto* leerlaufen, soweit Irland<sup>1769</sup> als Herkunftsstaat der sehr großen Dienste nicht selbstständig vergleichbare Pflichten erlässt, ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen.<sup>1770</sup> Die Mitgliedstaaten müssten stets die Ausnahmenvorschrift des Art. 3 Abs. 4 ECRL bemühen, um vom Herkunftsstaat abweichende Regelungen zu erlassen. Dies ist schon deshalb inkonsequent, weil der europäische Gesetzgeber im DSA selbst das Marktortprinzip angeordnet hat, um die Online-Kommunikation über Intermediärdienste einheitlich auszugestalten. Das Ergebnis der mangelnden Einbeziehung der Kennzeichnungspflichten im DSA führt – soweit Mitgliedstaaten von der Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL Gebrauch machen – zu einer undurchsichtigen Rechtszersplitterung, die nach den Erwägungsgründen 2, 4, 9 und 52 gerade ausgeschlossen sein soll. Von einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes für Vermittlungsdienste, wie es Art. 1 Abs. 1 DSA anstrebt, kann nicht mehr die Rede sein.

Am 14. Juni 2023 hat sich das Europäische Parlament auf eine konsolidierte Entwurfsfassung zu einer Verordnung zur harmonisierten Regulierung künstlicher Intelligenz (KI-VO-E) geeinigt.<sup>1771</sup> Dieser Entwurf befindet sich nunmehr im Trilogverfahren.<sup>1772</sup> Hiermit ist ein Inkrafttreten des 2021 entstandenen Verordnungsentwurfs ein großes Stück näher gerückt. Dass sie vor 2026 gilt, dürfte dennoch eher unwahrscheinlich sein, da sie gem. Art. 85 Abs. 2 KI-VO-E erst zwei Jahre nach ihrem Inkrafttreten Geltung erlangen soll.

<sup>1768</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1769</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1770</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

<sup>1771</sup> Europäisches Parlament, Gesetz über künstliche Intelligenz, Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 14. Juni 2023 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021) 206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9\_TA(2023) 0236. Ursprünglich Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz, COM(2021) 206 final.

<sup>1772</sup> Zum Verfahrensstand des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens siehe 2021/0106/COD.

Nach Art. 52 Abs. 1 KI-VO-E in der aktuellen Entwurfsfassung stellen Anbieter (Art. 3 Nr. 2 KI-VO-E) von „KI-Systemen“, die für die Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, sicher, dass die vorgenannten Systeme so konzipiert und entwickelt werden, dass das KI-System, der Anbieter selbst oder der Nutzer die natürliche Person, die einem KI-System ausgesetzt ist, rechtzeitig, klar und verständlich darüber informiert, dass sie es mit einem KI-System zu tun hat, es sei denn, dies ist aufgrund der Umstände und des Kontexts der Nutzung offensichtlich. Mit diesem jüngeren Entwurf hat das EU-Parlament den vorherigen Kommissions-Entwurf<sup>1773</sup> stark abgeschwächt, da nunmehr wieder mehr Raum für Umgehungen der Kennzeichnungen geschaffen wurde. Denn nach dem aktuellen Entwurf ist nicht mehr klar geregelt, wer letztverantwortlich den Hinweis auf den Einsatz von KI geben muss. Der vorherige Kommissions-Entwurf sah dagegen im Ergebnis eine deutlich sicherere „Siegelpflicht“ vor: Denn schon der Anbieter eines „Bots“ musste sicherstellen, dass Rezipienten mitgeteilt wird, dass sie es mit KI zu tun haben. Hier bestand letztlich nur die Möglichkeit der Umgehung durch den Anbieter selbst, was ein im Vergleich zum jüngeren Entwurfstext des EU-Parlaments deutlich sichereres Mittel gegen die unerkannte Einflussnahme auf die Meinungsbildung darstellte.

Dennoch hätte als „doppelter Boden“ eine entsprechende Kennzeichnungspflicht für Online-Plattformen erwogen werden müssen, um den Zweck des DSA (Art. 1 Abs. 1 DSA) nachhaltig zu fördern. Denn eine Kennzeichnungspflicht stellt eine Sorgfaltspflicht für bestimmte Vermittlungsdienste dar, die in den koordinierten Bereich des DSA (Art. 1 Abs. 2 lit. b) DSA) fallen würde. Unter Rückgriff auf die Erfahrungen der deutschen Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV hätte der europäische Gesetzgeber anstelle einer bloßen Bemühenspflicht<sup>1774</sup> eine plattformgerichtete Kennzeichnungspflicht mit entsprechender Gewährleistungsverantwortung kreieren können, die „Bot“-Kennzeichnungen auf einfache und effiziente Weise ermöglichen. Denn die Plattformen haben – nach dem Verwender selbst – den ersten Zugriff auf die „Bots“ und können diese über ihr API unter Zuhilfenahme automatisierter Mittel auch ohne großen Aufwand mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit identifizieren.<sup>1775</sup> Eine solche Pflicht würde den Schutz vor einer unerkannten Einflussnahme auf die Meinungsbildung nachhaltig absichern. Dies hat der europäische Gesetzgeber indes versäumt.

## **16. Engmaschige Kontrolle der Wahrung der DSA-Pflichten durch zweigliedrige Aufsicht**

Die Einhaltung der Pflichten des DSA soll in vielschichtigem Maße durch eine umfangreich geregelte staatliche Aufsicht abgesichert werden. Dabei unterscheiden sich die Untersuchungsbefugnisse nach dem DSA für (kleine) Online-Plattformen und

<sup>1773</sup> COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD).

<sup>1774</sup> Siehe Abschnitt „Erfasstes Verhalten“ unter Punkt E. II. 2. b) aa).

<sup>1775</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

dem NetzDG nur insoweit, als dass nach dem NetzDG keine Befugnis zur Durchführung von Nachprüfungen in den Räumlichkeiten des Diensteanbieters besteht, um Informationen über eine mutmaßliche Zuwiderhandlung unabhängig vom Speichermedium zu untersuchen, sicherzustellen oder Kopien davon anzufertigen oder zu erhalten. Einer solchen bedarf es nach dem NetzDG jedoch insoweit nicht, als dass es bloß die Entfernung rechtswidriger Inhalte in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten sicherstellen soll und der DSA etwa mit seinen Transparenzpflichten hinsichtlich der Funktionsweise von algorithmisch gesteuerten Filterentscheidungen einen viel breiteren Anwendungsbereich hat, der weitergehende Aufsichtsbefugnisse erfordert.

Die Aufsichtsbefugnisse der Kommission für sehr große Online-Plattformen gehen noch über die des NetzDG hinaus. Da diese Dienste besonderen Einfluss auf den Diskurs und die freie Meinungsbildung im Internet ausüben, sind die weitreichenderen Befugnisse geboten. So muss die Kommission Zugang zu Informationen über die Organisation, die Funktionsweise, das IT-System, die Algorithmen sowie Erläuterungen dazu verlangen, aufzeichnen oder dokumentieren können. Nur so kann sie die Funktion der Algorithmen erstens nachvollziehen und zweitens bewerten, ob der Dienst seinen darauf gerichteten Transparenzpflichten nebst der Pflicht genügt, ein optionales Empfehlungssystem bereitzuhalten.

Die Einhaltung der an sehr große Online-Plattformen gerichteten Pflichten soll zusätzlich durch die Einrichtung von Compliance-Beauftragten bei den Diensten (Art. 41 DSA) und durch die Prüfung einer unabhängigen externen Stelle (Art. 37 DSA) als auch durch die besonderen Transparenzberichtspflichten (Art. 42 DSA) abgesichert werden.

Die Durchsetzungsmechanismen liegen nach dem NetzDG und dem DSA in der Verhängung von Bußgeldern oder in der Anordnung, Verstöße abzustellen. Nach dem DSA können weiter Zwangsgelder festgesetzt und einstweilige Maßnahmen angeordnet werden.

Insgesamt bürgen die vielschichtigen, stark bürokratisierten Überwachungsmechanismen zur Einhaltung der oft nur schwer zu überprüfenden Pflichten aus dem DSA und die vielen an der Aufsicht beteiligten Akteure<sup>1776</sup> die Gefahr, dass die Aufsicht zu einem zahnlosen (Papier-)Tiger verkommt. Die aufsichtsrechtliche Verflechtung der verschiedenen Beteiligten wirkt dabei im Vergleich zu der auf das Bundesamt für Justiz zentrierten Rechtsaufsicht nach dem NetzDG sperrig, ohne dass die Aufsicht nach dem NetzDG Wirksamkeitsdefizite gegenüber der des DSA aufweisen würde. Es muss sich erst zeigen, ob und inwieweit diese allumfassende, *prima vista* überbordend erscheinende Aufsicht zielführend und effektiv wahrgenommen werden kann.<sup>1777</sup>

<sup>1776</sup> Zuständige Behörde und Koordinator für digitale Dienste (Art. 49 ff. DSA), Europäisches Gremium für digitale Dienste (Art. 61 ff. DSA), EU-Kommission, Compliance-Beauftragte (Art. 41 DSA) und unabhängige Prüfstellen (Art. 37 DSA).

<sup>1777</sup> Schärfer *Spindler*, GRUR 2022, S. 594.



## 17. Resümee

Alles in allem ist erkennbar, dass sich das Grundgerüst des NetzDG im DSA wiederfindet und die Meldeverfahren nunmehr sehr parallel ausgestaltet sind.<sup>1778</sup> Dass der DSA die Internetdiensteregulierung grundsätzlich optimiert und zu einem einheitlichen und unmittelbar anwendbaren Recht macht, ist unbestritten. Ob er aber ein seinem Zweck entsprechendes sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld schafft, in dem Innovationen gefördert und die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt werden, erscheint aufgrund der aufgezeigten Lücken und der nur wenig über die allgemeine Störerhaftung hinausgehenden Löschanforderungen zweifelhaft.<sup>1779</sup> Dabei verfolgt der DSA zum Schutz der Grundrechte einige gute, aber auch andere weniger gute Ansätze.<sup>1780</sup> Dieses insgesamt gemischte Bild verdeutlicht, dass keiner der eingangs genannten Auffassungen zum DSA zuzustimmen ist, sondern vielmehr der Mittelweg zwischen den mit den Auffassungen zum Ausdruck gebrachten Erwartungshaltungen richtig sein dürfte: Der DSA ist weder unbrauchbar noch der große innovative Wurf; im Gegenteil wirkt er in Teilen sogar antiquiert, indem er teils veraltete Ansätze zulasten des Fortschritts konserviert. Ein Grundgesetz für das Internet bildet er schon gar nicht. Die bestehenden Lücken und Unklarheiten sollte der europäische Gesetzgeber ausbessern und Nachbesserungen zum Schutz der Kommunikationsfreiheiten vornehmen.

<sup>1778</sup> Ebd., S. 593; *Spindler*, GRUR 2021, S. 653, S. 656; *Grünwald/Nüßling*, MMR 2021, S. 286.

<sup>1779</sup> Siehe auch die weitergehende Kritik von *Spindler*, GRUR 2022, S. 594.

<sup>1780</sup> In diese Richtung auch *Eisenreich*, RD 2021, S. 293. Offener *Janal*, ZEuP 2021, S. 271.



## **G. Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation *de lege ferenda***

Aufgrund der bislang unzureichenden Maßnahmen gegen das Phänomen der „Fake News“ sollen nun einige Vorschläge am Maßstab des höherrangigen Rechts diskutiert werden, bei denen es entgegen der bisherigen „deutschen“ Lösung nicht allein darum gehen soll, „Fake News“ bloß retrospektiv zu unterdrücken oder zu sanktionieren.

Diese Arbeit wird sich daher nach der Beantwortung der Frage, ob den Gesetzgeber bereits konkrete Handlungspflichten aufgrund der ihm obliegenden verfassungsrechtlichen Schutzpflichten treffen (I.), ausschließlich auf ausgewählte Vorschläge im Zusammenhang mit der Online-Kommunikation durch „Social Bots“

(II.) und in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten beschränken (III.). Dabei werden Mechanismen zur Stärkung einer transparenten<sup>1781</sup> und unverzerrten<sup>1782</sup> Meinungsbildung im Vordergrund stehen.<sup>1783</sup>

Vorweggeschickt sei, dass eine effektive Regulierung im Bereich der Online-Kommunikation grenzüberschreitend sein muss, da es im ubiquitären Internet keine Staatsgrenzen gibt. Soweit hiervon Dienste der Informationsgesellschaft im koordinierten Bereich der ECRL (Art. 2 lit. a) und i) ECRL) mit Sitz in einem nicht-deutschen Mitgliedstaat, etwa durch Vorschriften, die das Verhalten des Dienst-anbieters oder die Qualität oder den Inhalt des Dienstes regeln, betroffen sind, die nicht in den vom DSA harmonisierten Bereich fallen (Art. 1 Abs. 2 DSA), muss das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL gewahrt werden, Art. 2 Abs. 3 DSA.

Eine durch das Herkunftslandprinzip grundsätzlich untersagte Beschränkung läge vor, setzte Deutschland als Abrufstaat einem Dienst mit Sitz in nichtdeutschen Mitgliedstaaten entsprechende Regeln, ohne dass der Herkunftsstaat vergleichbare Regeln vorhielte. Dabei hält gerade Irland, in dem einige große Netzwerk- und Videosharing-Dienste ihren europäischen Sitz<sup>1784</sup> haben, keine geltenden Regelungen zu den in diesem Abschnitt vorgeschlagenen Maßnahmen vor. Jede dieser Maßnahmen kollidierte daher mit dem Herkunftslandprinzip, wenn sie – um auch Akteure mit Sitz außerhalb Deutschlands zu erfassen – nach dem Marktortprinzip ausgestaltet ist. Da „Bot“-Verwender in jedem Mitgliedstaat niedergelassen sein können, aber hier nicht jede mitgliedstaatliche Regulierung beleuchtet werden kann, beschränkt sich die Betrachtung auf die irische Regulierung. Soweit irische Gesetze wie der jüngst verabschiedete Online Safety and Media Regulation Act 2022<sup>1785</sup> oder Gesetzesentwürfe aus den noch laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Online-Regulierung wie zur Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017<sup>1786</sup> entsprechende Pflichten beinhalten, wird eigens darauf hingewiesen.

<sup>1781</sup> European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 22 beschreibt Transparenz als „Schlüsselement“ der Antwort auf digitale Desinformation.

<sup>1782</sup> Vgl. etwa zur latent mangelnden Fähigkeit der Rezipienten zur Unterscheidung zwischen Wahr- und Unwahrheit sowie neutraler und tendenziöser Berichterstattung die Statistik der ARD/ZDF-Langzeitstudie „Massenkommunikation“ zum Anteil der Medien am Medienkonsum 1980 bis 2015, in: Breunig/van Eimeren, Media Perspektiven 2015, S. 505, S. 507. Vgl. auch *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S. 28 ff.

<sup>1783</sup> Vgl. auch die Forderungen bei *Wardle/Derakhshan*, Council of Europe report DGI (2017) 09, S. 78; *Baum/Lazer/Mele*, Combating Fake News: An Agenda for Research and Action, S. 12.

<sup>1784</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1785</sup> Online Safety and Media Regulation Act 2022 (41/2022) v. 10. Dezember 2022.

<sup>1786</sup> *Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas*, Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017 (150/2017). Der Entwurf befindet sich aktuell im Committee Stage (Dáil Éireann, Third Stage, 31. März 2021).

Diese Kollisionen mit dem Herkunftslandprinzip ließen sich nur über die Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL auflösen, indem der deutsche Gesetzgeber neben den materiellen Anforderungen aus lit. a) auch die Verfahrensvorgaben aus lit. b) einhielte.<sup>1787</sup>

Dasselbe gilt nach Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018) bei Regelungen für Videosharing-Dienste. Die Bearbeitung setzt die Berücksichtigung dieser Vorgaben in den folgenden Abschnitten voraus, soweit sie nicht weiter hierauf eingeht.

Nicht Gegenstand der Vorschläge ist der in der obigen Evaluation festgestellte Änderungsbedarf im Bereich der zivil- und strafrechtlichen Haftung des Desinformationsbreiters. Auch klassisch medienrechtliche Regulierungsoptionen, etwa zur Ausgestaltung des dynamisch zu verstehenden (Online-)Auftrages des öffentlich-rechtlichen Rundfunks<sup>1788</sup> im Konvergenzalter, werden hier nicht näher be-

---

<sup>1787</sup> Siehe zu den bestehenden Schwierigkeiten den Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

<sup>1788</sup> Zum Stellenwert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Kampf gegen „Fake News“, KOM (2018) 236 endg., S. 17. Zu seinem verfassungsrechtlichen Auftrag, BVerfGE 136, 9, 28 Rn. 29 Rn. 34 – ZDF-Staatsvertrag; 121, 30, 50 – Hessisches Privatrundfunkgesetz; 119, 181, 214 – Rundfunkgebühren; 12, 205, 262 f. – Deutschland-Fernsehen. Aufgrund des bestehenden Finanzierungszwanges des privaten Rundfunks gilt dies nur in abgeschwächtem Maße für Letzteren, vgl. BVerfGE 73, 118, 157 ff. – Landesrundfunkgesetz Niedersachsen. *Badura*, AöR 134 (2009), S. 244; teils als „öffentliche Aufgabe“ oder „Grundversorgungsauftrag“ bezeichnet, vgl. *Flügge*, Spannungsfeld Auftrag – Konvergenz, S. 21 f. m. w. N.; *Badura*, ebd., S. 247. Zum Online-Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks siehe nur *Vesting*, Intermedienkollisionsrecht, S. 19 f.; *Schütz*, MMR 2018, S. 37; *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, S. 182 f. Zu den Gründen siehe *Dörr/Holzschlag/Picot*, ZUM 2016, S. 926 f.; *Drexler*, ZUM 2017, S. 543; *Neuhoff*, ZUM 2012, S. 374. Dagegen f. *Schmitt*, NVwZ 2018, S. 770 ff.; *Degenhart*, CR 2011, S. 236. Zur Ausgestaltung des Online-Auftrages, vgl. EU-Kommission am 24. April 2007, K(2007) 1761 endg., Rn. 340; *Gersdorf*, in: ders./Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), MStV, § 30 Rn. 42 ff.

trachtet.<sup>1789</sup> Ferner unterbleiben Vorschläge, die die Verbreitung von „Fake News“ unattraktiv machen, indem ihre Kommerzialisierbarkeit unterbunden wird.<sup>1790</sup> Außergesetzliche Maßnahmen werden überdies nicht beleuchtet.<sup>1791</sup>

<sup>1789</sup> Siehe hierzu den jüngst geänderten § 26 MStV in der Fassung des dritten Staatsvertrags zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge vom 21. Oktober und 2. November 2022, in Kraft seit 1. Juli 2023.

<sup>1790</sup> Auf die Möglichkeit bereicherungsrechtlicher Abschöpfung etwa bereits generierter (Werbe-) Einnahmen auf Grundlage von § 817 S. 1 BGB, sofern zumindest die Annahme des gezahlten Entgeltes gegen ein gesetzliches Verbot verstieße, oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, sofern der geschlossene Werbeplatzierungsvertrag, beispielsweise aufgrund der Einschlägigkeit eines Verbotsgesetzes nichtig wäre, sei hingewiesen. Zu den Voraussetzungen des § 817 S. 1 BGB siehe *Wendehorst*, in: *Hau/Poseck, BeckOK BGB* (63. Ed.), BGB, § 817 Rn. 4. Zur Abgrenzung von § 817 S. 1 BGB und § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 i. V. m. 134 BGB siehe Rn. 6 ff. Zu den Anforderungen an eine Verbotsnorm, *Vössler*, in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK BGB* (Stand 1. September 2022), BGB, § 134 Rn. 51–69. Zur Bekämpfung von „Fake News“ in Werbung vonseiten des deutschen Gesetzgebers, siehe den Problemaufriss in *BT-Drs. 18/13013*, S. 2. Siehe auch *KOM* (2018) 236 endg., S. 6 ff.; *European Commission* (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S. 15.

<sup>1791</sup> Zum Begriff siehe *Hoffmann-Riem*, *AöR* 137 (2012), S. 531 f. Zu verschiedenen Maßnahmen siehe *Jansen/Johannes/Krämer/Kreutzer/Löber/Rinsdorf/Roßnagel/Schaewitz*, in: *Steinebach/Bader/Rinsdorf/Krämer/Roßnagel*, *Desinformation aufdecken und bekämpfen*. S. 195 ff., S. 206; *Kübling*, *ZUM* 2021, S. 472. Für eine medienkompetenzielle Ausbildung siehe die Studie der *Stanford History Education Group*, *Evaluating Information: The Cornerstone of Civic Online Reasoning*, auf: *Stanford University Libraries*, Studie vom 22. November 2016, S. 10, S. 17, S. 23 f.; *Europäischer Rechnungshof*, *Desinformation und ihre Auswirkungen auf die EU* (Sonderbericht 9/2021), S. 14, Rn. 22; *Pennycook/Rand*, *Who falls for fake news?*, S. 43 sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass es „*more analytic thinkers*“ bedarf; ähnlich auch *Waldrop*, *PNAS* 2017, S. 12634. Positionspapier der *CDU/CSU-Fraktion*, *Diskussion statt Diffamierung* (24. Januar 2017), S. 7; Positionspapier der *SPD-Bundestagsfraktion*, *Fake News und Co.: Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken verbessern* (7. März 2017), S. 5 f.; allgemein auch *Heckmann*, *NJW* 2012, S. 2363. Siehe auch den Bericht der *European Commission* (High level Group on fake news and online disinformation), ebd., S. 16 f., S. 23; *KOM* (2018) ebd., S. 12 f.; *Carretero/Vuorikari/Punie*, *The Digital Competence Framework for Citizens*, S. 20–21, S. 23 ff. Zu Pilotprojekten siehe *Europäischer Rechnungshof*, ebd., *Anhang III*; *Crosson Gilpin*, *Teaching Italians How to Recognize Fake News Stories*, in: *New York Times*, Artikel vom 27. Oktober 2017, S. 1, S. 4. Einen in diese Richtung gehenden Vorschlag unterbreitet das Positionspapier der *CDU/CSU-Fraktion*, *Diskussion statt Diffamierung* (24. Januar 2017), S. 7. Einen bloßen Austausch mit Routiniers der Medienbranche wird im Positionspapier der *SPD-Bundestagsfraktion*, *Fake News und Co.: Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken verbessern* (7. März 2017), S. 6 gefordert. Zum Appell an das journalistische Selbstverständnis *Niggemeier*, *APuZ* 30–32/2016, S. 6 f.; *Pöttker*, *APuZ* 30–32/2016, S. 15; *Hülsen*, *Die Wut der klugen Köpfe*, in: *Spiegel* 9/2018, S. 69. Zum Appell an politische Kräfte die „Sprache des Volkes“ wiederzufinden und unangenehme Themen nicht auszuspüren *Hoffmann-Riem*, *AöR* 137 (2012), S. 540 f.; *Öztürk*, *APuZ* 2012, S. 2 mit Verweis auf ein Interview von dem damaligen niederländischen Einwanderungsminister Politiker *Gerd Leers* mit *A. Ross*, „Wer die Anforderungen erfüllt, ist uns willkommen“, auf: *FAZ.net*, Artikel vom 5. Oktober 2011. Vgl. zudem auch *Lochocki*, *APuZ* 2012, S. 32; *Abmeier*, *APuZ* 2012, S. 37, S. 39.

## I. Staatliche Schutzpflichten für widerstreitende Verfassungsgüter

Grundsätzlich besteht für jedes Verfassungsgut eine staatliche Schutzpflicht, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein subjektives Grundrecht, ein objektives Staatsziel oder gar ein Staatsstrukturprinzip handelt.<sup>1792</sup> Konkrete staatliche Handlungspflichten werden allerdings erst dann aktiviert, wenn die Verfassungsgüter unzumutbar beeinträchtigt oder ernsthaft bedroht werden.<sup>1793</sup> Für die Kommunikation bedeutet das, dass eine „existenzielle Gefährdung des normativen Vielfaltsleibildes“<sup>1794</sup> bestehen müsste, etwa weil ein bestimmter Kommunikationskanal vollständig lahmgelegt wird, beispielhaft durch eine „*Quasi-Monopolstellung*“<sup>1795</sup> oder den Einsatz künstlicher Meinungsverstärker, durch die abweichende Tendenzen marginalisiert werden.<sup>1796</sup> In diesem Fall wäre das kommunikationsgrundrechtlich zu gewährleistende Untermaß unterschritten, wodurch aktive Schutzpflichten ausgelöst würden. Primär der Gesetzgeber müsste aufgrund seiner objektiv-rechtlichen Gewährleistungsverpflichtung zur Herstellung kommunikativer Chancengerechtigkeit beitragen.<sup>1797</sup> Zumindest die Meinungsvielfalt muss sichergestellt sein. In Bezug auf eine unbeeinflusste Meinungsbildung bedeutet dies, dass die Gesellschaft nicht generell vor bestimmten Äußerungen, wie beispielsweise der Verbreitung von Desinformation, geschützt werden muss.<sup>1798</sup> Dies gilt zumindest solange, wie die „*Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung*“<sup>1799</sup> gesichert ist. Ob eine hinreichende Gefahr für die freie Meinungsbildung besteht, ist durch eine Risikobewertung zu ermitteln. Es bedarf einer Sachlage, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit einen Schaden herbeiführt. Die Sachlage zeichnet sich durch die heute

<sup>1792</sup> Vgl. BVerfG NJW 1966, 1603, 1613 – Spiegel-Teilurteil; *Klaas*, MMR 2019, S. 89. Zur Ableitung der Schutzpflichten und des sog. Untermaßverbots siehe *Grzeszick*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG III (97. EL), Art. 20 Rn. 128; *Calliess*, JZ 2006, S. 322 ff., S. 327 ff.

<sup>1793</sup> Vgl. etwa BVerfGE 88, 203, 254 – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 24. Januar 2007, – 1 BvR 382/05 –, juris, Rn. 18.

<sup>1794</sup> *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496; *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75.

<sup>1795</sup> OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3114; OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. September 2018, – 4 W 63/18 –, juris, Rn 74.

<sup>1796</sup> Vgl. speziell im Hinblick auf die Meinungsbildung BVerfGE 124, 300, 334 Rn. 77 – Wunsiedel; *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 109; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496; *Libertus*, ZUM 2018, S. 22; *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 73, S. 75 f.; *Milker*, ZUM 2017, S. 216, S. 220; *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103. In diese Richtung auch Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Thesenpapier zum öffentlichen Fachgespräch „Social Bots“, S. 7. Allgemein zur Aktivierung von staatlichen Handlungspflichten BVerfGE 88, 203, 263 – Schwangerschaftsabbruch II.

<sup>1797</sup> BVerfGE 57, 295, 319 f. – FRAG. In diese Richtung auch BVerfGE 74, 297, 323 f. – Landesmediengesetz Baden-Württemberg. Allgemein *Grzeszick*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG III (97. EL), Art. 20 Rn. 128; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 152.

<sup>1798</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300, 334 Rn. 77 – Wunsiedel. Zur Komplexität dieses gesetzgeberischen Balanceakts siehe *Calliess*, JZ 2006, S. 326.

<sup>1799</sup> Vgl. BVerfG, ebd., 336 Rn. 80 – Wunsiedel.



zumeist durch Algorithmen und Filterblasen geprägte einseitige Meinungsbildung aus, bei der die Informationsvermittler wie soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste darüber mitentscheiden, welche Angebote der Rezipient konsumiert. Sie ist weiter dadurch gekennzeichnet, dass der Einsatz von „Social Bots“ – in einer als „Bot“-Armee formierten, unnachahmlichen „Claquerque“ – bestimmte Ansichten als vermeintliche gesellschaftliche Mehrheitsmeinung oder unwahre Tatsachen aufgrund ihrer vielfachen Wiederholung als wahr suggeriert. Der Schaden liegt in einem Ausschluss von Meinungsp pluralität, indem ganze Meinungsspektren unsichtbar gemacht und eine Auseinandersetzung mit ihnen ausgeschlossen werden könnten.

Ob hierfür eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen.<sup>1800</sup> Eine von Filterblasen und „Bots“ ausgehende existenzielle Bedrohung, die nur eine vollständig einseitige Wahrnehmung von Tendenzen zulässt, die Rezeptionswahrscheinlichkeit anderer Ansichten systematisch verringert und den Meinungsp pluralismus aufhebt, lässt sich (noch) nicht ohne weiteres begründen. Nutzer von Informationsvermittlern im Internet verwenden derweil auch noch andere Informationsquellen als soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste.<sup>1801</sup> Der Staat muss aufgrund der objektiv-rechtlichen Dimension der Kommunikationsfreiheiten „nur“ eine funktionierende Kommunikationsordnung sicherstellen und erhalten, so dass ein jeder Grundrechtsträger seine Kommunikationsgrundrechte tatsächlich wahrnehmen kann, um seine Meinung frei von Diskriminierung äußern zu können – nicht mehr und nicht weniger.<sup>1802</sup>

Ob in diesem Kontext – Stichwort *Brexit* und US-Präsidentchaftswahl 2016 – eine Schutzpflicht aus demokratischen Gründen aktiv ausgelöst wird, da die Wahlfreiheit besonders schwerwiegend beeinträchtigt würde, ohne dass eine Abwehrmöglichkeit – auch unter Zuhilfenahme staatlicher Stellen – bestünde, ist unklar.<sup>1803</sup> Nur weil aber keine aktive Handlungspflicht ausgelöst wird, ist ein gesetzgeberisches Tätigwerden zum Schutz von Verfassungsgütern nicht ausgeschlossen;

<sup>1800</sup> Vgl. beispielsweise *Neudert*, Computational Propaganda in Germany, S. 23; *Woolley/Guilbeault*, Computational Propaganda in the USA, S. 22 f. Dagegen *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 9 ff. Die Gefährdungslage für Social Bots bejahend *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75. So wie hier *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496. Siehe zum verfassungsrechtlichen Feststellungskonzept der Unterschreitung des grundrechtlichen Untermaßes *Calliess*, JZ 2006, S. 329. Siehe Abschnitt „Einflussnahme auf demokratische Entscheidungen des Souveräns“ unter Punkt B. IV. 3.

<sup>1801</sup> Vgl. *Hölig/Hasebrink/Behre*, Reuters Institute Digital News Report 2021 – Ergebnisse für Deutschland, S. 5, S. 20.

<sup>1802</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 221; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (37. Ed.), GG, Art. 5 Rn. 13; *Libertus*, ZUM 2018, S. 22; *Milker*, ZUM 2017, S. 220, mit Hinweis auf BVerwGE 72, 113, 118 – Notwendiger Lebensunterhalt.

<sup>1803</sup> Zum Schutzpflichtforderndnis in diesem Zusammenhang siehe BVerfGE 103, 111, 133, 135 – Wahlprüfung Hessen. *Neudert*, Computational Propaganda in Germany, S. 23; *Woolley/Guilbeault*, Computational Propaganda in the USA, S. 22 f. Dagegen *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. 9 ff. Ferner Abschnitt „Einflussnahme auf demokratische Entscheidungen des Souveräns“ unter Punkt B. IV. 3.

bei seiner Ausgestaltung kommt dem Gesetzgeber vielmehr ein grundsätzlich weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>1804</sup> Er kann deshalb vorsorglich Maßnahmen treffen, damit Schutzpflichten gar nicht erst aktiviert werden. Da die Meinungsbildung im Falle einmaliger Verzerrung nur noch schwer korrigiert werden kann, läuft eine zunächst enthaltsame Gesetzgebung Gefahr, ab einem bestimmten Punkt zu spät zu kommen. Dies verstärkt das Erfordernis gesetzlicher Maßnahmen.

## II. Regulierung des Einsatzes von „Social Bots“

Ferner sind neben den bereits bestehenden Kennzeichnungspflichten<sup>1805</sup> weitere Regulierungsoptionen im Zusammenhang mit der Verwendung von „Social Bots“ auszuloten, da die künstlichen Meinungsmacher häufig in Verbindung mit der Verbreitung von Desinformation stehen und ihre Wirkung verstärken.

„Bots“ werden aufgrund ihrer nahezu unmöglichen Unterscheidbarkeit von der Kommunikation natürlicher Grundrechtsträger als menschliche Nutzer wahrgenommen, was die Suggestivkraft ihrer Beiträge erhöht. Sind mehrere „Bots“ oder ein „Bot“, der unterer mehreren Profilen tätig wird, darauf eingestellt, ähnliche Inhalte zu äußern, ergibt sich ein überzeugend anmutender Einklang mit einer unter Umständen hohen Breitenwirkung. Die Rezipienten werden mit einer vermeintlichen gesellschaftlichen Mehrheitsmeinung konfrontiert, die möglicherweise dazu führt, dass sich grundsätzlich Andersdenkende von ihr eingeschüchtert fühlen und von abweichenden Äußerungen absehen (sog. Schweigespirale).<sup>1806</sup>

Die bestehende deutsche Regulierung in Form der nutzergerichteten Kennzeichnungspflicht (§ 18 Abs. 3 MStV) gilt nur für Nutzer mit Sitz in Deutschland. Die netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht (§ 93 Abs. 4 MStV, § 97 S. 2 MStV) ist *de lege lata* aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit des Marktortprinzips aus § 1 Abs. 8 S. 1 (S. 3) MStV<sup>1807</sup> derweil nur auf soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste mit Sitz in Deutschland oder außerhalb der Europäischen Union anwendbar. Dies führt zu der für den Rezipienten wenig nachvollziehbaren Situation, dass ein Netzwerk oder Videosharing-Dienst mit Sitz in Deutschland oder außerhalb der Europäischen Union für die Kennzeichnung von „Bots“ Sorge trägt, während die populären großen Dienste im europäischen Binnenmarkt dies nicht müssen. Diese Uneinheitlichkeit kann sich negativ auf die Meinungsbildung auswirken, so-

<sup>1804</sup> Vgl. BVerfGE 128, 300, 332 – Wunsiedel; 100, 1, 37 – Rentenanwartschaften der DDR; 76, 220, 241 – Rehabilitationsrecht; 75, 78, 101 – Erwerbsunfähigkeitsrente. Siehe auch *Milker*, ZUM 2017, S. 220.

<sup>1805</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflichten“ unter Punkt E. II. 2.

<sup>1806</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1807</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

weit Nutzer nachvollziehbar, aber irrtümlich davon ausgehen, dass „Bot“-Inhalte in allen Mitgliedstaaten gekennzeichnet würden und ungekennzeichneten Beiträgen ohne weitere Reflexion vertrauen.

Einer lückenlosen nationalen Regulierung *de lege ferenda* steht das Herkunftslandprinzip der ECRL jedenfalls entgegen, soweit ein „Bot“ einen Dienst der Informationsgesellschaft darstellt<sup>1808</sup> und sich keine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL begründen lässt. Ein praktischer Nutzen zum Schutz der unverzerrten Meinungsbildung kann sich daher rechtssicher erst einstellen, wenn der europäische Gesetzgeber entsprechende umfassende Kennzeichnungspflichten für soziale Netzwerke sowie Videosharing-Dienste und Nutzer aus den Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der hier gemachten Vorschläge erlässt. Aber auch der DSA erfasst die „Bot“-Regulierung in sozialen Medien nicht, obwohl eine entsprechende Vorschrift für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste durchaus eine Sorgfaltspflicht im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. b) DSA darstellen könnte. Da diese Pflicht bislang aber nicht in den koordinierten Bereich des DSA aufgenommen wurde, können die Mitgliedstaaten grundsätzlich weiterhin unter Wahrung des Herkunftslandprinzips eigene Regelungen treffen, vgl. Art. 2 Abs. 3 DSA.

Insgesamt scheint aufgrund der bestehenden Lückenhaftigkeit der deutschen Regulierung allerdings ein zügiges Handeln des Unionsgesetzgebers angezeigt. Die Europäische Kommission hat am 22. April 2021 ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren zugunsten einer (voll) harmonisierenden Verordnung in Bezug auf Künstliche Intelligenz (KI-VO)<sup>1809</sup> angestoßen. Das Europäische Parlament hat sich am 14. Juni 2023 auf eine konsolidierte Entwurfsfassung zu einer Verordnung zur harmonisierten Regulierung künstlicher Intelligenz (KI-VO-E) geeinigt und das Verfahren ins Trilogverfahren übergeleitet.<sup>1810</sup> Ein Inkrafttreten des Verordnungsentwurfs ist damit ein großes Stück näher gerückt.

Art. 52 Abs. 1 KI-VO-E sieht vor, dass die Anbieter (Art. 3 Nr. 2 KI-VO-E) von „KI-Systemen“, die für die Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, so konzipieren und entwickeln, dass das KI-System, der Anbieter selbst oder der Nutzer die natürliche Person, die einem KI-System ausgesetzt ist, rechtzeitig, klar und verständlich darüber informiert, dass sie es mit einem KI-System zu tun hat, es sei denn, dies ist aufgrund der Umstände und des Kontexts der Nutzung offensichtlich. Solche KI-Systeme stellen auch „Bots“ dar.

<sup>1808</sup> Zur Abhängigkeit der Frage seiner Ausgestaltung in Bezug auf die Entgeltlichkeit, siehe Abschnitt „Nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (i).

<sup>1809</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz, COM(2021) 206 final.

<sup>1810</sup> Europäisches Parlament, Gesetz über künstliche Intelligenz, Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 14. Juni 2023 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021) 206 – C9-0146/2021 – 2021/0106/COD), P9\_TA(2023) 0236. Zum Verfahrensstand des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens siehe 2021/0106/COD.

Diese gerade erst durch das EU-Parlament erneuerte Entwurfsfassung baut nicht (mehr) auf einen deutlich sichereren Ansatz als die deutschen Kennzeichnungspflichten auf. Anders als noch nach dem vorherigen Kommissions-Entwurf<sup>1811</sup> zu Art. 52 Abs. 1 KI-VO sind nunmehr nämlich nicht mehr unmittelbar die Anbieter in der Pflicht, für den Hinweis an die Rezipienten – wohl in Form eines Siegels – zu sorgen. Vielmehr müssen Anbieter nur noch sicherstellen, dass entweder das KI-System, der Anbieter selbst oder der Nutzer die Rezipienten informiert. Eine eindeutige Zuweisung der Kennzeichnungspflicht ist hier nicht mehr erkennbar, was mehr Raum für Umgehungen der Pflicht schafft. Sollte der Anbieter das KI-System nicht mit einem entsprechenden Kennzeichen versehen, müsste der Anbieter selbst den Einsatz des Systems kenntlich machen. Hier stellt sich schon die Frage, wie das praktisch geschehen soll. Sollte die Kennzeichnung am Ende dem „Bot“-Nutzer überantwortet werden, bliebe es beim *Status quo*. Die allermeisten Nutzer wollen den Einsatz eines „Bots“ ja gerade verschleiern. Insoweit muss schon jetzt kritisiert werden, dass der jüngere Entwurf des EU-Parlaments unsicherer ist als der vorherige Kommissionsentwurf und damit die Möglichkeit lässt, dem Zweck der transparenten „Bot“-Nutzung zuwiderzulaufen. Ob sich an der aktuellen Fassung noch etwas ändert, wird man bis zum Abschluss des Trilogverfahrens abwarten müssen.

Sicher ist aber schon jetzt, dass mit dem Geltungsbeginn der KI-VO die zwei-stufigen Kennzeichnungspflichten für Nutzer und soziale Netzwerke sowie Video-sharing-Dienste aus dem MStV obsolet werden. Die vollharmonisierende Vorschrift wird keine anderen nationalen Regelungen neben sich zulassen. Eine Öffnungsklausel ist für „Social Bots“ nach dem aktuellen Verfahrensstand nicht vorgesehen.

Nicht verschwiegen werden darf auch, dass Art. 52 Abs. 1 KI-VO-E wegen Art. 85 Abs. 2 KI-VO-E erst 24 Monate nach Inkrafttreten der KI-VO gelten soll. Nach dem aktuellen Verfahrensstand dürfte die KI-VO damit nicht vor 2026 Geltung erlangen. Insoweit ist es umso wichtiger, dass der deutsche Gesetzgeber seine „Bot“-Regulierung *de lege lata* für die Zwischenzeit modifiziert.

### 1. Verbot des „Bot“-Einsatzes

Schon in der Debatte vor dem Erlass der Kennzeichnungspflichten aus § 18 Abs. 3, § 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV forderten einige Stimmen der Literatur ein umfassendes, allgemeingültiges Verbot des Einsatzes von „Social Bots“.<sup>1812</sup>

<sup>1811</sup> COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD).

<sup>1812</sup> *Rosenbach/Traufetter*, Betreiben von Social Bots soll unter Strafe stehen, auf: Spiegel Online, Artikel vom 21. Januar 2017; PWC, Social Bots: Gefahr für die Demokratie?, S. 8.

a) *Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht*

Ein Verbot kollidierte mit dem Herkunftslandprinzip.<sup>1813</sup> Jedoch soll nicht unerwähnt bleiben, dass zumindest Irland in seinem aktuellen, aber noch nicht verabschiedeten Entwurf zur Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017<sup>1814</sup> mit Part 2 Nr. 6 (1) ein strafrechtliches Verbot für „Social Bots“ einführen möchte, das dann eingreifen soll, wenn eine Person wissentlich einen „Bot“ dazu einsetzt, einem anderen Plattformnutzer vorzuspiegeln, dass politischen Zwecken dienende „Bot“-Inhalte von verschiedenen individuellen Nutzern stammen. Sollte dieser Entwurf verabschiedet werden, kollidierte ein deutsches vollumfängliches Verbot des „Bot“-Einsatzes zumindest in diesem politischen Zusammenhang für irische „Bot“-Verwender nicht mit dem Herkunftslandprinzip, im Übrigen – also für andere Zusammenhänge und „Bot“-Verwender, die in Mitgliedstaaten ohne entsprechendes Verbot niedergelassen sind – jedoch weiterhin. Für ein umfassendes Verbot müsste der deutsche Gesetzgeber daher die Ausnahmevorschrift des Art. 3 Abs. 4 ECRL bemühen.

b) *Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Nutzer, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG*

Da weitere Verstöße gegen höherrangiges Recht nicht ersichtlich sind, wird nur noch geprüft, ob das Verbot mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender vereinbar wäre.

aa) Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Einsatz von „Social Bots“ zur Verbreitung von Inhalten als Äußerungsmodalität von der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.<sup>1815</sup> Ein diesen Einsatz unterdrückendes Verbot stellt daher einen unmittelbaren Eingriff in die Meinungsfreiheit des „Bot“-Verwenders dar. Die teils von Stimmen der Literatur angenommenen Schutzbereichsausschlüsse für die Inhaltsverbreitung durch „Bot“ sind abzulehnen und die konkreten Umstände in einer Güterabwägung zu berücksichtigen.<sup>1816</sup>

<sup>1813</sup> Siehe Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation de lege ferenda“ unter Punkt G.

<sup>1814</sup> Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas, Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017 (150/2017). Der Entwurf befindet sich aktuell im Committee Stage (Dáil Éireann, Third Stage, 31. März 2021).

<sup>1815</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb). Nur den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit eröffnen *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S. 496.

<sup>1816</sup> Siehe Abschnitt „Schutzbereichsexklusion durch besondere Sozialwidrigkeit von „Social Bots“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb). Anders hingegen *Löber/Roßnagel*, ebd.

## bb) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Das Verbot wäre verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn es die Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehaltes von Art. 5 Abs. 2 GG erfüllte und verhältnismäßig wäre, also einen legitimen Zweck verfolgt und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

## (i) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck eines Verbots

Ein Verbot ließe sich als allgemeines Gesetz<sup>1817</sup> formulieren, das sich nicht gegen eine bestimmte Meinung als solche richtet, aber dem Schutz eines schlechthin zu schützenden Rechtsgutes, namentlich einer transparenten, unverzerrten Meinungsbildung sowie der Stärkung der Integrität des Kommunikationsprozesses, dient.

## (ii) Geeignetheit eines Verbots

Das Verbot wäre geeignet, wenn es den legitimen Zweck zumindest fördern könnte.<sup>1818</sup>

Ein grundlegendes Verbot könnte einer verzerrten Meinungsbildung durch den Programminsatz vorbeugen und den Schutz der freien Meinungsbildung damit fördern. Es kann daher grundsätzlich als geeignet angesehen werden.

Jedoch gilt zu bedenken, dass eine generelle Untersagung des „Bot“-Einsatzes auch die vielfältigen anderen – positiven – Einsatzweisen der Kommunikationshilfsmittel träfe, die nicht mit der massenhaften Desinformationsverbreitung gleichgesetzt werden können.<sup>1819</sup>

Als Positivbeispiel für den Einsatz von „Bots“ lässt sich der automatisierte Kundendienst nennen, der in Form von E-Mails oder im Chat auf Kundenrückfragen antwortet und den Fragen eines Kunden schnell und regelmäßig zufriedenstellend abhilft.<sup>1820</sup> Dieser Einsatz bedeutet in der Regel eine erhebliche Arbeitsentlastung für den Einsetzenden und zeitigt allenfalls in besonderen Ausnahmefällen Auswirkungen auf die freie Meinungsbildung. Zur Förderung des intendierten legitimen Zwecks erschiene es daher hinreichend, wenn das Verbot nur Einsatzvarianten erfasste, in denen ernstliche Gefahren für die freie Meinungsbildung bestehen, wie

<sup>1817</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>1818</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

<sup>1819</sup> Problematisch erscheint die verfassungsrechtliche Verortung dieses Arguments. Nach Paal/Hennemann, JZ 2017, S. 651 sei ein umfangliches Verbot „nicht zielführend“. Milker, ZUM 2017, S: 205 f. erklärt ein solches Verbot für jedenfalls nicht erforderlich.

<sup>1820</sup> Ebd. Siehe ferner *idealo*, Wie zufrieden waren Sie mit diesem Kontakt?, auf: Statista.com, Studie vom 4.–8. Januar 2018. Zu weiteren Einsatzvarianten, siehe A. Steiner, Die Bot-Revolution geht los, auf: FAZ.net, Artikel vom 22. April 2016; Bitkom, Für welche Bereiche könnten Sie sich den Einsatz von Chatbots vorstellen?, auf: Statista.com, Studie vom November 2016; *idealo*, Wann finden Sie den Einsatz von Chatbots sinnvoll und wann nicht?, auf: Statista.com, Studie vom 4.–8. Januar 2018.

beispielsweise bei der automatisierten Verbreitung von Nutzerinhalten oder der kommunikativen Einflussnahme durch Tätigkeiten innerhalb sozialer Medien wie dem Teilen von Beiträgen Dritter oder ihrem „Liken“.

Selbst wenn man diese Entscheidung hinsichtlich der Zweckdienlichkeit des Verbots als noch von der Einschätzungsprärogative der Legislative gedeckt ansieht, setzen sich dieselben Probleme im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung fort.

(iii) Erforderlichkeit eines Verbots

Das Verbot wäre erforderlich, wenn es kein gleich geeignetes, milderes Mittel gäbe, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1821</sup> Hieran bestehen bei einem vollumfänglichen Verbot Zweifel. Einerseits kommen Verbote im Zusammenhang mit Kommunikation nur *ultima ratio* in Betracht, da ein Verbot die Maßnahme mit der höchsten Eingriffsintensität darstellt. Als mildere, gleich geeignete Maßnahme lässt sich ein Verbot desjenigen „Bot“-Einsatzes annehmen, der regelmäßig Gefahren für die individuelle Meinungsbildung begründet.

Aber selbst ein eng umgrenztes Verbot ist nicht das mildeste aller gleich geeigneten Mittel. Denn nicht jeder Verwender eines auch meinungsbildungsrelevant genutzten „Bots“ treibt mit diesem stets auch Missbrauch, etwa wenn Wetterereignisse getwittert oder Supportanfragen im Kundenservice erfolgen.<sup>1822</sup> Eines vollständigen Verbots bedarf es deshalb nicht.

Gleich geeignet, aber milder sind bußgeldbewährte Kennzeichnungspflichten von „Bot“-Posts und „Bot“-Handlungen.<sup>1823</sup> In Bezug auf die gleiche Eignung lässt sich sagen, dass ein Verbot zwar *prima facie* die höchste Effektivität zur Verhinderung von Gefahren aufzuweisen scheint. Allerdings rührt die meinungsrelevante Wirkung der „Bot“-Beiträge gerade daher, dass sie der einfache Nutzer nicht mehr von menschlichen Beiträgen unterscheiden kann. Diese Gefahr einer unbemerkten Meinungsverzerrung können Kennzeichnungspflichten mindestens genauso effektiv eindämmen. Sie sind unter Umständen sogar besser geeignet, weil ein Verbot keine Transparenz schafft. Selbst bei einer in Aussicht gestellten und unter Umständen generalpräventiv wirkenden Strafe führen Verstöße gegen das Verbot auch weiterhin zur Meinungsbeeinflussung der Rezipienten. Dabei wird die generalpräventive Wirkung einer unter Umständen angedrohten Strafe durch die bereits erörterte Problematik der Durchsetzung von Verboten bei der „Bot“-Verwendung abgemildert.

Milder sind Kennzeichnungspflichten schon deshalb, weil die Möglichkeit des „Bot“-Einsatzes als eine von der Äußerungsfreiheit geschützte Modalität – wenn gleich aufgrund der Missbrauchsgefahren mit geringerer Schutzwürdigkeit – ge-

<sup>1821</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>1822</sup> Ebd.

<sup>1823</sup> Diesen Vorschlag unterbreitete bereits vor Schaffung von Kennzeichnungspflichten im deutschen Recht die European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S. 23; *Milker*, InTer 2017, S. 205 f.; *Drexler*, ZUM 2017, S. 543 m. w. N.



wahrt bleibt und dabei lediglich das Nutzen dieser Modalität offenkundig gemacht wird. Dabei trägt der Verwender, der einen „Bot“ nicht missbräuchlich einsetzen will, im Falle der Kennzeichnung – anders als bei einem Verbot – keine nachteiligen Folgen. Denn er wird regelmäßig keinen Grund haben, die Kundgabemodalitäten verschleiern zu wollen.<sup>1824</sup> Ein Verbot ist daher nicht erforderlich; Kennzeichnungspflichten sind milder und – bei wirksamer Ausgestaltung – gleich geeignet.

(iv) Ergebnis: Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Ein Verbot des Einsatzes von „Bots“ wäre nicht verfassungsmäßig gerechtfertigt.

*c) Ergebnis: Verbot des „Bot“-Einsatzes*

Ein Verbot wäre mit der Meinungsfreiheit unvereinbar und dürfte nicht erlassen werden.

## **2. Pflicht zur Kennzeichnung nur von durch „Bots“ verbreiteten „Fake News“**

Eine Anordnung, nach der soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste nur zur Kennzeichnung von durch „Bots“ verbreiteten, ungekennzeichneten „Fake News“ verpflichtet würden, adressierte den Zusammenhang der Verbreitung von „Fake News“ durch „Bots“ unmittelbar. Sie soll einerseits auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht und andererseits auf ihre Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der adressierten Dienste und Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender geprüft werden.

*a) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht*

Ungeachtet der Pflichten aus dem Herkunftslandprinzip<sup>1825</sup> ist die Anordnung, die bloß auf die Überwachung des Einsatzes und Kennzeichnung von „Bots“ gerichtet ist, mit Art. 15 ECRL vereinbar. Nach Art. 15 Abs. 1 ECRL erlegen die Mitgliedstaaten etwa „Host-Providern“ wie sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Dabei ist erstens der „Bot“-Einsatz selbst nicht rechtswidrig und zweitens handelt es sich bei dem bloßen „Bot“-Einsatz nicht um fremde Informationen im Sinne von Äußerungsinhalten.<sup>1826</sup>

<sup>1824</sup> Vgl. *Jülicher/Röttgen*, InTer 2018, S. 19.

<sup>1825</sup> Siehe Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation de lege ferenda“ unter Punkt G.

<sup>1826</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV und Art. 15 ECRL“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (ii).

Jedoch liefe eine Pflicht, die die Dienste zum eigenständigen Forschen nach verbreiteten „Fake News“ verpflichtete, zumindest teilweise Art. 15 ECRL zuwider. Denn „Fake News“-Inhalte können rechtswidrig sein. Deshalb müsste die Anordnung zumindest ein dem NetzDG ähnelndes „*Notice-and-Act*“-Verfahren<sup>1827</sup> bereithalten, nach dem die Dienste auf Meldungen hin prüfen.

Soweit die „Fake News“-Inhalte rechtswidrig sind, muss der Dienst sie ohnehin unverzüglich nach Kenntnisnahme entfernen, Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL, Art. 16 DSA. Insoweit könnte sich also die Kennzeichnungspflicht inhaltlich nur auf solche von „Bots“ verbreiteten „Fake News“ beschränken, die nicht rechtswidrig sind.

*b) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der adressierten Dienste aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG*

Eine auf rechtmäßige, von „Bots“ verbreitete „Fake News“ gerichtete Kennzeichnungspflicht müsste ferner mit der Berufsfreiheit der Dienstbetreiber und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender vereinbar sein.

aa) Eingriff in die Berufsfreiheit der Dienstbetreiber und die Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender

Eine solche nur an soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste adressierte Pflicht wiese nach obigen Ausführungen einen unmittelbar berufsregelnden Charakter auf, da sie final darauf gerichtet wäre, eine transparente Meinungsbildung sicherzustellen und sich – je nach Ausformung – mit Zwangsmitteln durchsetzen ließe. Die Pflicht begründete daher einen klassischen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber. Ferner griffe diese Pflicht zumindest mittelbar-faktisch und dem Staat zurechenbar in die Meinungsäußerungsfreiheit der „Bot“-Verwender ein.<sup>1828</sup>

bb) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Eingriffe wären verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Ausformung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, mithin einen legitimen Zweck verfolgt und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(i) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck

Da die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG einem qualifizierten und die Berufsausübungsfreiheit nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, muss die Kennzeichnungspflicht für durch „Bots“ verbreitete, nicht rechtswidrige „Fake News“ die qualifizierten Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 GG einhalten. Eine sol-

<sup>1827</sup> Vgl. BVerfGE 152, 216, 261 f. Rn. 131 – Recht auf Vergessen II.

<sup>1828</sup> Siehe Abschnitt „Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (i).

che Pflicht ließe sich als allgemeines Gesetz<sup>1829</sup> formulieren, da sie sich nicht gegen eine bestimmte Meinung als solche richtet, aber dabei dem Schutz des überragend wichtigen Rechtsguts der unverzerrten Meinungsbildung dient.

(ii) Geeignetheit

Die Pflicht zur Kennzeichnung nur von „Bots“ verbreiteten „Fake News“ wäre geeignet, wenn sie den legitimen Zweck zumindest fördern könnte.<sup>1830</sup> Hieran ließe sich bereits zweifeln. Zwar lässt sich nicht vollständig ausschließen, dass eine solche Pflicht die unverzerrte Meinungsbildung fördern kann, wenn beispielsweise für den Dienst offenkundig ist, dass ein ungekennzeichneter „Bot“-Inhalt vorliegt, der rechtmäßige „Fake News“ beinhaltet. Dass beide Voraussetzungen offensichtlich vorliegen, dürfte für einen Dienst aber in den aller seltensten Fällen erkennbar sein. Ob die Pflicht daher einen tatsächlichen Nutzen hätte, ist fragwürdig. Dennoch könnte der Gesetzgeber von seiner Einschätzungsprärogative Gebrauch machen, das Fördern der Anordnung für möglich erachten und auf die Geeignetheit erkennen.<sup>1831</sup>

(iii) Erforderlichkeit

Die Kennzeichnung nur von „Bots“ verbreiteten „Fake News“ wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderer Mittel bestünde, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1832</sup>

Zwar wirkte der mittelbare Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzer von „Bots“ einerseits weniger schwer, da nicht mehr jeder „Bot“-Content gekennzeichnet würde. Andererseits ginge sie über die *de lege lata* bestehende netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV hinaus und wäre damit eingriffintensiver für die Dienste. Dabei kann eine Kennzeichnungspflicht, die sich auf durch „Bots“ verbreitete, nicht rechtswidrige „Fake News“ beschränkt, die unverzerrte Meinungsbildung nicht in vergleichbarem Maße fördern wie eine allgemeine Kennzeichnungspflicht von „Bot“-Inhalten. Eine solche Pflicht wäre also weniger geeignet als eine allgemeine Kennzeichnungspflicht, ginge aber in ihrer Eingriffintensität für die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber über die allgemeine Kennzeichnungspflicht hinaus. Denn ein Dienstanbieter unterläge dann einer zweifachen Prüfverpflichtung, die ihm einen deutlich höheren organisatorischen und insbesondere finanziellen und personellen Aufwand abverlangte: Er müsste erstens prüfen, ob es sich um einen ungekennzeichneten „Bot“-Inhalt, und zweitens, ob es sich um nicht rechtswidrige „Fake News“ handelt. Zumindest Letzteres bedarf häufig einer tiefgreifenden, in zeitlicher Hinsicht längeren Recherche, so dass die

<sup>1829</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>1830</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

<sup>1831</sup> Vgl. nur BVerfGE 103, 293, 307 f. – Urlaubsanrechnung; *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 39 m. w. N.

<sup>1832</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

Meinungsbildung bis zur Kennzeichnung bereits verzerrt würde. Im Übrigen wirkte eine solche Regulierung nicht der einseitigen Meinungsverzerrung durch das Vorspiegeln einer vermeintlichen gesellschaftlichen Mehrheitsmeinung aufgrund der massenhaften Inhalteverbreitung von „Bots“ entgegen. Sie ist mithin nicht erforderlich.

(iv) Ergebnis Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Der von einer solchen Pflicht ausgehende Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit wäre nicht verfassungsmäßig gerechtfertigt.

cc) Ergebnis: Pflicht zur Kennzeichnung nur von durch „Bots“ verbreiteten „Fake News“

Eine solche Pflicht verstieße gegen die Berufsausübungsfreiheit der Anbieter sozialer Netzwerke und Videosharing-Dienste aus Art. 12 Abs. 1 GG und wäre verfassungswidrig.

### 3. Überarbeitung der Kennzeichnungspflichten (§ 18 Abs. 3, § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV)

Aus der obigen Evaluation<sup>1833</sup> folgt, dass die bisherigen Kennzeichnungspflichten aus § 18 Abs. 3, § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV lückenhaft sind und erweitert oder ihre Anforderungen konkretisiert werden könnten. Herzu soll geprüft werden, ob und inwiefern die folgenden Überarbeitungsvorschläge mit dem Unionsrecht und den Grundrechten von „Bot“-Nutzern und der Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten vereinbar sind.

a) Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung

In Betracht kommt insbesondere eine gesetzliche Klarstellung, wie der Nutzer oder das soziale Netzwerke oder der Videosharing-Dienst die Kennzeichnung eines „Bots“ vornehmen muss. § 18 Abs. 3 MStV, nach dem der Hinweis, dass der Beitrag von einem „Bot“ stammt, gut lesbar bei- oder vorangestellt wird, ermöglicht vielerlei Arten von Kennzeichnungen wie das Verwenden einer Fremdsprache oder eines „Hashtags“, der in aller Regel erst unterhalb des Beitragsinhaltes platziert wird und dem es innewohnt, dass all seine Worte ohne Trennung aneinandergereiht werden, wie etwa „#durcheinenBoterstellt“ oder gar „#socialbotgeneratedcontent“. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass alle Nutzer eine solche Kennzeichnung tatsächlich verstehen oder überhaupt wahrnehmen. Die angeordneten Kennzeichnungspflichten wären damit sinnentleert, da der mit ihnen intendierte Zweck nicht gefördert würde. Diese Lücke schließt auch die netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 (und § 97 S. 2) MStV nicht. Von den

<sup>1833</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

Diensten kann in Bezug auf die Art und Weise der Kennzeichnung nach dem Wortlaut von § 93 Abs. 4 MStV nicht mehr verlangt werden als von dem Nutzer nach § 18 Abs. 3 MStV.

Deshalb könnte das Einfügen einer gesetzlichen Klarstellung erwogen werden, nach der eine Kennzeichnung in deutscher Sprache bzw. in der Sprache des „Bot“-Inhalts erfolgen und dem Beitrag vorangestellt werden muss. Da weitere Verstöße gegen höherrangiges Recht – außerhalb vom Herkunftslandprinzip<sup>1834</sup> – nicht ersichtlich sind, wird nur noch geprüft, ob eine solche Klarstellung mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG und der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten aus Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar wäre.

aa) Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender und der Berufsfreiheit der Dienstanbieter

Hinsichtlich der Eingriffe in Schutzbereiche der Meinungs- und Berufsausübungsfreiheit, die von dieser Konkretisierung der bereits bestehenden Kennzeichnungspflichten ausgehen, lässt sich auf Erörterungen zu den bestehenden Kennzeichnungspflichten verweisen: In Bezug auf die Meinungsfreiheit stellt die Nutzerpflicht einen klassischen Eingriff, die Dienstpflicht einen modernen Eingriff dar. Die Dienstpflicht begründet zudem einen klassischen Eingriff in die Berufsfreiheit der Dienstbetreiber.<sup>1835</sup>

bb) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Eingriffe wären verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Ausformung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, mithin einen legitimen Zweck anstrebt und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(i) Allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG und legitimer Zweck des Eingriffs

Da die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG einem qualifizierten und die Berufsausübung nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, muss sich die konkretisierte Kennzeichnungsanordnung an den qualifizierten Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 GG orientieren. Eine Klarstellung zur Kennzeichnungspflicht ließe sich als allgemeines Gesetz<sup>1836</sup> formulieren, das sich nicht gegen eine bestimmte Meinung

<sup>1834</sup> Siehe Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation de lege ferenda“ unter Punkt G.

<sup>1835</sup> Siehe Abschnitt „Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (i) und Abschnitt „Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii).

<sup>1836</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

als solche richtet, aber dem Schutz des schlechthin zu schützenden Rechtsgutes der transparenten unverzerrten Meinungsbildung und der Stärkung der Integrität des Kommunikationsprozesses dient.

(ii) Geeignetheit der Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung

Die Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung wären geeignet, wenn sie diesen legitimen Zweck zumindest fördern könnten.<sup>1837</sup> Eine gesetzliche Pflicht zum Voranstellen des Hinweises in deutscher Sprache und einfachen Worten kann die unverzerrte Meinungsbildung und die Integrität des Kommunikationsprozesses stärken und wäre hierzu geeignet.

(iii) Erforderlichkeit der Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung

Die Konkretisierung wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, aber milderes Mittel vorliegt.<sup>1838</sup> Als milderes Mittel lassen sich die Kennzeichnungspflichten *de lege lata* klassifizieren, da sie keine feste Vorgabe machen, wie die Kennzeichnung erfolgen muss. Allerdings lässt sich die gleiche Eignung der bestehenden offenen Pflicht mit einer Pflicht, die konkrete Vorgaben in Bezug auf die Kennzeichnung macht, bezweifeln. Eine unverzerrte Meinungsbildung ließe sich besser sicherstellen, wenn die Kennzeichnungspflicht fest vorschriebe, dass der Hinweis, der Beitrag stamme von einem „Bot“, unmittelbar vor den verbreiteten Inhalten in deutscher Sprache, mit einfachen Worten und ohne Verwendung eines „Hashtags“ erfolgen müsste. Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass auch wirklich jeder Rezipient den Hinweis wahrnehmen und verstehen kann. Auch wenn diesem Ansatz vorgeworfen werden könnte, dass für diese Annahme keine konkreten Forschungsansätze bestehen, kann nach allgemeiner Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass ein Rezipient auf einen Hinweis zu Beginn eines Beitrages eher aufmerksam werden wird als auf einen unter Umständen verklausulierten oder durch „Hashtag“ abgesetzten Hinweis in einer anderen Sprache am Ende einer Nachricht. Denn die Aufmerksamkeit eines Rezipienten ist zu Beginn einer Nachricht grundsätzlich am größten. Außerdem liegt es in der Natur der Sache, dass – vor allem längere – Beiträge nicht immer bis zum Ende gelesen werden, so dass auch deshalb ein entsprechender am Ende des Beitrages erfolgender Hinweis teilweise nicht wahrgenommen wird. Eine konkrete Vorgabe, wie die Kennzeichnung zu erfolgen hat, weist daher eine bessere Eignung auf.

Ein milderes Mittel mit gleicher Eignung ist wiederum nicht ersichtlich. Die Konkretisierung der Pflicht hinsichtlich der Art und Weise der Kennzeichnung wäre damit erforderlich.

<sup>1837</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

<sup>1838</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

(iv) Angemessenheit der Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung

Die Konkretisierung müsste zudem angemessen sein. Der mit ihr verbundene Eingriff dürfte nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck stehen.

Dabei steht der Schutz der individuellen, unverzerrten Meinungsbildung innerhalb sozialer Netzwerke und Videosharing-Dienste dem Schutz der Meinungsfreiheit der Netzwerknutzer und der Berufsfreiheit der Dienstanbieter gegenüber. Hinsichtlich der Abwägung kann weitgehend auf diejenige zur Kennzeichnungspflicht *de lege lata* verwiesen werden.<sup>1839</sup> Denn es handelt sich bei der hier geprüften Konkretisierung bloß um die konkrete Ausgestaltung der Art und Weise in Form der Darstellung der Kennzeichnung.

Abweichungen ergeben sich nur insoweit, als dass die Äußerungsmodalitäten des „Bot“-Verwenders weiter eingeschränkt werden. Schließlich wird ihm die Möglichkeit der Umgehung in Form einer verschleiernenden Kennzeichnung genommen. Eine verschleiernde Kennzeichnung ist insoweit nicht schutzwürdig, da mit ihr darüber getäuscht werden soll, dass ein „Bot“ hinter dem verbreiteten Inhalt steht und kein Mensch. Eben dieses Verhalten will die Kennzeichnungspflicht ausschließen, um den Rezipienten zu befähigen, Beiträge von „Bots“ zum Schutz vor verzerrter Meinungsbildung zu erkennen. Diese Konkretisierung der Kennzeichnungspflicht wiegt insoweit nicht schwerer als die Kennzeichnungspflicht *de lege lata*.

Für die Anbieter von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten wöge der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit durch die Konkretisierung indes etwas schwerer als der mit der Kennzeichnungspflicht nach § 93 Abs. 4 (i. V. m. § 97 S. 2) MStV *de lege lata* einhergehende Eingriff. Denn die Dienste müssten bei Änderung nunmehr für eine bestimmte Darstellung Sorge tragen. Allerdings wöge der Eingriff insgesamt dennoch nicht deutlich schwerer als der bereits bestehende, da die Pflicht bloß die Anzeige der Kennzeichnung betrifft und keine Auswirkungen auf die Pflicht zum Erkennen von „Bots“ hat. Als einziges Gegenargument könnte ins Feld geführt werden, dass eine konkretisierte Kennzeichnungspflicht eine gewisse Nutzerunfreundlichkeit birgt. Da Kennzeichnungen aber ohnehin schon *de lege lata* gut lesbar erfolgen müssen, fällt auch das Argument einer möglichen Nutzerunfreundlichkeit durch eine neue Form der Kennzeichnung kaum ins Gewicht. Vielmehr lässt sich die Berufsausübungsfreiheit durch Belange des Allgemeinwohls einschränken, die vorliegend im Schutz des überragend wichtigen Rechtsguts einer unverzerrten Meinungsbildung durch die gesteigerte Transparenz von „Bot“-Beiträgen in den Diensten liegen.<sup>1840</sup> Die konkretisierte Kennzeichnungspflicht wäre angemessen.

<sup>1839</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4).

<sup>1840</sup> Zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit siehe BVerfGE 117, 163, 182 – Anwalts-honorar; 111, 10, 32 – Ladenschluss; 103, 1, 10 – Singularzulassung von Rechtsanwälten; 7, 377, 405 – Apothekenurteil.



(v) Ergebnis: Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die hier vorgeschlagenen gesetzlichen Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung wären verfassungsmäßig gerechtfertigt.

cc) Ergebnis: Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung

Diese Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung wären mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender und der Berufsfreiheit der Dienstanbieter vereinbar und könnten – unter Einhaltung des Herkunftslandprinzips – vom Gesetzgeber erwogen werden.

*b) Fristsetzung für die Kennzeichnung von „Bot“-Beiträgen durch Dienstbetreiber*

Im Übrigen besteht für die Betreiber der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste derweil keine Frist, in der sie der Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 3 (und § 97 S. 2) MStV nachkommen müssen. Dies hängt mit der Weichzeichnung der Vorschrift zusammen, wonach die Dienste zunächst nur die Rahmenbedingungen sicherstellen müssen, damit die Nutzer ihre Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV erfüllen können. Erst auf zweiter Ebene wird ein Bemühen der Dienste zur Kennzeichnung ungekennzeichneter „Bot“-Inhalte gefordert, ohne einen lückenlosen Schutz vor ungekennzeichneten Inhalten sicherstellen zu müssen.<sup>1841</sup> Mit diesem Verständnis der netzwerkgerichteten Kennzeichnungspflicht ließe sich eine gesetzlich angeordnete Frist zur Kennzeichnung nicht vereinbaren.<sup>1842</sup>

Im Rahmen der schnelllebigen Internetkommunikation und der Möglichkeit einer massenhaft automatisierten Informationsverbreitung ist es zum Schutz einer unverzerrten Meinungsbildung von besonderer Bedeutung, „Bot“-Inhalte schnellstmöglich zu kennzeichnen. Selbst wenn der Verwender eines „Bots“ grundsätzlich zur Kennzeichnung verpflichtet ist, lässt sich vor allem im Zusammenhang mit der Verbreitung von „Fake News“ vermuten, dass die Pflicht umgangen wird oder zumindest im Wege der *de lege lata* bestehenden Möglichkeiten, etwa durch Kennzeichnung mittels „Hashtag“ am Ende eines Beitrages in einer anderen Sprache, verschleiert zu werden sucht. Auch sind „Bot“-Verwender mit Sitz im Ausland gerade nicht zur Kennzeichnung verpflichtet. Nur die adressierten Dienste tragen die Sorge der Kennzeichnung. Dass ausländische Einflussnahmeversuche vor allem im Rahmen demokratischer Zusammenhänge nachgewiesen wurde, in denen innerhalb kürzester Zeit ein nachhaltiger Schaden eintreten kann, erhöht das Verlangen nach Kennzeichnungsfristen.

Daher wird geprüft, ob eine veränderte netzwerkgerichtete Pflicht mit dem Unionsrecht (aa)) und den Grundrechten von „Bot“-Nutzern und Dienstbetreibern (bb)) im Einklang stünde, nach der der Anbieter eines sozialen Netzwerks oder

<sup>1841</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>1842</sup> Vgl. zum gesetzgeberischen Willen Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S. 50.

Videosharing-Dienstes verpflichtet wäre, eine Erkennung und Kennzeichnung ungekennzeichneter „Bot“-Inhalte innerhalb einer bestimmten Frist vornehmen zu müssen.

aa) Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Neben dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip<sup>1843</sup> müsste eine Fristenregelung mit Art. 14 und 15 ECRL vereinbar sein.

Art. 14 Abs. 1 ECRL legt Haftungsprivilegierungen für den „Host-Provider“ fest. Er ist nicht für fremde Inhalte verantwortlich, wenn er keine Kenntnis von ihnen hat und muss rechtswidrige Fremdinhalte erst ab Kenntnisnahme unverzüglich aus seinem Dienst entfernen. Bei der Kennzeichnung von „Bot“-Inhalten geht es aber gar nicht um ein unverzügliches Entfernen von Inhalten. Weiter stellt die der Kennzeichnung unterliegende bloße „Bot“-Verwendung keinen Fremdinhalt im Sinne einer Äußerung dar, sondern lediglich eine Äußerungsmodalität. Dabei ist die bloße Verwendung eines „Bots“ noch nicht rechtswidrig. Insofern kollidiert die Fristenregelung zur Kennzeichnung nicht mit Art. 14 Abs. 1 ECRL.

Selbst wenn ein rechtswidriger Inhalt, der durch einen „Bot“ verbreitet wurde, aufgrund der Kennzeichnungsfrist mit dem Hinweis darauf gekennzeichnet werden müsste, dass er von einem „Bot“ stammt, wäre die Verantwortlichkeit des Dienstes aus Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL noch nicht ausgelöst, da eine Löschverpflichtung erst unverzüglich ab Kenntnisnahme von der Rechtswidrigkeit des Inhalts besteht. Eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 ECRL begründete eine Kennzeichnungsfrist nicht.

Auch verletzte die Anordnung einer Kennzeichnungsfrist nicht den Art. 15 ECRL, der eine allgemeine Verpflichtung von Diensten ausschließt, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Der „Bot“-Einsatz selbst ist weder rechtswidrig, noch handelt es sich bei dem bloßen „Bot“-Einsatz um fremde Informationen im Sinne von Äußerungsinhalten.<sup>1844</sup>

bb) Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Ferner müssten die Kennzeichnungsfristen mit der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter der adressierten Dienste und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender vereinbar sein.

<sup>1843</sup> Siehe Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation de lege ferenda“ unter Punkt G.

<sup>1844</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 MStV und Art. 15 ECRL“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (ii).

(i) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit Dienstanbieter und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender

Das Setzen von Erkennungs- und Kennzeichnungsfristen stellte einen Eingriff im klassischen Sinne in die Berufsausübungsfreiheit der Anbieter der adressierten Dienste und einen Eingriff im modernen Sinne in die Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender dar.<sup>1845</sup>

(ii) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Eingriffe wären verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Ausformung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, mithin einen legitimen Zweck verfolgt und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck einer Kennzeichnungsfrist

Da die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG einem qualifizierten und die Berufsausübung nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, muss sich die Fristenregelung an den qualifizierten Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 GG orientieren. Die Regelung ließe sich als allgemeines Gesetz<sup>1846</sup> i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG formulieren, die sich nicht gegen eine bestimmte Meinung als solche richtet, aber dem Schutz eines schlechthin zu schützenden Rechtsgutes, namentlich einer unverzerrten Meinungsbildung sowie der Stärkung der Integrität des Kommunikationsprozesses, dient.

(2) Geeignetheit einer Kennzeichnungsfrist

Die Kennzeichnungsfrist wäre geeignet, wenn sie den legitimen Zweck fördern könnte.<sup>1847</sup> Dies ist bei der gesetzlichen Erkennungs- und Kennzeichnungsfrist der Fall. Indem sie in kurzer Zeit Transparenz über die Herkunft von Inhalten herstellt, kann sie die unverzerrte Meinungsbildung fördern und die Integrität des Kommunikationsprozesses stärken.

(3) Erforderlichkeit einer Kennzeichnungsfrist

Die Kennzeichnungsfrist wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel vorhanden wäre, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1848</sup> Ein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Erreichung des legitimen Zwecks ist nicht ersichtlich.

<sup>1845</sup> Vgl. zur Anordnung der Fristen im NetzDG *Nolte*, ZUM 2017, S. 560; *Ladewig/Gostomzyk*, K&R 2017, S. 392. Siehe Abschnitt „Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (i) und Abschnitt „Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii).

<sup>1846</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>1847</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

<sup>1848</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

Das *de lege lata* bloß erforderliche Sorgetragen der Dienste (§ 93 Abs. 4 MStV), dass „Bot“-Beiträge gekennzeichnet werden, ist nicht gleich geeignet, Kennzeichnungen überhaupt oder in vergleichbarer Zeit sicherzustellen.<sup>1849</sup> Die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht gilt *de lege lata* zwar unmittelbar für den Zeitpunkt der Verbreitung eines Inhalts, greift jedoch nur für „Bot“-Verwender mit Sitz in Deutschland und kann daher keine vergleichbare Transparenz absichern wie eine gesetzliche Kennzeichnungsfrist für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste.

Jedoch fragt sich, wie die einer Frist unterliegende Kennzeichnungspflicht ausgestaltet werden müsste. Einerseits könnte sich die Regelung am Vorbild der Störerhaftung orientieren, nach der unverzüglich gekennzeichnet werden müsste, sobald der Betreiber des Dienstes Kenntnis von einem „Bot“-Inhalt hätte, und Sanktionen gegen den Dienstbetreiber erst möglich wären, wenn er nicht alles ihm Zumutbare für die Erkennung getan hätte.<sup>1850</sup> Andererseits könnten die Fristenregelungen des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG zum Leitbild genommen werden. Die Eingriffsintensität der Vorgabe durch die Störerhaftung weicht nicht von der durch das NetzDG ab. Vielmehr konkretisieren die NetzDG-Vorschriften den Begriff der Unverzüglichkeit der Störerhaftung durch Bearbeitungshöchstgrenzen.<sup>1851</sup>

Ungeachtet dessen reicht eine gesetzliche Fristvorgabe aus, nach der die Dienste eine Kennzeichnung unverzüglich ab Kenntnis eines ungekennzeichneten „Bot“-Beitrages vornehmen müssten. Denn anders als bei den Löschverpflichtungen nach dem NetzDG geht es hier um eine bloß technische Kontrolle, ob ein Beitrag automatisiert verbreitet wurde. Dies können die adressierten Dienste grundsätzlich anhand ihres „Application Programming Interfaces“ sogar mittels Algorithmus hinreichend sicher nachvollziehen.<sup>1852</sup> Es bedarf keiner mitunter komplexen rechtlichen Prüfung, ob ein Äußerungsinhalt rechtswidrig ist, so dass auch der durch die Störerhaftung vorgegebene unbestimmte Rechtsbegriff der Unverzüglichkeit zur Löschung durch eine Bearbeitungshöchstgrenze nicht näher bestimmt werden muss. Die Kennzeichnung kann unmittelbar nach der Erkennung des „Bot“-Beitrages erfolgen.

Wichtiger wäre also, dass sichergestellt würde, dass die adressierten Dienste von einem „Bot“-Inhalt schnellstmöglich Kenntnis erlangen und daraufhin kennzeichnen, so dass auch die Nutzer dies unverzüglich wahrnehmen können. Hierzu könnte gesetzlich festgelegt werden, dass die adressierten Dienste „Bot“-Verwendungen alsbald nachvollziehen müssen. Der Terminus „alsbald“ findet sich auch in § 696 Abs. 3 ZPO. In einheitlicher Auslegung bedeutet „alsbald“ – wie der Begriff „dem-

<sup>1849</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>1850</sup> Vgl. schon *Milker*, InTer 2017, S. 207.

<sup>1851</sup> Siehe Abschnitt „Etikettenschwindel“: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“ unter Punkt E. V. 3.

<sup>1852</sup> Vgl. *Halvani et al.*, in: Steinebach/Bader/Rinsdorf/Krämer/Roßnagel, Desinformation aufdecken und bekämpfen. S. 112; *M. Schröder*, DVBl. 2018, S. 470; *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 251 m. w. N.; ausführlich *Milker*, InTer 2017, S. 204.

nächst“ in § 167 ZPO –, dass sich die der Partei zuzurechnenden Verzögerungen in einem hinnehmbaren Rahmen halten müssen.<sup>1853</sup> Der Dienst müsste „Bot“-Verwendungen folglich ohne schuldhaftes Zögern nachvollziehen. Dabei müssen dem Dienst keine übersteigerten Anforderungen auferlegt werden. Es reicht, wenn er in einem für ihn zumutbaren Rahmen auf dem aktuellen Stand der Technik ein entsprechendes Nachvollziehen sicherstellt. Zwar könnte von dieser Anordnung ein gesteigertes Eingriffsgewicht ausgehen, da eine nicht vorhersehbare Anzahl von „Bot“-Nutzungen einen erhöhten organisatorischen und personellen Aufwand auslösen könnte. Dieses ließe sich aber dadurch mildern, dass es dem Dienst überlassen bliebe, wie er dieses Nachvollziehen, etwa durch die technisch mögliche Verwendung von Algorithmen und „Captchas“ sowie „ReCaptchas“, sicherstellt.

Ein Mechanismus entsprechend § 3 Abs. 2 S. 1 NetzDG, nach dem NetzDG-Dienste Nutzerbeschwerden unverzüglich zur Kenntnis nehmen müssten, erweise sich hier zum Schutz einer transparenten Meinungsbildung als zumindest weniger geeignet, da Nutzer „Bot“-Beiträge“ in kaum einem Fall erkennen.

Eine gleich effektive, aber mildere Maßnahme als die Pflicht, „Bot“-Verwendungen alsbald nachzuvollziehen und unverzüglich zu kennzeichnen, besteht also nicht. Sie ist erforderlich.

#### (4) Angemessenheit einer Kennzeichnungsfrist

Die Erkennungs- und Kennzeichnungsfrist müsste ferner angemessen sein, dürfte also nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck stehen. Hierbei stehen die Berufsausübungs- und Meinungsfreiheit dem Schutz einer unverzerrten Meinungsbildung gegenüber.

##### (a) Unverzerrte Meinungsbildung

Die positiven Folgen einer angeordneten Erkennungs- und Kennzeichnungsfrist von „Bot“-Beiträgen für die unverzerrte Meinungsbildung sind in der schnelllebigen Kommunikation innerhalb sozialer Medien kaum zu überschätzen.<sup>1854</sup> Auf diese Weise würden die derweil bestehenden Lücken für eine tatsächlich transparente „Bot“-Kommunikation insoweit geschlossen, als dass der Rezipient schnellstmöglich in die Lage versetzt würde, Inhalten eine entsprechende Glaubhaftigkeit beizumessen. Suggestionen von vermeintlichen Mehrheitsmeinungen durch massenhafte „Bot“-Beiträge würden so schnellstmöglich aufgedeckt und Meinungsverzerrungen – sei es durch die Umgehung der nutzergerichteten Kennzeichnungspflicht nach § 18 Abs. 3 MStV, sei es durch ausländische „Bot“-Verwender – wirksam entgegengesetzt. Im Übrigen werden die Ausführungen zugunsten der herausgehobenen Schutzwürdigkeit der unverzerrten Meinungsbildung im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Kennzeichnungspflichten *de lege lata* in Bezug genommen.<sup>1855</sup>

<sup>1853</sup> Vgl. BGHZ 175, 360, 362; BGH NJW 2016, 568, 569 Rn. 9 m. w. N.

<sup>1854</sup> Vgl. *Löberl/Roßnagel*, MMR 2019, S. 497.

<sup>1855</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4).

(b) Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von sozialen Netzwerken und  
Videosharing-Diensten, Art. 12 Abs. 1 GG

Demgegenüber bürdete das Festlegen von Erkennungs- und Kennzeichnungsfristen den adressierten Diensten einen organisatorischen, personellen und finanziellen Aufwand auf.

Dieser wiegt indes nicht schwer. Denn die adressierten Dienste können grundsätzlich anhand ihres „Application Programming Interfaces“ nachvollziehen, ob Beiträge automatisiert durch ein Programm verbreitet werden. Die Erkennung eines „Bots“ bedarf einer bloß technischen Kontrolle, die grundsätzlich per Algorithmus erfolgen kann.<sup>1856</sup> Die bloße Anordnung einer Frist, „Bot“-Beiträge alsbald nachzuvollziehen, wäre insoweit erstens flexibel, als sie dem jeweiligen Dienst die Entscheidung überließe, wie es die Erkennung technisch sicherstellte. Zwar entstünde den Diensten trotz dieser Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Art des Nachvollziehens von „Bot“-Aktivität ein höherer Aufwand als *de lege lata*, weil eine alsbaldige Erkennung es erfordern würde, die Methode zur Erkennung ständig an die technischen Entwicklungen der „Bots“ anzupassen. Dennoch wäre diese Regelung überdies hinreichend flexibel, weil sie zweitens von den Diensten lediglich ein Erkennen ohne schuldhaftes Zögern forderte. Das bedeutet, dass die konkrete Gemengelage der „Bot“-Verwendung berücksichtigt werden könnte und die Erkennung unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit für den jeweiligen Dienst stellte.<sup>1857</sup> Dies senkte Eingriffsintensität weiter ab. Die unverzügliche Kennzeichnung nach Erkennung könnte nur noch als ein formaler Akt ohne ein von der aktuellen Rechtslage abweichendes Eingriffsgewicht gewertet werden.

Des Weiteren haben die adressierten Dienste ein nicht unerhebliches Eigeninteresse daran, dass sich keine „botgesteuerte Claquerque“ einstellt, die Schweigespiralen bei natürlichen Nutzern in Gang setzen kann.<sup>1858</sup> In diesem Zusammenhang wäre damit zu rechnen, dass natürliche Nutzer den Dienst verlassen und er wirtschaftliche Einbußen verzeichnen würde.<sup>1859</sup> Die Anordnung einer Erkennungs- und Kennzeichnungsfrist entfaltete damit ein relativ geringes Eingriffsgewicht auf die Berufsausübungsfreiheit.

Dabei lassen sich Eingriffe in die Berufsausübung grundsätzlich durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls rechtfertigen, die hier in dem überragend wichtigen Belang einer unverzerrten Meinungsbildung lägen.<sup>1860</sup> Vor dem Hinter-

<sup>1856</sup> Vgl. *Halvani et al.*, in: Steinebach/Bader/Rinsdorf/Krämer/Roßnagel, Desinformation aufdecken und bekämpfen. S. 112; *M. Schröder*, DVBl. 2018, S. 470; *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 251 m. w. N.; ausführlich *Milker*, InTer 2017, S. 204.

<sup>1857</sup> So schon die Forderung zu den Löschrufen nach dem NetzDG von *Nolte*, ZUM 2017, S. 560.

<sup>1858</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

<sup>1859</sup> *Egli/Rechsteiner*, AJP/PJA 2017, S. 256; *Milker*, InTer 2017, S. 202; *Steinbach*, ZRP 2017, S. 103.

<sup>1860</sup> Zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit siehe BVerfGE 117, 163, 182 – Anwalts-honorar; 111, 10, 32 – Ladenschluss; 103, 1, 10 – Singularzulassung von Rechtsanwälten; 7, 377, 405 – Apothekenurteil.

grund der möglichen Tragweite einer durch „Bot“-Beiträge in sozialen Medien verzerrten Meinungsbildung erwiese sich der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der adressierten Dienste als angemessen.

(c) Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Der durch die Erkennungs- und Kennzeichnungspflicht entstehende Eingriff in die Meinungsfreiheit des „Bot“-Verwenders wöge dabei nur gering. Die Äußerungsmodalität des automatisierten Verbreitens von Inhalten durch „Bots“ unter Verschleierung dessen, dass ein „Bot“ hinter der Verbreitung steckt, weist eine bloß geringe Schutzwürdigkeit auf. Insoweit werden die obigen Ausführungen zur Angemessenheit der nach dem MStV bestehenden Kennzeichnungspflichten in Bezug genommen.<sup>1861</sup>

Abweichend von den obigen Erläuterungen könnte in Anlehnung an die Argumentation zur Verfassungswidrigkeit des NetzDG vertreten werden, dass eine Frist die Gefahr begründete, dass Beiträge von individuellen Nutzern irrtümlich gekennzeichnet würden. Anders als beim NetzDG geht es bei der Kennzeichnung von „Bot“-Beiträgen jedoch nicht um die Prüfung, ob ein Inhalt rechtswidrig und unter einen der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Tatbestände fällt. Es geht bloß um ein technisches Nachvollziehen, ob Beiträge automatisiert verbreitet wurden, was die adressierten Dienste anhand ihres „Application Programming Interfaces“ nachvollziehen können, ohne eine mitunter komplexe rechtliche Prüfung über Äußerungsinhalte anzustellen. Insoweit wäre das Argument einer möglichen Überkennzeichnung stark abgeschwächt. Ferner wird der Beitrag im Gegensatz zu den Verpflichtungen nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG nicht gelöscht, sondern lediglich gekennzeichnet. Dadurch kann der Beitrag weiterhin – nur unter Kennzeichnung – wirken, was den Eingriffscharakter weiter abmildert. Dabei steht nicht von vornherein fest, dass ein gekennzeichnete Beitrag stets als weniger glaubhaft erachtet wird.

Im Übrigen ließe sich die Gefahr und das Eingriffsgewicht einer Fehlkennzeichnung weiter dadurch reduzieren, wenn die Nutzer der Profile gekennzeichnete Beiträge beteiligt würden, beispielsweise indem Nutzern bei Kennzeichnung eine Beschwerdemöglichkeit eröffnet würde.<sup>1862</sup> Derartige Beschwerdemöglichkeiten bestehen *de lege lata* nicht, obwohl die Gefahr einer Fehlkennzeichnung auch nach den geltenden Kennzeichnungspflichten besteht.

Insoweit überwögen die Belange einer effektiven, unverzerrten Meinungsbildung die Belange der Modalitätenwahl bei der Meinungsäußerung eines „Bot“-Verwenders. Die Eingriffe in die Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender durch Erkennungs- und Kennzeichnungsfristen wären angemessen.

<sup>1861</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4).

<sup>1862</sup> So auch Kühling, ZUM 2021, S. 471; Löber/Roßnagel, MMR 2019, S. 498.



## (5) Ergebnis: Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Pflicht der Dienste, „Bot“-Aktivitäten „alsbald“ nachzuvollziehen und anschließend „unverzüglich“ zu kennzeichnen, ließe sich verfassungsmäßig rechtfertigen.

cc) Ergebnis: Fristsetzung für die Kennzeichnung von „Bots“  
durch Dienstbetreiber

Gesetzliche Erkennungs- und Kennzeichnungsfristen von „Bot“-Beiträgen durch soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste wären mit der Berufsausübungsfreiheit der adressierten Dienstanbieter und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender vereinbar und könnten – unter Wahrung des Herkunftslandprinzips – vom Gesetzgeber erwogen werden.

## c) Erweiterung des Anwendungsbereiches der Kennzeichnungspflicht auf

*Telemedienanbieter mit Sitz im Ausland, die sich an Nutzer in Deutschland wenden.*

*De lege lata* sind „Bot“-Verwendungen aus dem Ausland wegen § 1 Abs. 7 MStV nicht von der nutzergerichteten Kennzeichnungspflicht des § 18 Abs. 3 MStV, sondern nur von der weichgezeichneten Pflicht für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste nach § 93 Abs. 3 MStV i. V. m. § 97 S. 2 MStV erfasst. Letztere ist aufgrund seiner Unionsrechtswidrigkeit wiederum nur auf die Dienste mit Sitz in Deutschland wie das Berufsnetzwerk *Xing*<sup>1863</sup> oder außerhalb der Europäischen Union, nicht aber auf die großen zur Nutzung in Deutschland bestimmten, aber in Irland<sup>1864</sup> sitzenden Dienste wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* anwendbar. Die Kennzeichnungspflichten entfalten daher für „Bot“-Verwendungen aus dem Ausland *de facto* kaum Wirkung.

Ungeachtet dessen, ob der Gesetzgeber die an die Dienste gerichtete grundrechtskonforme<sup>1865</sup> Pflicht nicht unionsrechtskonform über die Ausnahmenvorschrift des Art. 3 Abs. 4 ECRL auf Dienste mit Sitz in der Europäischen Union ausdehnt, muss er zwangsläufig erwägen, zumindest die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht auch auf „Bot“-Verwender mit Sitz im Ausland auszuweiten, deren Inhalte zum Abruf in Deutschland bestimmt sind. Hierfür müsste nur § 1 Abs. 7 MStV dahingehend geändert werden, dass alle Telemedien dem MStV unterfallen, soweit sie zum Abruf in Deutschland bestimmt sind. Ob dieses Ansinnen mit dem Unions-(aa) und den Grundrechten der „Bot“-Nutzer (bb)) vereinbar ist, wird nun überprüft.

<sup>1863</sup> Siehe *Anlage 6*.

<sup>1864</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>1865</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit Grundrechten“ unter Punkt E. II. 2. e) aa).

## aa) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Eine Regelung, die „Bot“-Nutzer erfasst, die nichtdeutsche Unionsbürger sind, wäre am Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL<sup>1866</sup> zu messen, wenn der „Bot“ einen Dienst der Informationsgesellschaft i. S. v. Art. 2 lit. a) ECRL darstellt, er also „entgeltlich“ ist.<sup>1867</sup> Dann müsste der deutsche Gesetzgeber die Ausnahme aus Art. 3 Abs. 4 ECRL bemühen.

Ungeachtet dessen würde eine Regelung, die „Bot“-Nutzer, die nichtdeutsche Unionsbürger sind, dazu verpflichtete, einen Zusatz zur Kennzeichnung dahingehend zu führen, dass sie einen „Bot“ aus dem Ausland verwenden, gegenüber Nutzern mit Sitz in Deutschland, die nur der einfachen Kennzeichnungspflicht hinsichtlich der „Bot“-Nutzung unterliegen, anders behandeln und gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV verstoßen, das im Zusammenhang mit Unionsbürgern jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet.<sup>1868</sup> Insoweit könnte ein solcher Zusatz aus unionsrechtlicher Perspektive nur für solche „Bot“-Verwender angeordnet werden, die ihren Sitz nicht in einem Mitgliedstaat haben.

bb) Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender  
aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Hinsichtlich der bloßen Erweiterung der bestehenden Kennzeichnungspflicht auch für „Bot“-Verwender, die ihren Sitz außerhalb Deutschlands haben, kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen zu derselben Frage in Sachen Kennzeichnungspflicht für inländische Nutzer verwiesen werden: Sie wäre grundrechtskonform.<sup>1869</sup> Da ein solches Gesetz alle „Bot“-Verwender einheitlich behandelte, ergäbe sich kein Konflikt mit dem Gleichheitssatz.

Dagegen ließe sich – um etwa nachgewiesene Einflussnahmen Russlands auf demokratische Entscheidungen einzufangen – ein Kennzeichnungszusatz dahingehend, dass es sich um den Beitrag eines „Bots“ mit Sitz außerhalb eines anderen Mitgliedstaates handelt, einerseits vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen. Eine solche Erweiterung könnte durch ihre unter Umständen stigmatisierende Wirkung eine höhere Eingriffsintensität in die Meinungsfreiheit des „Bot“-Verwenders aus dem Ausland zeitigen, ohne dabei die unverzerrte Meinungsbildung effektiver abzusichern. Sie wäre nicht erforderlich und unangemessen und nicht mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG vereinbar.

<sup>1866</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

<sup>1867</sup> Siehe Abschnitt „Nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (i).

<sup>1868</sup> Vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 18. Juni 2019, – C-591/17 – Österreich ./ Deutschland; Urteil vom 18. Juli 2017, – C-566/15 –, curia, Rn. 25 – Erzberger; Urteil vom 2. Februar 1989, – C-186/87 –, curia, Rn. 11 – Cowan.

<sup>1869</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit Grundrechten“ unter Punkt E. II. 2. e) aa).

Andererseits läge in dieser Erweiterung eine Ungleichbehandlung von „Bot“-Verwendern mit Sitz im Inland und solchen mit Sitz außerhalb eines Mitgliedstaates, die den Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG eröffnete. Nach ihm darf wesentlich Gleiches nicht ungleich behandelt werden.<sup>1870</sup> Durch diesen Zusatz zur bisherigen Kennzeichnung würden Normadressaten mit Sitz außerhalb eines Mitgliedstaates im Vergleich zu anderen Normadressaten in Deutschland ungleich behandelt.

Diese primär personenbezogene Ungleichbehandlung kann nach der sog. Neuen Formel nur gerechtfertigt werden, wenn zwischen vergleichbaren Normadressaten Unterschiede von besonderem Gewicht oder Ausmaß bestehen.<sup>1871</sup> Auch wenn in demokratischen Zusammenhängen oft eine „botbasierte“ Meinungsbeeinflussung aus dem Ausland nachgewiesen wurde, kann dieser Vorwurf nicht pauschal jedem „Bot“-Verwender mit Sitz außerhalb der EU gemacht werden. Ihre Äußerungsfreiheit wiegt dabei genauso viel wie die eines Inländers. Solche Beeinflussungen können im selben Maße von Verwendern mit Sitz im Inland vorgenommen werden, so dass keine Unterschiede von solcher Art oder solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Die bloße Verwendung eines „Bots“ außerhalb von Mitgliedstaaten wäre folglich kein hinreichendes Differenzierungskriterium zur sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung und verletzte damit Art. 3 Abs. 1 GG.

*d) Erweiterung des Anwendungsbereiches der Kennzeichnungspflicht auf  
Videosharing-Dienste, die keine sozialen Netzwerke darstellen*

Der deutsche Gesetzgeber könnte erwägen, den Anwendungsbereich der Kennzeichnungspflicht aus § 97 S. 2 i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV auf alle Videosharing-Dienste i. S. v. Art. 1 Abs. 1 lit. b) aa) AVMD-RL (2018) zu erweitern, die keine sozialen Netzwerke i. S. d. § 1 Abs. 1 NetzDG darstellen. Dann würden auch nicht gewinnorientierte Videosharing-Dienste der Pflicht unterstehen. Diese Erweiterung könnte der Gesetzgeber mit einer marginalen redaktionellen Änderung des Wortlautes von § 93 Abs. 4 MStV umsetzen. Ob die Erweiterung dem Unions- (aa)) und den Grundrechten der „Bot“-Nutzer und Dienstbetreiber (bb)) entspricht, wird nun überprüft.

<sup>1870</sup> Vgl. nur BVerfGE 145, 20, 86 Rn. 171 – Spielhallenzulassung; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 118. Juli 2019, – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18 –, juris, Rn. 42 – Mietpreisbremse.

<sup>1871</sup> Vgl. zur sog. „neuen Formel“ BVerfGE 55, 72, 88 – Präklusion; 22, 387, 415 – Hinterbliebenrente.

## aa) Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Für Videosharing-Dienste i. S. v. Art. 1 Abs. 1 lit. b) aa) AVMD-RL (2018) gilt das Herkunftslandprinzip aus Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018), das es zu beachten gilt.<sup>1872</sup> Weitere materielle Anforderungen für Videosharing-Dienste aus Art. 28b AVMD-RL (2018) sind nicht betroffen, da die Richtlinie keine Pflichten zur Kennzeichnung von „Bot“-Inhalten anordnet.<sup>1873</sup> Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine solche Erweiterung auf Videosharing-Dienste unionsrechtlich nicht zwingend, aber möglich ist.

bb) Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter von Videosharing-Diensten aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Eine auf alle Videosharing-Dienste erweiterte Kennzeichnungspflicht begründete einen klassischen Eingriff in die Berufsfreiheit der nunmehr auch erfassten nicht gewinnorientierten Dienste.<sup>1874</sup> Daneben begründete die Pflicht auch einen modernen Eingriff in die Meinungsfreiheit der „Bot“-Nutzer, ohne sie stärker zu belasten als die grundrechtskonforme, bloß für soziale Netzwerke geltende Kennzeichnungspflicht. Denn sie unterscheidet sich von Letzterer nur insoweit, als dass nunmehr auch nicht gewinnorientierte Videosharing-Dienste der Pflicht unterstünden.

Nur diese Differenzierung wird in der hier folgenden Abwägung noch erörtert. Im Übrigen werden die bereits erfolgten Ausführungen zur verfassungskonformen netzwerkgerichteten Kennzeichnungspflicht aus § 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV in Bezug genommen.<sup>1875</sup>

So kann der durch die Pflicht begründete, zumindest mittelbare Eingriff in die von der Meinungsfreiheit des „Bot“-Nutzers geschützte Freiheit über die Wahl der Äußerungsmodalitäten nur verfassungsmäßig gerechtfertigt sein, wenn auch in den nicht gewinnorientierten Videosharing-Diensten eine den gewinnorientierten Netzwerken vergleichbare besonderen Gefahr von empfindlichen Schäden für die freie Meinungsbildung besteht. Dabei besteht auf den ersten Blick ein Indiz dafür, dass nicht gewinnorientierte Dienste eher nutzerschwach sind. Daraus folgt wiederum eine geringere Breitenwirkung der durch einen „Bot“ verbreiteten Äußerungen, was *prima facie* gegen eine besondere Gefahr für die Meinungsbildung spricht. Gleichwohl findet auch in Diensten mit geringer Nutzerstärke Meinungsbildung statt. Diese kann durch „Bot“-Äußerungen mitunter sogar stärker beeinträchtigt werden

<sup>1872</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 und 3 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) und Art. 28a AVMD-RL (2018)“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iv).

<sup>1873</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste (§ 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV) und Art. 28b AVMD-RL (2018)“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (v).

<sup>1874</sup> Siehe Abschnitt „Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii).

<sup>1875</sup> Siehe den Abschnitt „Vereinbarkeit mit Grundrechten“ unter Punkt E. II. 2. e) aa).

als in Diensten mit großer Nutzerstärke, da noch seltener mit Gegenrede anderer natürlicher Rezipienten zu rechnen sein dürfte. Mit anderen Worten wiegt die Gefahr einer Beeinträchtigung in kleinen Diensten sogar schwerer als in den Großen.

Eine fehlende Gewinnerorientierung muss dabei aber nicht stets gleichbedeutend mit einer geringen Nutzerzahl sein. Dies steht einem Überwiegen einer unverzerrten Meinungsbildung gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit der „Bot“-Verwender aber deshalb nicht entgegen, weil sich in diesem Fall jedenfalls die erheblichen Gefahren für die Meinungsbildung ergeben, die bereits im Zusammenhang mit gewinnorientierten Netzwerken erörtert wurden.<sup>1876</sup> Eine Ausweitung der Kennzeichnungspflicht auf nichtgewinnorientierte Videosharing-Dienste wäre mit der Meinungsfreiheit vereinbar.

Der von der Kennzeichnungspflicht auf nicht gewinnorientierte Videosharing-Dienste ausgehende Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber lässt sich grundsätzlich aufgrund von vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls rechtfertigen.<sup>1877</sup> Die unverzerrte Meinungsbildung stellt zwar sogar einen überragenden Gemeinwohlbelang dar. Es fragt sich jedoch, ob die Kennzeichnungspflicht für diese Dienste einen unzumutbaren organisatorischen, personellen und finanziellen Aufwand darstellt, der einerseits im Einrichten und Durchführen der Kennzeichnungen und andererseits reflexartig in dem Verfolgen der technischen Entwicklungen der „Bot“-Programme für das künftige Einhalten der Pflicht besteht. Dieser Aufwand könnte sogar dazu führen, dass die Regelung für Betreiber kleiner Dienste nicht bloß die Art und Weise der Berufsausübung regelt, sondern faktisch dazu führt, dass die Berufsausübung ausgeschlossen wird. Insofern könnte sie trotz des bestehenden, gewichtigen Belangs der unverzerrten Meinungsbildung unangemessen sein.

Unter der Maßgabe, dass die nunmehr auch von der Pflicht betroffenen Dienste keine Gewinne erwirtschaften, handelt es sich um einen besonders schweren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit. Andererseits ist der gestufte Aufwand, den § 93 Abs. 4 MStV *de lege lata* begründet, überschaubar. Der Dienst muss auf erster Ebene nur die Vorkehrungen vorhalten, dass der Nutzer seiner Kennzeichnungspflicht nachkommen kann, und auf zweiter Ebene selbst kennzeichnen, was über das „Application Programming Interface“ in hinreichend sicherer und einfacher Weise oder etwas unsicherer über „Captcha“-Technik möglich ist.<sup>1878</sup>

Gleichwohl kann sich der Aufwand künftig vor allem aufgrund weiterer technischer Entwicklungen erhöhen, was sich schon daran zeigt, dass einige „Bot“-Programme inzwischen „Captcha“-Technik überwinden können. Damit werden die Entwicklungen bei weitem kein Ende haben. Insofern lässt sich die Pflicht, vor allem für kleine

<sup>1876</sup> Vgl. den Abschnitt „Angemessenheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4).

<sup>1877</sup> Zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit siehe BVerfGE 117, 163, 182 – Anwalts-honorar; 111, 10, 32 – Ladenschluss; 103, 1, 10 – Singularzulassung von Rechtsanwälten; 7, 377, 405 – Apothekenurteil.

<sup>1878</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (iii) (4).

Dienste mit geringer Nutzerzahl, die keine Profite generieren, unter Umständen nicht dauerhaft realisieren. Von ihnen kann dabei nicht verlangt werden, dass sie Investitionen in die Entwicklung der „Bot“-Erkennung tätigen, wenn sie mangels hoher Nutzerzahlen keine Gewinne generieren (können). Verstöße gegen die Pflicht zögen aber wiederum Bußgelder nach sich. Würden zudem gesetzliche Kennzeichnungsfristen<sup>1879</sup> erlassen, wäre der Aufwand kaum noch zu schultern.

Damit die Kennzeichnungspflicht für die nicht gewinnorientierten Videosharing-Dienste angemessen ist, sollte sie abgestuft angeordnet werden. Ein geeignetes Merkmal zur Differenzierung, für welche Dienste die Pflicht gelten sollte, könnte – äquivalent zu § 1 Abs. 2 und § 3e Abs. 2 NetzDG – die Mindestzahl registrierter Nutzer im Inland darstellen oder – entsprechend Art. 33 DSA – eine Mindestzahl aktiver Nutzer. Denn nutzerstarke Dienste werden in aller Regel auch entsprechende Gewinne verzeichnen können, während dies für nutzerschwache spiegelbildlich eher nicht möglich sein dürfte. Ferner würde dieses Kriterium dazu führen, dass Dienste mit besonderer Breitenwirkung die Pflicht einhalten müssen, wohingegen die Dienste mit geringer Breitenwirkung von ihr befreit sind. Damit bestünde zwar weiterhin in nutzerschwachen Diensten die Gefahr einer großen Beeinflussung durch „Bots“ und einer möglichen Schweigespirale, da keine Gegenrede zu erwarten ist. Gleichwohl ließe sich die Mindestnutzeranzahl als Eintrittstor in die Pflicht so niedrig ansetzen, dass es sich bei Diensten unterhalb dieser Anzahl für „Nutzer“ kostentechnisch unter Umständen kaum lohnt, dort „Bot“-Programme einzusetzen. Das NetzDG setzt für die Anwendbarkeit der Compliance-Pflichten eine Mindestanzahl von zwei Mio. registrierter Nutzer im Inland fest, § 1 Abs. 2, § 3e Abs. 2 NetzDG. Da diese NetzDG-Pflichten im Verhältnis zur Kennzeichnungspflicht aber deutlich umfangreicher und eingriffintensiver ausfallen, ließe sich die Zahl auch niedriger ansetzen.

Eine nach der Zahl der registrierten Nutzer im Inland abgestufte Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste ließe sich mit der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter von Videosharing-Diensten und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender vereinbaren.

#### **4. Ergebnis: Regulierung des Einsatzes von „Social Bots“**

Die Überprüfung verschiedener gesetzgeberischer Handlungsoptionen hat ergeben, dass die bestehenden Kennzeichnungspflichten in grundrechts- und unionsrechtskonformer Weise zugunsten einer transparenten, unverzerrten Meinungsbildung erweitert werden können.

Maßgeblich hängt die Unionsrechtskonformität einer Regulierung, die auch Nutzer mit Sitz in nichtdeutschen Mitgliedstaaten erfasst, davon ab, ob das Herkunftslandprinzip erstens überhaupt beachtet werden muss. Dies ist der Fall, wenn das „Bot“-Programm überhaupt einen Dienst der Informationsgesellschaft darstellt.

<sup>1879</sup> Siehe Abschnitt „Fristsetzung für die Kennzeichnung von „Bot“-Beiträgen durch Dienstbetreiber“ unter Punkt G. II. 3. b).

Soweit dies angenommen würde, müssten zweitens die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes zum Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4 ECRL eingehalten werden.

Wenn diese Voraussetzungen eingehalten sind, zählt zu den grundrechtlich zulässigen gesetzgeberischen Handlungsoptionen etwa die nach der Zahl der aktiven oder registrierten Nutzer im Inland gestufte Erweiterung des Anwendungsbereichs der bestehenden Pflichten auf Videosharing-Dienste, die keine sozialen Netzwerke darstellen. Außerdem zählen dazu vor allem Klarstellungen zugunsten der Art und Weise der vorzunehmenden Kennzeichnung, um sicherzustellen, dass Rezipienten die Kennzeichnung auch tatsächlich wahrnehmen und sie nicht in fremder Sprache am Ende eines Beitrages mittels „Hashtags“ erfolgt. Auch gehört hierzu die Anordnung von Fristen zur Erkennung und Kennzeichnung von „Bot“-Content. So wäre es verfassungsmäßig gerechtfertigt, die sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste zu verpflichten, „Bot“-Aktivität „alsbald“ zu erkennen und ihre Inhalte anschließend „unverzüglich“ zu kennzeichnen. Eine allgemeine, alle Nutzer adressierende Kennzeichnungspflicht wäre ebenfalls unions- und grundrechtlich zulässig, nicht aber ein Kennzeichnungszusatz nur für nichtdeutsche Nutzer, die die „Bot“-Nutzung aus dem Ausland ausweist.

Ein von vielen gefordertes Verbot des „Bot“-Einsatzes schlechthin ließe sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen, da es aufgrund der Möglichkeit von Kennzeichnungen nicht erforderlich wäre. Gleiches gilt für eine gesetzliche Pflicht, nach der die Dienste lediglich von „Bots“ verbreitete „Fake News“ kennzeichnen müssten, da diese einen gegenüber der allgemeinen Pflicht zur „Bot“-Kennzeichnung schwereren Eingriff in die Berufsfreiheit begründete, aber zugunsten einer transparenten Meinungsbildung weniger geeignet wäre.

Gleichwohl zeigt die Prüfung auch, dass eine lückenlose einheitliche Regulierung nur vonseiten des europäischen Gesetzgebers erfolgen kann. Nur so können Konflikte mit dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip gelöst werden, damit insbesondere auch die nutzerreichen Dienste wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *YouTube* mit Sitz in Irland<sup>1880</sup> sowie „Bot“-Verwender mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der Kennzeichnungspflicht unterliegen. Nur auf diese Weise kann ein tatsächlicher praktischer Vorteil für die unverzerrte Meinungsbildung erzielt werden.

---

<sup>1880</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.



### III. Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten

Weiter wird die Regulierung der für die Meinungsbildung besonders relevanten sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste näher betrachtet.<sup>1881</sup> Diese Dienste bilden als zentrale Online-Diskursräume einen maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Bekämpfung von Desinformation. Aufgrund ihrer nicht wertfreien Informationsauswahl und -selektion geht von ihnen die Gefahr einseitiger Meinungsbildung aus, die zu einer breitenwirksamen Perpetuierung von „Fake News“ führen kann. Ungeachtet von etwaigem Verschulden sind diese Dienste sowohl aufgrund der von ihrer beruflichen Tätigkeit ausgehenden Gefahren für die Meinungsbildung als auch ihrer Sach- und Verantwortungsnähe in die Pflicht zu nehmen.<sup>1882</sup>

Die Darstellung beschränkt sich auf die Prüfung der wesentlichen gesetzgeberischen Gestaltungsvorschläge. Nicht Gegenstand dieser Betrachtung ist daher, ob und inwieweit soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste neben § 94 MStV – dem an Medienintermediäre gerichteten Verbot, journalistisch-redaktionelle Angebote zu diskriminieren – weiteren Mechanismen zur positiven Vielfaltssicherung unterstellt werden sollten, um durch „Fake News“ herbeigeführte „Primacy Effects“ oder sie verstärkende „Illusory Truth Effects“ zu vermeiden.<sup>1883</sup> Indem Art. 27 DSA soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste dazu verpflichtet, bei dem Bereithalten mehrerer algorithmischer Vermittlungswege eine Art Präferenzresetfunktion für ihre Nutzer vorzuhalten und diese Funktion wegen Art. 38 DSA für große Dienste verpflichtend sein wird, erscheint diese Untersuchung obsolet.

Ebenso wenig werden die Möglichkeiten zur Schaffung von Transparenz über die im Algorithmus maßgebend verwendeten Kriterien bei der Auswahl und Aggregation von Inhalten, die über die bestehende Transparenzpflicht des § 93 Abs. 1 MStV hinausgehen, erörtert.<sup>1884</sup> Ebenfalls nicht näher beleuchtet wird eine Optimierung des Auskunftsanspruchs eines Geschädigten gegen den Telemediendienst zur Durchsetzung seiner zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Schädiger aus § 21

<sup>1881</sup> Vgl. zu ihrer Relevanz Erwägungsgrund 56 DAS; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 301 ff. Zur Relevanz von Informationsintermediären allgemein BGH GRUR 2018, 642, 645 Rn. 45 – Umfang der Prüfungspflicht des Betreibers einer Internetsuchmaschine bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen; *Volkmann*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, BGB, § 1004 Rn. 49. Vgl. auch die Abbildung bei *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 40.

<sup>1882</sup> Vgl. BVerfGE 120, 260, 362 – Vorratsdatenspeicherung; 95, 173, 187 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

<sup>1883</sup> Zu diesen Effekten siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III; *Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, S. 53 ff.; *ders.*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 98 f.; *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, S. 73; *Koreng*, CR 2009, S. 358.

<sup>1884</sup> Hierzu siehe bereits Abschnitt „Impressumspflichten nach § 5 f. TMG und § 18 Abs. 1 MStV“ unter Punkt E. II. 3.

Abs. 2 und 3 S. 1 und 2 TTDSG, da sich diese im Wesentlichen auf ein Verschnellern staatlicher Gerichtsverfahren konzentrierte und etwa durch die Einrichtung entsprechender Eilverfahren erreicht werden könnte.

### 1. Anzeige von Beiträgen nach ihrer Quellentransparenz

Die von der Europäischen Kommission eingesetzte hochrangige Expertengruppe schlägt gegen die Desinformationsverbreitung vor, dass Angebotsvermittler wie soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste ihre Algorithmen grundsätzlich darauf ausrichten, sorgfältig recherchierte und redigierte Angebote im Rahmen der Präsentation höher zu reihen.<sup>1885</sup> Als Sorgfaltsindikator könnten beispielhaft in einem Beitrag bereitgehaltene, identifizierbare Quellen dienen, wodurch eine Art Quellentransparenzgebot geschaffen würde.<sup>1886</sup> Dies würde der Verbreitung unmittelbar desinformativer Inhalte vorbeugen, da diese nicht sorgfältig recherchiert sind und sich in aller Regel, wenn überhaupt, nur durch wenige Quellen belegen lassen. Eine derartige an soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste adressierte Pflicht nach dem Marktortprinzip beträfe nicht den koordinierten Bereich des DSA. Sie tangierte aber den koordinierten Bereich aus Art. 2 lit. h) ECRL, kollidierte mit dem Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL (i. V. m. Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)) und ließe sich daher nur über die Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL begründen.<sup>1887</sup> Diese Pflicht soll daher nur noch auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten überprüft werden.

*a) Eingriff in die Schutzbereiche der Berufsfreiheit der adressierten Dienste (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Meinungsfreiheit und Medienfreiheiten ihrer Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG)*

Die Maßnahme griffe durch ihren Berufsbezug zum Informationsvermittler unmittelbar in dessen Berufsausübungsfreiheit ein, da er seine Algorithmen umprogrammieren und eine Vermittlung anhand der neuen Ausrichtungen vornehmen müsste.<sup>1888</sup> Diese Pflicht führte nicht zu einem Eingriff in die Meinungsfreiheit des Dienstes. Zwar gelangt in den Algorithmen eine Wertentscheidung zum Aus-

<sup>1885</sup> In diese Richtung auch European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 23.

<sup>1886</sup> Ebd., S. 23 f. spricht allgemeiner von sog. „Source Transparency Indicators“.

<sup>1887</sup> Siehe die Einleitung zum Abschnitt „Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation de lege ferenda“ unter Punkt G.

<sup>1888</sup> Zu den Voraussetzungen der Berufsbezogenheit, siehe Abschnitt „Sachlicher Schutzbereich“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii) (2).

druck.<sup>1889</sup> Gleichwohl will der Dienstbetreiber durch seine Vermittlung nicht bestimmte Tendenzen verbreiten, sondern die Interessen seiner Nutzer aus wirtschaftlichen Rationalitäten heraus befriedigen.<sup>1890</sup>

Zudem tangierte die Pflicht zumindest mittelbar die Meinungsfreiheit der Nutzer vor allem in Form der kommunikativen Chancengleichheit, da quellenlose Angebote gegenüber quellenhaltigen benachteiligt würden, indem sie keine vergleichbare Reichweite mehr erreichen könnten. Im Übrigen griffe die Pflicht mittelbar<sup>1891</sup> in die Medienfreiheiten von Inhaltenanbietern ein, die auch den Quellenschutz erfassen.<sup>1892</sup>

### *b) Verfassungsmäßige Rechtfertigung*

Die Pflicht zum Reihenvon Beiträgen anhand ihrer Quellentransparenz wäre verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre Ausgestaltung dem verfassungsrechtlich angeordneten Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, also einem legitimen Zweck dient und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

#### aa) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck

Da die Pflicht auch die Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 GG tangiert, muss der qualifizierte Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG berücksichtigt werden. Eine Pflicht zum Vorhalten entsprechender Algorithmenausrichtung lässt sich dabei als allgemeines Gesetz<sup>1893</sup> formulieren, da sie keine Meinung als solche verbietet, sondern losgelöst von ihrem Inhalt an ihre Begleitumstände, ihre Quellen, anknüpft und die Meinung über dieses Kriterium wahrnehmbarer macht. Dabei stützt diese Pflicht eine freie, unverzerrte Meinungsbildung, also ein schlechthin, ohne Rücksicht auf die konkrete Meinung, zu schützendes Rechtsgut, indem mit Quellen belegte Inhalte höher gereiht würden als unbelegte. Hierin liegt der legitime Zweck.

#### bb) Geeignetheit

Die Pflicht zum Reihenvon Inhalten nach ihrer Quellentransparenz wäre geeignet, wenn sie diesen legitimen Zweck fördern könnte.<sup>1894</sup> Die Begünstigung solcher Beiträge beugt einer Verbreitung von geäußerten „Fake News“ im Rahmen der Inhalte-

<sup>1889</sup> Siehe Abschnitt „Vorliegen einer Meinungs- oder Tatsachenäußerung im Such- und Auswahlalgorithmus“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (ii).

<sup>1890</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum Schutz des Vermittlungsaktes durch die Meinungsfreiheit“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (ii) (2). Vgl. ferner BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

<sup>1891</sup> Vgl. zur mittelbaren Einwirkung BVerfGE 105, 252, 273 – Glykolwarnung.

<sup>1892</sup> Vgl. die ständige Rechtsprechung BVerfGE 95, 220, 238 – Aufzeichnungspflicht; 77, 65, 74 f. – ZDF.

<sup>1893</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>1894</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

vermittlung vor. Denn „Fake News“ lassen sich häufig nicht oder primär durch einschlägig desinformative Quellen belegen und sind wegen der quellentransparenten Reihung weniger stark wahrnehmbar.<sup>1895</sup> Dies kann die Integrität des Meinungsbildungsprozesses fördern und wäre folglich geeignet.

Dem steht nicht entgegen, dass Desinformationsverbreiter vorab gezielt Inhalte entwerfen könnten, die zwar ihrerseits nicht hoch gereiht, jedoch als Nachweis für die Richtigkeit ihrer später wiederholten Desinformation dienen und den mit der Pflicht intendierten Zweck umgehen würden. Denn diese potentielle Möglichkeit macht die Pflicht nicht objektiv untauglich. Sie schließt ein Fördern der Pflicht nicht vollständig aus.

#### cc) Erforderlichkeit

Die Pflicht zum Reihens von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel bestünde, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1896</sup>

Vorweggeschickt sei, dass diese Pflicht einen schweren Eingriff in die Kommunikationsfreiheiten darstellte. Ein Nutzer müsste selbst einfache Meinungsäußerungen in Bezug auf die ihnen zugrundeliegenden Tatsachen mit Quellen belegen, um sie wahrnehmbar zu machen. Von ihm selbst wahrgenommene Tatsachen könnte er ohne Quellen nicht wahrnehmbar verbreiten. Dies schränkt die Äußerungsfreiheit empfindlich ein, da jede mit der Äußerung in Bezug genommene Tatsache zunächst verifiziert und belegt werden müsste. Hierdurch würden spontane Aussagen, der Investigativjournalismus und das Hinweisgeben von Whistle-Blowern<sup>1897</sup>, an denen regelmäßig ein besonders hohes Informationsinteresse besteht, zwar nicht ausgeschlossen, aber mangels Quellenbeleg in der Aufreihung der informationsvermittelnden Dienste nahezu unsichtbar gemacht.

Zudem griffe diese Pflicht empfindlich in das Geschäftsmodell der Vermittlungsdienste ein, das aus wirtschaftlichen Rationalitäten darauf gerichtet ist, die Interessen der Nutzer zu befriedigen. Es lässt sich nicht pauschal ausschließen, dass Nutzer ein Interesse an der Wahrnehmbarkeit von nicht quellenbasierten Informationen haben. Das grundsätzlich hohe Informationsinteresse an investigativen Berichten oder an Hinweisgaben, die sich nicht immer unmittelbar unter Angabe von Quellen belegen lassen, verdeutlicht diese Annahme. Dem steht nicht entgegen, dass eine priorisierte Auflistung quellenbasierter Information im Übrigen regelmäßig dem Nutzerwillen entsprechen dürfte. In realitätsnaher Betrachtung ist überdies davon auszugehen, dass sich Nutzer, deren verbreiteten Inhalte nicht wahrnehmbar sind,

<sup>1895</sup> Lischka/Stöcker, Digitale Öffentlichkeit, S. 7. Körber, WRP 2012, S. 765 mit Verweis auf Heuze-roth, Die Unsichtbarmacher, auf: Welt.de, Artikel vom 19. September 2010 sprechen von einem „Unsichtbarmachen“ von Information, die nicht auf den ersten Ergebnisseiten zu finden ist.

<sup>1896</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>1897</sup> Zum Begriff siehe nur Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, Rn. 3 ff. m. w. N.

von der weiteren Nutzung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten abwenden werden, was wiederum zu wirtschaftlichen Einbußen der Dienste führen wird.

Milder wäre es hinsichtlich aller Grundrechtseingriffe, zumindest investigative, hinweisgebende und spontane Inhalte nicht der Reihungspflicht zu unterstellen. Allerdings ließen solche Ausnahmen Lücken, die von Inhalteverbreitern gezielt zur Desinformationsverbreitung genutzt werden könnten. Der Gesetzgeber könnte selbst bei Gebrauch von seiner Einschätzungsprärogative eine gleiche Eignung, der Verbreitung von „Fake News“ entgegenzutreten, nicht annehmen, da die Pflicht durch ihre Lückenhaftigkeit objektiv untauglich würde.<sup>1898</sup>

Weder milder noch gleich geeignet, die Verbreitung von „Fake News“ in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten zu verringern, wäre es, als „unseriös“ eingestufte Inhalte tiefer zu reihen als seriöse. Es ist schon unklar, wie die Seriosität beurteilt werden soll. Der Gesetzgeber müsste hier Kriterien zur Typisierung vorgeben. Dennoch könnte dies auf eine Priorisierung von professionell erstellten oder zumindest journalistisch-redaktionellen Medieninhalten hinauslaufen. Dies bedeutete aber, dass Meinungsäußerungen einzelner Nutzer ohne institutionalisierten professionellen Unterbau trotz sorgfältiger Recherche und der Angabe von Quellen nicht wahrnehmbar wären, obwohl das Informationsinteresse an ihnen nicht geringer sein muss als an denen mit entsprechendem Unterbau. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit des Einzelnen wöge mithin schwerer als die allgemeine Reihung von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz. Weiter wöge auch der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Diensteanbieter schwerer, da ihr Geschäftsmodell, das nicht primär auf die Vermittlung von journalistischen Beiträgen ausgerichtet ist, sondern gerade auch auf die Verbreitung einfacher Meinungsäußerungen, nunmehr stark verändert werden würde.

Eine solche Differenzierung wäre zudem trotz jeder gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative nicht gleich geeignet wie die Pflicht der Inhaltevermittler zur Reihung von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz. Gerade jüngere Ereignisse haben gezeigt, dass auch professionelle Medienagenturen Desinformation verbreiten oder gar nach ihrem Geschäftsmodell darauf ausgerichtet sind.<sup>1899</sup> Um die Wahrnehmbarkeit von verbreiteten „Fake News“ in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten zu verringern, sind keine mildereren, aber gleich geeigneten Mittel ersichtlich, so dass die Pflicht auch erforderlich ist.

#### dd) Angemessenheit

Die Pflicht der adressierten Dienste zur Reihung von vermittelten Inhalten anhand der Quellentransparenz wäre angemessen, wenn die durch sie bedingten Eingriffe nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck stünden.<sup>1900</sup> Die einer

<sup>1898</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 30, 250, 263 – Absicherungsgesetz, 16, 147, 181 – Werkfernverkehr.

<sup>1899</sup> Siehe Abschnitt „Bedeutung für kommerzielle, erwerbswirtschaftliche Zwecke“ unter Punkt B. V. 3.

<sup>1900</sup> BVerfGE 99, 202, 212 f. – Erstattungspflicht des Arbeitgebers.

unverzerrten freien Meinungsbildung dienende Pflicht kollidiert mit grundrechtlichen Belangen der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste einerseits und der Inhalteanbieter wie Medien und sonstigen Nutzern andererseits und ist mit ihnen in Ausgleich zu bringen.

(i) Freie und unverzerrte Meinungsbildung

Auf der einen Seite steht das überragend wichtige Rechtsgut der unverzerrten Meinungsbildung, die durch die Verbreitung von Desinformation besonders stark beeinträchtigt werden kann.<sup>1901</sup> Gegen die Wahrnehmbarkeit von Desinformation könnte die Pflicht, vermittelte Inhalte nach ihrer Quellentransparenz zu reihen, einen positiven Beitrag leisten.

Eine Quellenangabe garantiert zwar nicht, dass die zitierte Quelle richtig wiedergegeben wurde. Allerdings wäre die dargebotene Information zumindest verifizierbar, was im „postfaktischen Zeitalter“ von kaum zu überschätzendem Wert für die Meinungsbildung ist.<sup>1902</sup> Das gesellschaftliche Vertrauen in journalistische Angebote und die Integrität des Meinungsbildungsprozesses könnten gestärkt werden.<sup>1903</sup>

Durch diese Quellentransparenz könnte die Notwendigkeit von Faktenprüfungen reduziert werden. Diese müssten ihre Prüfung primär nur an den angegebenen Quellen ansetzen, was den Arbeitsaufwand verringern dürfte. Gerade in der zunehmend digitalisierten Gesellschaft kann diese Transparenz der gewinnbringenden Orientierung dienen, da viele Internetnutzer nicht (mehr) über die Fähigkeit verfügen, Inhalte kritisch zu hinterfragen.<sup>1904</sup> Dies wird auch deshalb erschwert, weil Desinformation teils auch aus vermittelten Angeboten professionell anmutender Medienanbieter stammt.<sup>1905</sup> Die Entscheidung des EuG aus dem Jahr 2022 zu *RT France* liefert hierzu ein anschauliches Zeugnis.<sup>1906</sup> Ungeachtet des „postfaktischen Zeitalters“, in dem Nutzer teils präferiert Informationen wahrnehmen wollen, die ihrer Gemütslage<sup>1907</sup> entsprechen, besteht ein grundsätzliches Bedürfnis nach wahrer Information.<sup>1908</sup>

Die mit der Pflicht adressierten Informationsvermittlungsdienste haben inzwischen nicht zuletzt aufgrund ihrer „Lock-in“-Effekte eine herausgehobene Bedeutung für die Meinungsbildung erreicht, was ihre Inpflichtnahme rechtfertigen

<sup>1901</sup> Siehe Abschnitt „Entwicklungen der jüngeren Zeitgeschichte“ unter Punkt B. IV.

<sup>1902</sup> Siehe Abschnitt „Postfaktizität als Sinnbild gesellschaftlicher Informationskultur“ unter Punkt B. IV. 1.

<sup>1903</sup> Siehe Abschnitt „Verlust des Vertrauens in Qualitätsmedien“ unter Punkt B. V. 2.

<sup>1904</sup> Siehe Abschnitt „Zugang zu und Verwendung von Information als Eckpfeiler kognitiver Selektion“ unter Punkt B. III. 3.

<sup>1905</sup> Siehe Abschnitt „Bedeutung für kommerzielle, erwerbswirtschaftliche Zwecke“ unter Punkt B. V. 3.

<sup>1906</sup> Vgl. EuG, Beschluss vom 27. Juli 2022, – T-125/22 –, Rn. 138, Rn. 171 ff., Rn. 175 ff., Rn. 192 ff. – *RT France* ./ Europäischer Rat.

<sup>1907</sup> Siehe Abschnitt „Postfaktizität als Sinnbild gesellschaftlicher Informationskultur“ unter Punkt B. IV. 1.

<sup>1908</sup> Vgl. etwa BVerfGE 152, 152, 201 Rn. 113 – Recht auf Vergessen I.

könnte.<sup>1909</sup> Denn sie sind „Faktor der Meinungsbildung“, da sie mit ihren Algorithmen entscheiden, welche Inhalte wahrgenommen werden.<sup>1910</sup> Ihre auf das Kriterium der Relevanz gestützte Vermittlung setzt regelmäßig auch die Abrufzahlen von Angeboten ins Verhältnis.<sup>1911</sup> Sensationsgeladene Desinformation kann dabei zumindest kurzzeitig ein hohes Abrufaufkommen aufweisen. Ein Vorzug quellentransparenter Beiträge im Rahmen der Vermittlung wirkte dieser Gefahr entgegen und hielt den Meinungsbildungsprozess transparent und effektiv, da Quellen unmittelbar nachvollzogen werden könnten. Aufgrund dieser Gemengelage, die eine einseitige Meinungsbeeinflussung durch Desinformation in den Diensten ermöglichen kann, besteht grundsätzlich ein hohes Interesse an der Absicherung einer desinformationsfreien Meinungsbildung.

(ii) Berufsausübungsfreiheit der adressierten Dienste, Art. 12 Abs. 1 GG

Diesem herausgehobenen Interesse an einer unverzerrten Meinungsbildung steht die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber gegenüber, in die eine auf die Reihung von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz gerichtete Pflicht massiv eingreifen würde. Die Pflicht beträfe das Geschäftsmodell der Dienste in nicht unerheblicher Weise, da sie die algorithmische Aufreihung dergestalt veränderte, dass die Vermittlung personalisiert präferierter Inhalte nicht mehr allein im Vordergrund stünde. Zwar schreibt das Quellentransparenzgebot dem Dienst keine inhaltliche Richtung positiv vor, die seine Vermittlungsleistung abbilden muss. Gleichwohl soll er vermeintlich verifizierte Information bevorzugen.

Die Folgen dessen wögen schwer. Denn diese Depersonalisierung ließe die Nutzerinteressen, auf deren Befriedigung die Dienste ausgerichtet sind, in den Hintergrund treten. Die Dienste würden zu Vermittlern vermeintlich „guter“ Information umfunktioniert, ohne dass die besonders quellentransparenten Inhalte zwingend schutzwürdiger sind als quellenlose. Die Dienste müssten einfache Meinungsäußerungen ohne Angabe von Quellen niedriger reihen. Sowohl das neue Vermittlungsangebot als auch die geringere Wahrnehmbarkeit eigener quellenloser Inhalte könnten Nutzer dazu bewegen, sich von den Diensten abzuwenden. Hieraus ergäben sich wirtschaftliche Einbußen, weil die Höhe des Umsatzes vor allem von der Zahl aktiver Nutzer abhängt.<sup>1912</sup>

<sup>1909</sup> Vgl. zu ihrer Bedeutung Erwägungsgrund 79 DSA; Erwägungsgrund 4 TerrOIB-VO. Siehe ferner auch die Begründung in COM(2018) 226 final, S. 1.

<sup>1910</sup> Siehe Abschnitt „Medienfreiheiten, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG“ unter Punkt C. IV. 1. b) aa).

<sup>1911</sup> Siehe Abschnitt „Algorithmisierte Informationsselektion seitens des Informationsintermediärs“ unter Punkt B. V. 1. a).

<sup>1912</sup> Siehe etwa den Vergleich zwischen steigenden Nutzerzahlen und steigenden Werbeeinnahmen, *Dixon*, Facebook: number of daily active users worldwide 2011–2022, Statistik vom 28. Juni 2022, auf: Statista.com; Statista Research Department, Werbeumsätze von Meta weltweit bis 2021, Statistik vom 3. Februar 2022, auf: Statista.de.



Dem stehen auch die nachgewiesenen „Lock-in“-Effekte der einzelnen sozialen Medien nicht entgegen. Denn je mehr Nutzer aus dem sozialen Umfeld sich erstens aufgrund der gewandelten Vermittlungsmodalitäten aus einer Online-Öffentlichkeit zurückziehen, desto geringer wirkt der „Lock-in“ für die verbliebenen Nutzer. Auch Letztere könnten sich in der Folge von dem jeweiligen sozialen Medium abwenden. Zweitens dürfte das offene Kommunikationsforum an Attraktivität einbüßen, wenn eine wahrnehmbare Kommunikation nur noch unter der Abgabe von Quellen erfolgen kann.

Ferner wiegt auch die den adressierten Diensten als weichenstellende Faktoren der Meinungsbildung zukommende besondere Verantwortung im Kommunikationsgefüge des Internets die Schwere des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit nicht auf. Zwar bestimmt der Dienst als Vermittler über die Wahrnehmbarkeit der von Dritten ausgeübten Kommunikationsfreiheiten und ist damit die Vorbedingung der Meinungsbildung, ohne dabei offen eigene Tendenzen preiszugeben. Jedoch bilden die vermittelten Angebote in aller Regel nicht die alleinige Grundlage der Meinungsbildung eines Nutzers.<sup>1913</sup> Das verringert die Schutzbedürftigkeit der freien Meinungsbildung innerhalb der adressierten Dienste im Verhältnis zu dem empfindlichen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Letzteren.

Dass einzelne Nutzer dennoch allein auf Grundlage eines vermittelten Inhalts ihre Meinung bilden, hält das Gut der freien Meinungsbildung aus. Denn nicht unberücksichtigt bleiben darf die Kraft des offenen Diskurses, in dem sich einzelne Meinungen, die sich auf desinformativer Grundlage gebildet haben, korrigieren lassen. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass auch die hier geprüfte Pflicht ihren Zweck einer unverzerrten Meinungsbildung nicht vollkommen absichern kann, da eine Quellenangabe nicht garantiert, dass die zitierte Quelle richtig wiedergegeben wurde, sondern eine geäußerte Tatsache lediglich schneller überprüfbar macht.

Daher überwiegt das mit der Pflicht verfolgte Interesse an einer unverzerrten Meinungsbildung anhand von wahren Tatsachen nicht das Interesse an der Berufsausübungsfreiheit der adressierten Dienste. Die Pflicht zur Reihung von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz wäre vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit unangemessen.

(iii) Medienfreiheiten der Inhabitanten, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Dem Interesse an der desinformativfreien Meinungsbildung stehen ferner die Medienfreiheiten der Inhabitanten gegenüber, in die die Pflicht zur Reihung von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz mittelbar nicht unerheblich eingreift. Die Dienste müssten ihre Beiträge zum Zwecke der Wahrnehmbarkeit auf den an das Quellentransparenzgebot gebundenen „Flaschenhals“, den Informationsvermittler, abstimmen.

<sup>1913</sup> Vgl. *Hölig/Hasebrink/Behre*, Reuters Institute Digital News Report 2021, S. 5, S. 20.

Dabei besteht aufgrund der für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Wirkung der Medienfreiheiten ein herausgehobenes Interesse an ihrer uneingeschränkten Ausübung. Insofern setzt ein Quellentransparenzgebot ein Signal für die Befürwortung wahrer Information als Basis des Qualitätsjournalismus, der auch positive Effekte für die Medien haben könnte. Durch eine hohe Reihung bei der Informationsvermittlung könnten vermittelten Medienangebote von erhöhten Rezipientenzahlen und dadurch – je nach Ausgestaltung des Angebotes – auch von steigenden Werbeeinnahmen profitieren. Dies setzte einen Anreiz, durch hohe Qualitätsstandards dazu beizutragen, die Substanz und die Integrität des Meinungsbildungsprozesses abzusichern. Dabei sind Medien ohnehin an journalistische Sorgfaltspflichten gebunden. Das ließe vermuten, dass ein Quellentransparenzgebot sie nicht besonders belastete. Sie müssten bloß die Quellen anfügen, auf denen ihr Angebot basiert.

Diese Annahme griffe indes zu kurz: Denn der Informanten- und Quellenschutz ist für die Medien von höchster Wichtigkeit, da sie zur Erfüllung ihres verfassungsrechtlichen Auftrags<sup>1914</sup> auf die Informationsweitergabe ihrer Informanten teils angewiesen sind. Diese Bedeutung drückt sich etwa in strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten von Pressevertretern über die Person des Informanten (§ 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO) und in dem die Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechtes ausschließenden Beschlagnahmeverbotes (§ 97 Abs. 5 StPO) aus.<sup>1915</sup> So sind strafprozessuale Untersuchungshandlungen innerhalb eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Pressevertreter verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie primär dazu dienen, die Person des Informanten zu ermitteln. Ohne diese Abstützung wäre ein investigativer Journalismus, an dem ein herausgehobenes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, kaum möglich. Ein Quellentransparenzgebot würde diese Abstützung unterwandern.

Dem steht nicht entgegen, dass investigative Inhalte auch unter Angabe anderer Quellen eine hohe Reihung erfahren könnten, ohne den Informanten offenlegen zu müssen. Jedoch wird es gerade im Kontext mit anonymen Hinweisgebern (sog. Whistle-Blowern<sup>1916</sup>), die unter bestimmten Voraussetzungen ihrerseits den Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit<sup>1917</sup> für sich beanspruchen können, in aller Regel nur eine einzige Quelle geben. Dabei fällt es im Rahmen des sekundenaktuellen Internetjournalismus mitunter ohnehin schwer, überhaupt verifizierbare Quellen anzugeben. Mit anderen Worten liefe es *de facto* doch auf die Preisgabe des In-

<sup>1914</sup> Siehe hierzu nur BVerfGE 20, 162, 174 f. – Spiegel; 12, 113, 128 – Schmid-Spiegel.

<sup>1915</sup> Vgl. auch BVerfGE 117, 244, 265 – CICERO; 20, 162, 217 – Spiegel; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 2015, – 1 BvR 1089/13 –, juris, Rn. 19.

<sup>1916</sup> Zum Begriff siehe nur *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, Rn. 3 ff. m. w. N.

<sup>1917</sup> Vgl. EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 12. Februar 2008, Nr. 14277/04 –, Rn. 72 ff. – *Guja ./. Moldova*; Urteil vom 11. Mai 2021, Nr. 21884/18 – *Halet ./. Luxemburg* (noch nicht rechtskräftig wegen der Überweisung an die Große Kammer [„Luxleaks“]); Urteil vom 21. Juli 2011, Nr. 28274/08 –, Rn. 63 ff. – *Heinisch ./. Deutschland*. Vgl. jüngst BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. März 2022, – 1 BvR 2821/16 –, juris, Rn. 18.

formanten hinaus, wenn Inhalte wahrgenommen und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit gestillt werden sollen. In der Folge bleibt zu erwarten, dass die Medien kaum mehr Hinweisgeber finden und ihre Aufgabe fortan nur erschwert erfüllen können.

Insoweit unterliegt das Interesse an der freien Meinungsbildung dem Interesse an der freien Medientätigkeit. Die Reihungspflicht nach der Quellentransparenz ist vor dem Hintergrund der widerstreitenden Medienfreiheiten unangemessen.

(iv) Kommunikative Chancengleichheit aller Nutzer, Art. 5 Abs. 1 i. V. m.

Art. 3 Abs. 1 GG

Dem Interesse an einer unverzerrten Meinungsbildung steht weiter die kommunikative Chancengleichheit der Nutzer gegenüber, die die auf die Reihung von Inhalten nach ihrer Quellentransparenz gerichtete Pflicht mittelbar tangierte, da quellenbeinhaltende Beiträge im Vergleich zu den quellenlosen bei der Vermittlung bevorzugt würden, wodurch sie mehr Breitenwirkung erführen. Nach dem Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit soll jeder mit seiner Meinung Gehör finden, da dies zentrale Voraussetzung für den Meinungskampf und nicht zuletzt die freiheitlich-demokratische Grundordnung ist.<sup>1918</sup> Abweichungen von diesem Grundsatz erfordern tragfähige sachliche Gründe, die der herausgehobenen Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit Rechnung tragen.

Der sachliche Grund könnte vorliegend in der Absicherung einer desinformationsfreien Meinungsbildung sowie in der Stärkung des Vertrauens in die vom verpflichteten Informationsvermittler hochgereihten Angebote bestehen. Die hier in Rede stehende Besserstellung quellentransparenzter Inhalte benachteiligt vor allem Desinformationsverbreiter, da sie nur vorgetäuschte Tatsachengrundlagen vorweisen können, für die kaum Quellen bestehen. Da die Verbreitung von Desinformation grundsätzlich nicht schutzwürdig ist, scheint die Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Der Meinungsmarkt würde optimiert und Anreize für eine Desinformationsverbreitung verringert. Dies gilt trotz eines geringen Missbrauchspotentials, das darin liegt, dass Desinformationsverbreiter vorab andere Beiträge entwerfen könnten, die ihrem Desinformationsangebot als Quelle dienen oder andere Quellen unrichtig wiedergeben. Diese eher geringe Lücke könnte durch Faktenprüfungen<sup>1919</sup> geschlossen werden, für die die Quellentransparenz eine Arbeitserleichterung darstellte. Denn selbst wenn Desinformationsverbreiter gezielt „Fake News“-Inhalte entwerfen würden, um diese später als Nachweis für die Richtigkeit ihrer später verbreiteten Desinformation zu verwenden, könnten die vorher geteilten, mangels Quellen niedrig gereihten und kaum wahrnehmbaren Inhalte schon durch die Faktenprüfungen gekennzeichnet sein. Soweit als Desinformation gekennzeichnete Inhalte (digital) archiviert würden, ließen sich spätere Bezugnahmen in Quellen wiederum leichter enttarnen.

<sup>1918</sup> Vgl. BVerfGE 25, 256, 265 – Blinkfuer.

<sup>1919</sup> Siehe Abschnitt „Staatsfreie Fakten-Check-Agenturen“ unter Punkt G. III. 2.

Unbeachtlich einer Bevorzugung kann sich jeder Grundrechtsträger weiterhin ungehindert im digitalen Raum äußern und die Modalitäten seiner Äußerung frei wählen und daher auch Aussagen ohne Quellenangabe publizieren. Er muss im Gegenzug „nur“ hinnehmen, möglicherweise nicht mehr in vergleichbarer Breite gehört zu werden. Dabei bleibt die Gleichheit insofern gewahrt, als dass Gleiches gleichbehandelt wird: Quellenintransparente Beiträge konkurrieren untereinander, ebenso wie quellentransparente Angebote.

Ferner wäre das Quellentransparenzgebot auch nicht deshalb kein tragfähiger sachlicher Grund, weil der Gesetzgeber mit ihm in unzulässiger Weise positiv inhaltliche Vorgaben hinsichtlich der hervorzuhebenden Äußerungen und Tendenzen machte und damit kein Sonderrecht schüfe. Im Gegenteil hinge die Wahrnehmbarkeit von Inhalten nach der Pflicht an bestimmten Äußerungsmodalitäten, die grundsätzlich eingeschränkt werden können.

Allerdings darf nicht ungesehen bleiben, dass die Pflicht auch diejenigen benachteiligte, die eine spontane Äußerung oder eine schnelle Reaktion zu bereits verbreiteten Inhalten ohne Quellen abgeben wollen sowie diejenigen, die keine Quelle zu ihrem Inhalt angeben können – sei es aus Gründen des Quellenschutzes, sei es aus Gründen nicht vorhandener Quellen. Dabei beinhaltet ungeachtet der teils besonderen Reichweite und Suggestivkraft einzelner Beiträge nicht jeder quellenlose Inhalt ausschließlich „Fake News“.

Stattdessen ist zu berücksichtigen, dass die von der Pflicht unmittelbar adressierten Dienste gerade offene Kommunikationsforen im digitalen Bereich darstellen, in denen kurzweilige Konversationen stattfinden sollen. Dabei ist nicht gesagt, dass ein quellenloser Beitrag zwingend weniger schutzwürdig ist als ein quellentransparenter. Die Quellentransparenz führte für den einzelnen Nutzer in aller Regel dazu, dass seine Beiträge keine nennenswerte Reichweite erzielten und somit sinnlos würden. Nicht jeder Nutzer von sozialen Medien ist journalistisch vorgeprägt und im Stande, eine entsprechende Recherche zu vollziehen und anschließend die Inhalte unter Angabe von Quellen zu verbreiten. Diese Gründe könnten zum Verstummen einiger Nutzer bis hin zum Löschen ihres Nutzeraccounts führen. Der Meinungsbildungsprozess würde damit gehemmt und der originäre Zweck der Regelung, der Schutz der Meinungsbildung, in sein Gegenteil verkehrt. Die Regelung schützte die Meinungsbildung nicht, sondern konterkarierte sie. Es müssen die von der Pflicht ausgehenden abschreckenden Wirkungen und ihre besonderen Folgen für die Meinungsäußerungsfreiheit berücksichtigt werden, die darin liegen, dass sich Nutzer schlicht nicht mehr äußern wollen. Dies könnte dazu führen, dass sich Nutzer von den Diskursräumen abwendeten, insgesamt weniger Kommunikation stattfände und in der Folge die Meinungsvielfalt beeinträchtigt werden könnte.

Insoweit trüge der sachliche Grund, die Absicherung des informationsfreier Meinungsbildung, die Differenzierung von quellentransparenten und quellenlosen Inhalten nicht, da die Differenzierung der Bedeutung der Meinungsfreiheit nicht

hinreichend berücksichtigte. Die mit dem Quellentransparenzgebot geschaffene kommunikative Ungleichbehandlung ist nicht durch tragfähige sachliche Gründe gerechtfertigt.

ee) Ergebnis: Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Eine solche Pflicht brächte den Widerstreit mit keinem der kollidierenden Grundrechte in einen angemessenen Ausgleich und wäre daher nicht verfassungsmäßig gerechtfertigt.

c) Ergebnis: Anzeige von Beiträgen nach ihrer Quellentransparenz

Sollte die Pflicht der von der Europäischen Kommission eingesetzten hochrangigen Expertengruppe wie dargestellt verstanden werden, wäre sie nicht mit den widerstreitenden Grundrechten vereinbar und wegen ihrer Verfassungswidrigkeit dem Gesetzgeber nicht anzuraten.

## 2. Staatsfreie Fakten-Check-Agenturen

Ein weiteres Mittel gegen die Verbreitung von „Fake News“ liegt in der Einrichtung unabhängiger Fakten-Check-Agenturen, deren Aufgabenbereiche, Arbeitsweise und Kompetenzen vorgestellt und aus grundrechtlicher Perspektive erörtert werden sollen. Nicht Gegenstand der Betrachtung ist, ob gesetzliche Verpflichtungen von den von sozialen Medien externen Faktenprüfern zur Kontrolle dort verbreiteter Inhalte – auch unter Zuhilfenahme von „Bot“-Technik – mit der Berufsausübungsfreiheit der Faktenprüfer vereinbar wären. Solche an externe Faktenprüfer gerichtete Pflichten verstießen nicht gegen Art. 15 Abs. 1 ECRL, der nur Durchleitungs-, „Caching-“ und „Hosting“-Dienste erfasst.

a) Arbeitsweise und Aufgaben

Die Agenturenlandschaft ist fragmentiert. Inzwischen wurden viele Fakten-Check-Agenturen eingerichtet und bestehende stetig vergrößert.<sup>1920</sup> Sie prüfen bereits verbreitete Tatsachendarstellungen sowie Bilder und Videos nachträglich auf ihren Wahrheitsgehalt.<sup>1921</sup> Fakten-Checks finden wissenschaftlich basiert und objektiv, also frei von Wertungen, statt.<sup>1922</sup> Sie sollten staatsfrei erfolgen, um dem Staat

<sup>1920</sup> Vgl. *Graves/Cherubini*, *The Rise of Fact-Checking Sites in Europe*, S. 6, S. 30. Siehe auch die zutreffenden und exemplifizierenden Beschreibungen der European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S. 15, S. 24.

<sup>1921</sup> KOM (2018) 236 endg., S. 10. Ohne nähere Ausgestaltung auch *B. Holznagel*, MMR 2018, S. 21 f.; *Drexler*, ZUM 2017, S. 543. Siehe auch die Beschreibung des internationalen Bündnisses *First Draft*, Über uns, auf: [Firstdraftnews.org](http://Firstdraftnews.org).

<sup>1922</sup> Siehe als Vergleichsmaßstab zur Neutralität Nr. 1 des Grundsatzkatalogs des Internationalen Fact-Checking Network (IFCN) vom 18. Mai 2018, auf: [Poynter.org](http://Poynter.org).

keinen Wahrheitsanspruch aufzudrängen. Den Agenturen kommen zwei zentrale Aufgaben zu: Erstens müssen desinformative Inhalte nach ihrer Veröffentlichung schnell mittels Kennzeichnung enttarnt werden, um dem „Primacy Effect“<sup>1923</sup> entgegenzuwirken“ (aa)). Zweitens darf der Desinformation durch die Enttarnung nicht noch eine stärkere Wirkung („Illusory Truth Effect“<sup>1924</sup>) zuteilwerden (bb)).

#### aa) Schnelles Enttarnen („Debunking“)

Ein schnelles Aufdecken von Desinformation kann vor allem beim Einsatz von desinformationsverbreitenden, infiltrierend wirkenden „Social Bots“ besondere Schwierigkeiten bereiten. Die Falsifikation der Unwahrheit verlangt häufig eine umfangreiche Recherche, währenddessen sich die unwahren Tatsachendarstellungen uneingeschränkt verbreiten. Bei einer erst späten Kennzeichnung hat die Meinungsbildung zu einem bestimmten Thema vielfach schon stattgefunden. Je schneller eine Falsifikation erfolgt, desto weniger Meinungsverzerrungen sind zu erwarten, da viele Rezipienten dann bereits im Rahmen ihres Erstkonsums einer Information mit der Kennzeichnung von „unwahrer Information“ konfrontiert würden. Ebendies muss Sinn und Zweck der Fakten-Checks sein.<sup>1925</sup>

#### (i) Internationales Fakten-Check-Netzwerk

Aus Gründen der Zeiteffizienz und einer weltweiten Falsifikation ist in diesem Kontext die Einrichtung eines internationalen Netzwerks zweckdienlich, da Information im entgrenzten Internet mühelos über staatliche Grenzen hinaus verbreitet werden kann. Erfolgte Faktenprüfungen könnten in einer global erreichbaren und offenen Datenbank archiviert werden, so dass Faktenprüforganisationen weltweit von den gewonnenen Erkenntnissen profitieren würden. Gerade wiederkehrende Falschmeldungen würden durch ein solches Netzwerk schneller aufgefunden und den Rezipienten über entsprechende Hinweise möglichst schnell zugänglich gemacht.<sup>1926</sup> Ein internationales Beispiel stellt die *First Draft Coalition* dar, der *Aljazeera*, *Facebook*, *Twitter*, *You Tube*, *Washington Post*, *New York Times*, *The Guardian*, *Reuters*, *BBC*, *CNN*, *NBC* und *ARD*, *ZDF*, *DPA*, *Zeit Online* und vielen weitere angehören.<sup>1927</sup> Mediengruppen verschiedenster Strömungen finanzieren das Projekt. Gemein ist ihr Interesse am faktengeprüften Journalismus. Darüberhinausgehende Interessenverfolgungen, vor allem bestimmter Meinungen, sind nicht erkennbar. Um ihre objektive Funktion abzusichern und den Einfluss von außen, etwa durch Geldgeber,

<sup>1923</sup> Zum sog. „Primacy Effect“ siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

<sup>1924</sup> Zum sog. „Illusory Truth Effect“ siehe Abschnitt „Menschliches Gedächtnis und die Aufnahme von (Fehl-)Information“ unter Punkt B. III. 1.

<sup>1925</sup> Vgl. auch die Analyse bei *Paul Matthews*, *Perspectives* 2016, S. 9 f.; KOM (2018) 236 endg., S. 11.

<sup>1926</sup> Vgl. zugunsten eines europäischen Netzwerks European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S. 15 f., S. 24. Ähnlich KOM (2018) ebd., S. 9 f.

<sup>1927</sup> Siehe *First Draft*, Über uns, auf: [Firstdraftnews.org](http://Firstdraftnews.org).



zu minimieren, ließe sich ein Verfahren zur Anerkennung einer qualifizierten Faktenprüfstelle entsprechend Art. 22 Abs. 2 DSA, § 3 Abs. 6, § 3c Abs. 2 NetzDG einrichten, durch das die Unabhängigkeit der Faktenprüfer sowie deren hinreichende Fach- und Sachkunde nachgewiesen wird. Ob dies mit höherrangigem Recht vereinbar wäre, wird hier nicht geprüft.

Insgesamt scheint der freie Wettbewerb für Faktenprüfagenturen sinnvoll, da eine Art *Orwell'sches* „Wahrheitsmonopol“<sup>1928</sup> einerseits missbraucht und andererseits gesellschaftlich nicht anerkannt werden könnte.<sup>1929</sup> Für solche Netzwerke käme das Modell einer öffentlich-privaten Partnerschaft in Betracht, nach dem entsprechende Agenturen über einen aus Experten zusammengesetzten Ausschuss verfügen, der, ohne dass öffentliche Befugnisse eingreifen, autonom und frei agieren kann.<sup>1930</sup>

#### (ii) Einsatz von „Fakten-Check-Bots“

Weiter könnten „Fakten-Check-Bots“ eingesetzt werden, die Inhalte im Web automatisch durchsuchen und unmittelbar nach ihrer Kundgabe prüfen, um den menschlichen Faktenprüfer mit den bereits im (weltweiten) Netzwerk verfügbaren Erkenntnissen auszustatten. Auch hierdurch würden Prüfungen effizienter gestaltet. Die Entwicklungen derartiger Programme verbleiben bislang aber wenig ausgereift.<sup>1931</sup> Wiederkehrende Desinformation wie repetitive Aussagen von „Social Bots“ könnten durch einen technisch einfach umsetzbaren Abgleich mit archivierter Desinformation aufgedeckt werden.

Die „Bots“ stellen die in der Datenbank aufzufindenden, korrespondierenden Informationen zusammen und können den menschlichen Faktenprüfer unterstützen. Letzterer bleibt trotz der zu erwartenden technischen Entwicklungen für eine sorgfältige Überprüfung unverzichtbar. Zwar wird die juristische Bewertung von Äußerungsinhalten häufig selbst dem menschlichen Prüfer schwerfallen, was Fehleranfälligkeiten offenbart. Dies zeigt jedoch, dass diese Aufgabe nicht allein Programmen überlassen werden kann. Selbst wenn ihre Algorithmenketten als selbstlernende künstliche Intelligenz programmiert sind, besitzen sie nach dem derzeitigen Entwicklungsstand nicht

<sup>1928</sup> Vgl. schon die Dystopie von *G. Orwell*, 1984, S. 66 ff., S. 315 ff., S. 320.

<sup>1929</sup> European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S. 24.

<sup>1930</sup> Zur konkreten Ausgestaltung und Wirkweise, siehe ebd. Allgemein zu den Synergien und zur Ausgestaltung *Schuurman*, *Bridging the gap between Open and User Innovation?*, S. 316. Zum Begriff der Public Private Partnership siehe *Li/Akintoye*, in: *Akintoye/Beck/Hardcastle*, *Public-Private-Partnerships*, S. 5 f. Zur Einführung von sog. „Living Labs“ in diesem Kontext siehe statt vieler *Meurer/Erdmann/v. Geibler/Echternacht*, *Arbeitsdefinition und Kategorisierung von Living Labs* (INNOLAB Projekt, AP 1.1c), S. 11 ff. m. w. N. Zum Modell der *Living Labs* in einer Public-Private-Partnership siehe *Schuurman*, ebd., S. 8, S. 132, S. 169; *Leminen*, *TIMR* 11 (2013), S. 7.

<sup>1931</sup> Vgl. *Lang*, *Ein Chat-Bot soll bei WhatsApp Falschnachrichten aufdecken*, auf: *NetzpPolitik.org*, Beitrag vom 25. August 2021. Zur Entwicklung *Rubin*, *News Verification Suite*, S. 8 ff. („NLP Solutions“).



die Fähigkeit, die für die rechtliche Bewertung konstitutiven Kontextualisierungen von Äußerungsinhalten vorzunehmen. Denn sie funktionieren noch immer weitgehend nach dem Prinzip der Wiedererkennung – beispielsweise: Handelt es sich bei einer Darstellung um einen Hund oder eine Katze.<sup>1932</sup> So mag ein „Bot“ zwar die Aussage, dass es im Zweiten Weltkrieg keine Konzentrationslager gegeben habe, als unwahre Tatsachenbehauptung erkennen. Menschliche Aussagen sind in der Regel jedoch nicht derart trivial gehalten, sondern in einen Gesamtzusammenhang einbettet, der sich regelmäßig auch durch ein Dafürhalten kennzeichnet.<sup>1933</sup> Diese Zusammenhänge können „Bots“ in ihrer Funktionsweise nicht erfassen und daher auch keine zufriedenstellende rechtliche Bewertung vornehmen. Dabei verfügen künstlich intelligente Programme in ihrer aktuellen Form nicht über ein ihrem Verwender transparent gemachtes Reflexionsvermögen, das es ermöglicht, nachzuvollziehen, aus welchen Gründen ein entsprechendes Ergebnis bei der Einstufung eines Inhalts als „rechtswidrig“ oder „unwahr“ entstanden ist.<sup>1934</sup> Obwohl die algorithmischen Strukturen wissenschaftlich erklärt werden können, ließe sich eine automatisierte Entscheidung des KI-Systems, etwa das Kennzeichnen eines Inhalts, im Einzelfall selbst von ihren Entwicklern nicht ohne weiteres nachvollziehen.<sup>1935</sup> Auch dieser Umstand belegt, dass die Entscheidungen über die Wahr- oder Unwahrheit im hier angesprochenen Kontext der Kommunikationsfreiheiten nicht von Maschinenhand getroffen werden dürfen.

Sie können aber als Hilfsdienst eingesetzt werden und damit die Fehlerquote menschlicher Faktenprüfungen durch ein Zusammenwirken von Mensch und Maschine minimieren.<sup>1936</sup>

### (iii) Meldung von Beiträgen durch Nutzer

Um Fakten-Checks lückenlos zu gestalten, sollten Überprüfungen auch nutzerseitig angestoßen werden können, indem ein sog. *Notice and act*-Verfahren eingerichtet wird.<sup>1937</sup>

<sup>1932</sup> Siehe ausführlich *Görz/Nebel*, Künstliche Intelligenz, Grundriss/Einführung; Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 18(24) 132, S. 1 (Frage 1); *Lewke*, InTer 2017, S. 208 f.; *Pieper*, DSRITB 2017, S. 563; *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), S. 12.

<sup>1933</sup> Allgemein und ohne Verknüpfung zu „Bot“-Programmen *Peifer*, CR 2017, S. 812.

<sup>1934</sup> Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 18(24) 132, S. 1 (Frage 1), S. 3 (Frage 5).

<sup>1935</sup> *Bauckhage*, Vortrag Künstliche Intelligenz (ab 17:00 Minuten), auf: Zentrum für LehrerInnenbildung (ZfL) Uni Köln, Vortrag auf der Tagung „Diggy17 – Enter Next Level Learning“ vom 27. September 2017.

<sup>1936</sup> Vgl. *Lippold/Nölscher*, JZ 2023, S. 514. Siehe ferner die Erkenntnisse der Tagung des Rechtsstandort Hamburg, Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung: Der algorithmisierte Staat, Podiumsdiskussion vom 12. Oktober 2018 (*W. Schulz* ab 29:30 Min.; *J. Simon* ab 41:30 Min.); *Bauckhage*, Vortrag Künstliche Intelligenz (ab 23:15 Minuten), auf: Zentrum für LehrerInnenbildung (ZfL) Uni Köln, Vortrag auf der Tagung „Diggy17 – Enter Next Level Learning“ vom 27. September 2017.

<sup>1937</sup> Siehe Abschnitt zum NetzDG „Bezeichnung und Schutzzweck“ unter Punkt D. VI. 1. Siehe ferner BVerfGE 152, 216, 261 f. Rn. 113 – Recht auf Vergessen II.

## (iv) Nachträgliches Informieren

Neben der Prüfung ist wesentlich, dass die mit der Falschnachricht in Verbindung gekommenen Nutzer der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste auch nachträglich noch von ihrer Unwahrheit in Kenntnis gesetzt werden, etwa durch eine Systemnachricht mit Verlinkung zu dem nunmehr als unwahr gekennzeichneten Beitrag.<sup>1938</sup> Aufgrund der Schnellebigkeit sozialer Medien können Beiträge relativ schnell aus dem Fokus der Debatte rücken. Es besteht die Gefahr, dass die bereits mit dem Inhalt konfrontierten Personen von seiner Falschheit keine Kenntnis mehr erlangen und daher ihre auf ihm gegründete Ansicht nicht mehr an den Fakten messen können. Da Netzwerke die Nutzerdaten speichern, wozu auch die Bewegungen und das Nutzungsverhalten innerhalb des Netzwerks zählen, ließe sich dies technisch realisieren. Ob diese Pflicht grundrechtskonform wäre, soll sogleich noch geprüft werden.<sup>1939</sup>

## bb) Kein Verstärken der Desinformation

Die Klarstellung der Faktenlage muss zudem in der Weise erfolgen, die die Wirkung geäußerter Desinformation nicht noch verstärkt. Das menschliche Denken verhält sich im Kontext von Sprache nicht immer rational.<sup>1940</sup> Insofern sollten die geäußerten Inhalte jedenfalls nicht noch einmal, wie beispielsweise häufig bei Richtigstellungen oder Gegendarstellungen zu sehen, wiederholt werden. Denn dabei festigen sich primär die unwahren Inhalte.<sup>1941</sup>

## (i) Warnhinweise

Wissenschaftlich erwiesen ist, dass Warnhinweise, auch in Form von „Pop Ups“, die Verbreitung von Desinformation verlangsamen. Es entsteht ein sozialer Druck auf die Nutzer, die aus Sorge um ihre soziale Anerkennung in ihrem Umfeld gehemmt sind, Nachrichten zu verbreiten, die als Unwahrheiten gekennzeichnet sind.<sup>1942</sup> Diese Maßnahme wirkt der Verbreitung von „Fake News“ entgegen, ohne ihre Wirkungskraft zu verstärken. Es ist indes unwahrscheinlich, dass ein solches Vorgehen einen nachhaltigen Effekt auf bereits gebildete Überzeugungen hat.<sup>1943</sup> Dies ist je-

<sup>1938</sup> In diese Richtung auch Positionspapier der CDU/CSU-Fraktion, Diskussion statt Diffamierung (24. Januar 2017), S. 5.

<sup>1939</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungsrechte“ unter Punkt G. III. 2. b) bb).

<sup>1940</sup> Vgl. Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.; *Wardle/De-rakhsan*, Council of Europe report DGI (2017) 09, S. 28, S. 42.

<sup>1941</sup> Vgl. *Cook/Lewandowsky*, The Debunking Handbook, S. 5 f.; *Paull/Matthews*, Perspectives 2016, S. 9; *Schnabel*, Wie stoppt man Fake-News?, in: Die Zeit, Artikel vom 28. September 2017, S. 40. Vgl. auch S. *Hegelich* im Interview mit S. *Ballweg*, Mit Faktencheck gegen Fake News, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 5. Februar 2017.

<sup>1942</sup> *Baum/Lazer/Mele*, Combating Fake News: An Agenda for Research and Action, S. 6; *Wardle/De-rakhsan*, Council of Europe report DGI (2017) 09, S. 59.

<sup>1943</sup> *Baum/Lazer/Mele*, ebd., S. 6 f.

doch deshalb unschädlich, da Fakten-Checks nicht die politische Erziehung von Andersdenkenden beabsichtigen, sondern den Ausschluss der Meinungsverzerrung derjenigen, die sich ihre Meinung noch bilden wollen.

(ii) Kontextualisierung mit vorhandener, wahrer Information

Auch deuten Forschungsergebnisse darauf hin, dass Fehleinschätzungen erheblich vermindert werden, wenn falsche Information unmittelbar kontextualisiert wird.<sup>1944</sup> Dabei sollte aus genannten Gründen darauf geachtet werden, dass der Nutzer die Desinformation aufgrund von kontextbezogenen Beiträgen, die ihm vom jeweiligen Inhaltsvermittler vorgeschlagen werden, eigenständig enttarnt und keine bloße Richtig- oder Gegendarstellung erfolgt.<sup>1945</sup> Diese Maßnahme hakt in das Prinzip der „positiven“ Vielfaltsicherung<sup>1946</sup> ein, da dem Nutzer ein pluralistisches, abweichendes Informationsangebot angezeigt werden muss. Dies könnte in der Weise geschehen, dass informationsvermittelnde Dienste im Rahmen ihrer positiven Vielfaltsdarbietung alle Inhalte dahingehend kennzeichnen, ob sie bereits durch Fakten-Check-Agenturen verifiziert sind. Ob ein solches Kennzeichnungs- und Kontextualisierungskonzept verfassungsrechtlich tragfähig ist, wird gleich noch zu prüfen sein.<sup>1947</sup>

(iii) Transparenz über das Verfahren bei Faktenprüfungen

Zugunsten der Nachvollziehbarkeit für die Nutzer ist es empfehlenswert, Transparenz über die Verfahrensweise in Faktenprüfungen herzustellen. Darüber wird Verständnis geschaffen, wann die Schwelle einer Qualifikation als Desinformation erreicht ist, sowie mittelbar die Nutzerkompetenz erhöht, selbst Desinformation zu erkennen.<sup>1948</sup>

*b) Kompetenzen von Faktenprüfern*

Damit Faktenprüfungen nach den obigen Maßgaben – rasches Enttarnen von Desinformation, ohne ihre Wirkung dabei zu verstärken – dem Schutz einer unverfälschten Meinungsbildung dienen können, müssen Faktenprüfer mit bestimmten Kompetenzen ausgestattet sein. Dies betrifft vor allem Zugangs- (aa)), Kennzeichnungs- (bb)) und Auskunftsrechte (cc)). Anspruchsgegner der Auskunftsansprüche sind Behörden, etwa um Zugriff auf bei Ihnen vorhandene archivierte Daten zu erlangen. Die gegen soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste gerichteten Zugangs- und Kennzeichnungsrechte betreffen nicht den koordinierten Bereich des DSA, jedoch den der ECRL. Deshalb muss das unionsrechtliche Herkunftsland-

<sup>1944</sup> Sie zu dieser Studie *Bode/Vraga*, *Journal of Communication*, 65 (2015), S. 631 f.

<sup>1945</sup> Ebd., S. 632.

<sup>1946</sup> Zum Begriff der positiven Vielfalt siehe *J. Kreile*, *ZUM* 2017, S. 268 f.; *Müller-Terpitz*, *AfP* 2017, S. 382. Vgl. auch *Paal*, *Intermediäre: Regulierung und Vielfaltsicherung*, S. 7 ff.

<sup>1947</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungsrechte“ unter Punkt G. III. 2. b) bb).

<sup>1948</sup> *First Draft*, *Über uns*, auf: [Firstdraftnews.org](http://Firstdraftnews.org).

prinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL (i. V. m. Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)) eingehalten werden. Es soll hier nur noch geprüft werden, ob die Befugnisse grundrechtskonform wären.

aa) Zugang zu sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten

Da zumindest soziale Netzwerke regelmäßig nach einer dem Nutzungsverhältnis vorgeschalteten Registrierung verlangen, könnten sie den Zugang für Faktenprüfer – etwa mit ihren Gemeinschaftstandards, soweit ein tragfähiger sachlicher Grund hierfür vorliegt<sup>1949</sup> – verweigern. In der Folge wären Faktenprüfungen ausgeschlossen. Sofern Faktenprüfer also nicht zu dem sozialen Netzwerk oder Videosharing-Dienst gehören, müssen sie mit einem gesetzlichen Anspruch auf Zugang zu diesen Diensten ausgestattet sein. Dieses Zugangsrecht könnte jedoch die Berufsausübungsfreiheit der Dienste verletzen.

(i) Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Dienstbetreibers, Art. 12 Abs. 1 GG  
Ein solch gesetzlich geregeltes Zugangsrecht begründete einen klassischen Eingriff, da die Maßnahme einen berufsregelnden Charakter aufweist. Indem externen Faktenprüfern ein Zugangsrecht gewährt wird, ist zweckmäßig ein Teil des „Wie“ der Berufsausübung der Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten gesetzegelenkt.<sup>1950</sup> Die Vertragsgestaltung in Bezug auf das „Ob“ und das „Wie“ der Nutzung der Dienste unterliegt der Berufsfreiheit der Dienstbetreiber aus Art. 12 GG.<sup>1951</sup> Sie tragen das unternehmerische Risiko ihres Betriebs.<sup>1952</sup> Das Zugangsrecht für externe Faktenprüfer schränkte diese Freiheit ein.

(ii) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Der Eingriff wäre verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn seine gesetzliche Ausformung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, mithin einem legitimen Zweck dient und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

<sup>1949</sup> Siehe Abschnitt „Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag“ unter Punkt E. IV. 5.

<sup>1950</sup> Zu den Voraussetzungen an einen klassischen Eingriff in die Berufsfreiheit vgl. Abschnitt „Eingriff in die Berufsfreiheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii) (3); BVerfGE 148, 40, 51 Rn. 28 – Lebensmittelpranger.

<sup>1951</sup> Vgl. auch BVerfGE 152, 216, 256 f. Rn. 103 f. – Recht auf Vergessen II.

<sup>1952</sup> BVerfGE 148, 267, 285 Rn. 45 – Stadionverbot; BGH NJW 2012, 1725, 1726 Rn. 27 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

## (1) Einfaches Gesetz und legitimer Zweck des Zugangsanspruchs

Gesetzliche Zugangsrechte für Faktenprüfer lassen sich dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entsprechend als einfaches Gesetz formulieren. Diese Zugangsrechte für Faktenprüfer dienen dem Zweck, eine desinformationsfreie Meinungsbildung zu unterstützen.

## (2) Geeignetheit des Zugangsanspruchs

Der Anspruch auf Zugang zu den Diensten wäre geeignet, wenn er diesen legitimen Zweck fördern könnte.<sup>1953</sup> Der Zugangsanspruch zu einem sozialen Netzwerk oder Videosharing-Dienst sichert die Grundvoraussetzung für externe Faktenprüfungen ab und kann damit eine desinformationsfreie Meinungsbildung unterstützen. Er ist hierzu geeignet.

## (3) Erforderlichkeit des Zugangsanspruchs

Der Anspruch auf Zugang zu den Diensten wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel vorhanden wäre, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1954</sup> Ein milderes Mittel, um eine faktenbasierte Meinungsbildung zu gewährleisten, ist nicht ersichtlich. Ein Aufbürden eigenständiger Faktenprüfungen durch die Dienste brächte höhere wirtschaftliche Belastungen in Form von Personalkosten mit sich und wäre folglich nicht milder, als bloß den Zugang externer Prüfer zu dulden.

## (4) Angemessenheit des Zugangsanspruchs

Der Anspruch auf Zugang zu den adressierten Diensten wäre angemessen, wenn der mit ihm verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem mit ihm intendierten Zweck stünde.<sup>1955</sup>

Hierbei sind das Interesse an einer desinformationsfreien Meinungsbildung und die Belange der Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Dienste gegeneinander abzuwägen.

Das schutzwürdige Interesse an einer desinformationsfreien Meinungsbildung in sozialen Medien ist grundsätzlich von herausgehobener Bedeutung. Dies gilt umso mehr für soziale Medien, in denen – nicht zuletzt wegen ihrer Schnelligkeit – das Gut der freien, unverzerrten Meinungsbildung besonderen manipulativen Einflüssen ausgesetzt ist. Bereits der Erstkonsum kann kognitionswissenschaftlich dazu führen, dass der Rezipient plausibel erscheinender Desinformation glaubt („Primacy Effect“). Ihre Wiederholung verstärkt die Glaubhaftigkeit der Desinformation („Illusory Truth Effect“). Die einmal auf unwahre Tatsachen gegründete Meinung lässt sich nur noch schwer korrigieren.<sup>1956</sup> Durch die Artikulation dieser gegründeten

<sup>1953</sup> Vgl. BVerfGE 30, 250, 262 ff. – Absicherungsgesetz.

<sup>1954</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>1955</sup> BVerfGE 99, 202, 212 f. – Erstattungspflicht des Arbeitgebers.

<sup>1956</sup> Siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

Meinung gelangen weitere Rezipienten mit den unwahren Tatsachen in Berührung. Der mögliche Schaden potenziert sich nicht zuletzt etwa in demokratischen Entscheidungen des Souveräns. Dies streitet für eine effiziente Enttarnung von „Fake News“, für die ein Zugangsrecht von Faktenprüfern Grundvoraussetzung ist.

Dagegen wöge der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nicht sehr schwer. Die Dienste lassen – soweit sie über eine Registrierungspflicht verfügen – grundsätzlich jede Person zu, da hohe Nutzerzahlen ihre Profite steigern.<sup>1957</sup> Sie unterliegen mit dieser Öffnung für jedermann einer gewissen Selbstbindung, die die Schutzwürdigkeit ihrer Belange verringert.<sup>1958</sup>

Zwar dient der Zugang von Faktenprüfern einem grundverschiedenen Zweck als dem von einfachen Nutzern. Die gewöhnliche Nutzung ist nicht *per se* auf Faktenprüfungen angelegt. Die Selbstbindung der Dienste in Bezug auf die Zulassung von gewöhnlichen Nutzern unbesehen ihrer Person greift daher für Faktenprüfer nicht unmittelbar ein. Die Schutzwürdigkeit der Belange der Berufsfreiheit der Dienste ist in dieser Konstellation folglich nicht ohne weiteres reduziert. Allerdings können einerseits auch einfache Nutzer Desinformation enttarnen, indem sie die Unwahrheit der Tatsachen über die Kommentarfunktion zu erkennen geben. Dies wäre indes wenig praktikabel und verspricht keine hohe Wahrnehmbarkeit. Andererseits gibt es im Vergleich zu gewöhnlichen Nutzern nur relativ wenige Faktenprüfer, was die Eingriffsintensität abmildert. Mildernd könnte weiter die Zahl obligatorisch zuzulassender Faktenprüfer, die über eine hinreichende Qualifikation verfügen, in entsprechender Relation gesetzlich begrenzt werden.

Das schutzwürdige Interesse an einer desinformationsfreien Meinungsbildung überwiegt daher die schutzwürdigen Belange der Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber. Ein Zugangsrecht für Faktenprüfer wäre angemessen und verhältnismäßig.

(iii) Ergebnis: Zugang zu sozialen Netzwerken

Zugangsrechte sind mit der Berufsfreiheit vereinbar.

bb) Kennzeichnungsrechte

Überdies sollte Faktenprüfern ein gesetzliches Recht zur Kennzeichnung desinformativer Inhalte eingeräumt werden, um die Nutzer von sozialen Netzwerken oder Videosharing-Diensten über verifizierte und falsifizierte Inhalte – auch nachträglich – zu unterrichten. Die Dienstbetreiber sollten dabei verpflichtet werden, den Nutzern die Kennzeichnungen bei der Vermittlung der jeweiligen Angebote an-

<sup>1957</sup> Zur Ausrichtung des Dienstes anhand von wirtschaftlichen Rationalitäten siehe BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II.

<sup>1958</sup> Siehe Abschnitt „Öffnung eines Verkehrs“ unter Punkt E. IV. 4. e).

zuzeigen.<sup>1959</sup> Ob das grundrechtskonform wäre oder die Berufsausübungsfreiheit des Dienstbetreibers oder die Kommunikationsfreiheit des Äußernden eines als falsifiziert gekennzeichneten Inhalts verletzte, gilt es zu prüfen.

(i) Eingriff in die Berufsfreiheit des Dienstbetreibers, Art. 12 Abs. 1 GG

Unter Bezugnahme auf die Ausführungen zum Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten durch das Zugangsrecht, stellte auch das Kennzeichnungsrecht externer Faktenprüfer durch seine Berufsbezogenheit einen klassischen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar.<sup>1960</sup> Denn das Kennzeichnungsrecht gäbe den Dienstbetreibern innerhalb ihrer Dienstausübung auf, den Faktenprüfern einerseits das Recht zur Kennzeichnung zu gewähren und andererseits eine entsprechende Kennzeichnungsmöglichkeit technisch einzuräumen.

Ferner gilt eine vermittelte Kennzeichnung als Verbreitung einer Fremdmeinung, was durch einen Zusatz verdeutlicht werden könnte, dass die Verifikation durch eine bestimmte Fakten-Check Agentur erfolgt ist. Ihre verpflichtende Verbreitung griffe in die Berufsausübungsfreiheit des Dienstansbieters ein, nicht aber in seine Meinungsfreiheit, da es erkennbar nicht darum geht, dass er mit der Kennzeichnung eine eigene Meinung kundtun will.<sup>1961</sup>

(ii) Kommunikationsfreiheiten des Äußernden eines gekennzeichneten Inhalts

Allerdings greift das Recht zur Kennzeichnung falsifizierter Inhalte sowie die Dienstpflicht, Kennzeichnungen im Rahmen der Vermittlung mitanzuzeigen, in die Kommunikationsfreiheiten der jeweiligen Äußernden ein, da die Meinungsfreiheit nach der hier vertretenen Ansicht auch die Desinformationsverbreitung umfasst.

(iii) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Eingriffe wären verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Ausformung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, mithin einen legitimen Zweck anstrebt und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

<sup>1959</sup> In diese Richtung auch European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), A multi-dimensional approach to disinformation, S. 27.

<sup>1960</sup> Siehe Abschnitt „Eingriff in die Berufsfreiheit“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) (ii) (3).

<sup>1961</sup> Vgl. auch BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.



(1) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck des Kennzeichnungsrechts

Da von dem Kennzeichnungsrecht nach der hier vertretenen Ansicht auch die Meinungsfreiheit der Nutzer betroffen ist, ist der qualifizierte Gesetzesvorbehalt aus Art. 5 Abs. 2 GG zu berücksichtigen. Das Recht lässt sich als allgemeines Gesetz<sup>1962</sup> gestalten, das keine Meinung als solche verbietet und einem schlechthin, ohne Rücksicht auf die konkrete Meinung, zu schützenden Rechtsgut, der desinformativ-freien Meinungsbildung, dient.

(2) Geeignetheit des Kennzeichnungsrechts

Ein Kennzeichnungsrecht kann diesem legitimen Zweck dienen, indem die die Kennzeichnung wahrnehmenden Rezipienten nicht über Tatsachen getäuscht werden. Hierzu ist das Recht also geeignet.

(3) Erforderlichkeit des Kennzeichnungsrechts

Erforderlich wäre ein Kennzeichnungsrecht, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel vorhanden wäre, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>1963</sup>

Milder wäre es, die Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten nicht zu verpflichten, Kennzeichnungen im Rahmen der Vermittlungsleistung anzuzeigen, sondern die Kennzeichnungen nur über die teils in sozialen Medien bereitgehaltenen Kommentarfunktionen oder über externe Telemedien der Faktenprüfagenturen vornehmen zu lassen. Diese Maßnahme wiese jedoch keinesfalls die gleiche Eignung auf, wie die Pflicht der Dienste, Kennzeichnungen bei ihrer Angebotsvermittlung anzuzeigen. Sie wäre unpraktikabel und führte nicht zu einer vergleichbaren Wahrnehmbarkeit. So könnte eine unüberschaubare Anzahl von Kommentaren das sich unter ihnen befindende Faktenprüfungsergebnis unsichtbar machen. Im Übrigen setzte dieses Ansinnen eine Kommentarfunktion voraus, die nicht jedes Telemedium vorhält. Der mildere, bloße Zugang ohne Kennzeichnungsrecht wäre nicht gleich geeignet, eine desinformativ-freie Meinungsbildung abzusichern.

Die Faktenprüfungsergebnisse über externe Telemedien zu publizieren, könnte aufgrund der Masse falsifizierter Internetinformationen rasch zu einer unübersichtlichen Auflistung führen und setzt schon grundsätzlich voraus, dass die Nutzer der Dienste komplementär auch die (dezentralen) Telemedien der Fakten-Check-Agenturen nutzen und durchsuchen, um Kenntnis darüber zu erlangen, ob bestimmte Angebote bereits falsifiziert wurden. Eine derart wenig nutzerfreundliche Veröffentlichung kann die desinformativ-freie Meinungsbildung nicht vergleichbar effektiv

<sup>1962</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>1963</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

absichern. Insoweit besteht kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Absicherung einer desinformationsfreien Meinungsbildung als den externen Faktenprüfern ein Kennzeichnungsrecht einzuräumen. Das Kennzeichnungsrecht ist damit erforderlich.

#### (4) Angemessenheit des Kennzeichnungsrechts

Die Befugnis zur Kennzeichnung wäre angemessen, wenn die mit ihr verbundenen Eingriffe nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck stünden.<sup>1964</sup>

##### (a) Desinformationsfreie Meinungsbildung

Auf der einen Seite steht das besonders schutzwürdige Interesse einer desinformationsfreien Meinungsbildung. Die soeben im Zusammenhang mit dem Zugangsrecht für Faktenprüfer zu sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten getätigten Ausführungen zu seiner herausragenden Bedeutung werden in Bezug genommen.<sup>1965</sup>

##### (b) Kommunikationsgrundrechte der Dienstnutzer

Demgegenüber steht die Meinungsfreiheit der Nutzer. Diese ist nicht zuletzt wegen ihrer schlechthin konstituierenden Bedeutung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung von überragend wichtiger Bedeutung, gerade auch für die Meinungsbildung. Daraus folgt ein grundsätzlich umfassender Kommunikationsschutz. Ausnahmen erfolgen nur, wenn kollidierenden Rechtsgütern der Vorrang vor der jeweiligen Aussage eingeräumt wird, etwa weil sie nicht schutzwürdig ist.

Der zugunsten der Kommunikationsgrundrechte entwickelten Wechselwirkungslehre zufolge müssen die die Meinungsfreiheit einschränkenden und dem Schutz der kollidierenden Rechtsgüter dienenden Vorschriften ihrerseits rücker eingeschränkt werden. Dabei ist anzumerken, dass zu weitgehende Rechte für Faktenprüfer durchaus eine Gefährdung für die demokratische Meinungsbildung darstellen können. In Bezug auf die Kennzeichnungsrechte für Faktenprüfer bedeutet das, dass für Kennzeichnungen von Inhalten hohe Standards eingehalten werden müssten, damit um jeden Preis vermieden wird, dass ein Beitrag pauschal als unwahr gekennzeichnet wird, der lediglich nicht erwiesen wahr oder streitbar ist oder gar eine – im Rahmen der kontextbezogenen Auslegung ermittelte – Meinung darstellt. Für eine Kennzeichnung bedarf es daher eines wertungsfreien Beitrages, dessen Unrichtigkeit wissenschaftlich erwiesen ist. Ansonsten würden gekennzeichnete vermeintlich unwahre Inhalte implizit diskreditiert und dadurch stigmatisiert. Hierdurch könnten „chilling effects“ eintreten und gesellschaftliche Debatten verstummen. Dies würde wiederum dem intendierten Schutz der unverzerrten Meinungsbildung zuwiderlaufen. Insoweit wäre es überdies angezeigt, dass eine entsprechende Aufsicht über vorgenommene Faktenprüfungen geschaffen wird, um fehlerhafte Kennzeichnungen rückgängig machen oder sogar sanktionieren zu können.

<sup>1964</sup> BVerfGE 99, 202, 212 f. – Erstattungspflicht des Arbeitgebers.

<sup>1965</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit des Zugangsanspruchs“ unter Punkt G. III. 2. b) aa) (ii) (4).

Der Verbreitung von bewusst und erwiesen unwahrer Information kommt dagegen im Rahmen der Abwägung mit Gegenrechten grundsätzlich kein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Interesse zu. Vielmehr sind die potentiell schwerwiegenden Folgen für Persönlichkeitsrechte, für die Meinungsbildung und auch für demokratische Entscheidungen zu berücksichtigen, so dass die Äußerungsfreiheiten in den skizzierten engen Grenzen den Belangen der Meinungsbildung unterliegen.

Dabei liegt – ungeachtet der Frage der Übertragbarkeit des an den Staat gerichteten Zensurverbots auf Private – in der Kennzeichnung kein Verstoß gegen das Zensurverbot i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG. Erstens betrifft das Verbot nur eine Zensur im Vorhinein.<sup>1966</sup> Die Kennzeichnung erfolgte indes stets im Nachhinein an die Veröffentlichung des Inhalts. Zweitens zensuriert die Kennzeichnung Inhalte nicht, sondern legt lediglich offen, dass die dem Inhalt zugrundeliegenden Tatsachen unwahr sind.

Insoweit überwiegt das Interesse an einer Kennzeichnung zugunsten einer unverzerrten Meinungsbildung das Interesse an der Verbreitung von Desinformation. Ein Kennzeichnungsrecht für externe Faktenprüfer ist vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit angemessen.

#### (c) Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber

Dem Interesse an einer desinformationsfreien Meinungsbildung steht außerdem die Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten gegenüber. Dabei lassen sich Eingriffe in die Berufsausübung grundsätzlich durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls rechtfertigen, die hier in dem überragend wichtigen Interesse einer desinformationsfreien Meinungsbildung lägen.<sup>1967</sup> Dieser Grundsatz entbindet indes nicht von einer Abwägung der konkret kollidierenden grundrechtlichen Belange.

Dabei griffen die in Rede stehenden Kennzeichnungsrechte einerseits nur milde in die Berufsausübungsfreiheit des Dienstbetreibers ein. Sie stellten primär eine Organisationspflicht dar, die nur dazu verpflichteten, Kennzeichnungen zuzulassen und die Resultate der Faktenprüfungen bei den jeweils vermittelten Inhalten mitanzuzeigen. Hierfür bedürfte es nur der Einrichtung eines Kennzeichnungsmechanismus für die Faktenprüfer, wodurch Kennzeichnungen auch bei den Vermittlungen übertragen würden. Es wären keine nennenswerten wirtschaftlichen Belastungen zu erwarten. Technisch ließe sich dies durch die Einrichtung eines eigenen Faktenprüfportals ermöglichen, in dem der Prüfer mit Kennzeichnungsoptionen ausgestattet wäre. Im Anschluss dieser einmaligen Leistung bliebe der Dienst von

<sup>1966</sup> Siehe Abschnitt „Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG“ unter Punkt D. III. 2.

<sup>1967</sup> Zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit siehe BVerfGE 117, 163, 182 – Anwalts-honorar; 111, 10, 32 – Ladenschluss; 103, 1, 10 – Singularzulassung von Rechtsanwälten; 7, 377, 405 – Apothekenurteil.

weiteren Pflichten frei. Weitergehende Pflichten bestünden nicht. Vor allem kämen Faktenprüfagenturen nicht in Kontakt mit den Systemalgorithmen oder anderen sensiblen Geschäftsdaten.

Diesem relativ milden Eingriff in die Berufsausübung durch das Kennzeichnungsrecht stünden erhebliche Gefahren für die Meinungsbildung ohne das Recht gegenüber. Verbreitete Desinformation kann der Meinungsbildung nachhaltig schaden, etwa indem sie nachhaltige Persönlichkeitsverletzungen perpetuiert und demokratische Entscheidungen gefährdet. Kennzeichnungen würden dem Rezipienten eine Hilfestellung bei der Einschätzung von wahren und unwahren Inhalten geben. Zwar verlangt die Meinungsbildung nach einer kritischen Gesellschaft, so dass Faktenprüfungen nicht ein solches Ausmaß annehmen sollten, dass die Gesellschaft gar nicht mehr über die Wahr- oder Unwahrheit von kennzeichnungsfreien Beiträgen reflektiert und hierzu weiter entfähigt wird. Dennoch sollten die „Gatekeeper“ wahrnehmbarer Information im Internet den Rezipienten die Möglichkeit eröffnen, falsifizierte Beiträge zu erkennen. Die vorgeschlagene Funktionsweise verhilft dem Nutzer zu weiterer Autonomie bei der selbständigen Angebotswahl unter den algorithmisch aggregierten Angeboten.

Ein Modell, nach dem allein verifizierte Inhalte angezeigt würden, würde dem Zensurverbot aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG widersprechen. Denn Inhalte würden erst nach ihrer Verifizierung, nichtverifizierte Inhalte zunächst nicht und unwahre Inhalte nie angezeigt.

Die Belange einer unverzerrten Meinungsbildung überwögen die in diesem Kontext niedriger zu gewichtenden Belange der Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber, womit das Vorliegen hinreichender Gemeinwohlgründe nachgewiesen wäre. Das Kennzeichnungsrecht erweise sich hinsichtlich der Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber als angemessen.

#### (5) Ergebnis: Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Das Kennzeichnungsrecht für externe Faktenprüfer nebst Anzeigeverpflichtung für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste könnte als allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG in engen Grenzen verhältnismäßig und verfassungsrechtlich gerechtfertigt gestaltet werden.

#### (iv) Ergebnis: Kennzeichnungsrechte

Ein Kennzeichnungsrecht für externe Faktenprüfer und eine damit einhergehende Pflicht der Dienstbetreiber, die vorgenommenen Kennzeichnungen im Rahmen der Vermittlungsleistung anzuzeigen, ließen sich in engen Grenzen grundrechtskonform ausgestalten.

## cc) Auskunftsrechte

Um Fakten-Checks zu modifizieren sind bestimmte Auskunftsrechte nötig. Denn teils werden Inhalte verbreitet, die sich nur unter Zuhilfenahme von behördlichen Informationen verifizieren lassen. Zwar kann sich ein Jeder auf die Informationsfreiheitsgesetze berufen, um eine Auskunft über behördlich archivierte Informationen zu erlangen. Nach dem die Bundesbehörden adressierenden Informationsfreiheitsgesetz (IFG)<sup>1968</sup> kann die Gewährung des Zugangs zu den vorhandenen Informationen gem. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG bis zu einen Monat dauern und gem. § 10 IFG zusätzlich Gebühren verursachen.<sup>1969</sup> Überdies verfügen nicht alle Länder, zum Beispiel Niedersachsen, über ein äquivalentes Landesgesetz, das auch Landes- und Kommunalbehörden verpflichtet. In diesen verbleibt es dann bloß bei landesdatenschutzrechtlichen Auskunftsansprüchen über die zum jeweiligen Antragssteller gespeicherten Daten, was für Fakten-Check-Agenturen irrelevant ist. Aber selbst die für sie relevanten, bestehenden Auskunftsrechte sichern keine zeit- und kosteneffiziente Faktenprüfung ab.

Hierfür wäre es vielmehr unerlässlich, dass ein kurzfristiger und kostenfreier Zugang zu Informationen ermöglicht wird. Dies gleicht im Grunde den journalistischen Auskunftsansprüchen aus § 5 MStV<sup>1970</sup> (für Rundfunkveranstalter), der wegen § 18 Abs. 4 MStV auch Anbietern von journalistisch-redaktionellen Telemedien zusteht, und aus den Landesmediengesetzen sowie aus den Landespressegesetzen.<sup>1971</sup> Hierüber sind grundsätzlich alle staatlichen Stellen den Medienvertretern zur Auskunft verpflichtet. Jedoch wirken diese landesrechtlichen Ansprüche nicht gegenüber Bundesbehörden, da es den Ländern an der Gesetzgebungskompetenz für den Erlass einer Verpflichtung von Bundesbehörden fehlt.<sup>1972</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerwG steht der Presse aber ein verfassungsunmittelbarer Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auf die Erteilung von auf einen Minimalstandard begrenzte Information gegenüber Bundesbehörden zu, sofern es an bundesgesetzlichen Regelung mangelt und die Landesgesetze mangels Gesetzgebungskompetenz nicht auf Bundesbehörden anwendbar sind.<sup>1973</sup> Dieser Anspruch lässt sich mit der objektiv-

<sup>1968</sup> Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), zuletzt geändert durch Art. 44 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328).

<sup>1969</sup> Zum Umfang des Anspruchs siehe BVerfGE 145, 365, 374 Rn. 23 ff. – Informationszugang Archivgut; BVerwGE 151, 1, 11. Zur Frage der Wiederbeschaffungspflicht von in privaten Besitz gelangten Dokumenten siehe BVerfGE ebd., 375 ff. Rn. 24 ff. – Informationszugang Archivgut.

<sup>1970</sup> Zuvor § 9a RStV.

<sup>1971</sup> Zum Vorhaben der Bundesregierung, einen bundesgesetzlichen Informationsanspruch der Presse gegen Bundesbehörden zu schaffen, siehe SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag der Regierungsparteien, „Mehr Fortschritt wagen“ 2021–2025, S. 99. Ein Gesetzesentwurf liegt noch nicht vor.

<sup>1972</sup> Vgl. BVerwGE 154, 222, 224 Rn. 13 ff. – Auskunftsanspruch gegenüber der Verwaltung des Deutschen Bundestages; 146, 56, 64 Rn. 29 ff. – Auskunftsanspruch gegenüber dem BND.

<sup>1973</sup> BVerwGE ebd.; jüngst BVerwG, Urteil vom 30. Januar 2020, – 10 C 18.19 –, juris, Rn. 28; Urteil vom 18. September 2019, – 6 A 7.18 –, juris, Rn. 13; BVerwG NVwZ 2017, 1862, 1868 Rn. 62 ff. Offengelassen hingegen in BVerfGK NVwZ 2016, 50, 51; NJW 2014, 3711, 3712.

rechtlichen Dimension der Pressefreiheit begründen, da grundsätzlich sichergestellt werden muss, dass die Presse ihre verfassungsrechtliche Aufgabe erfüllen kann.<sup>1974</sup> Ebendies bestätigt auch die Rechtsprechung des EGMR.<sup>1975</sup>

Als Pressevertreter gilt, wer die vom Gewährleistungsauftrag des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasste Funktion für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess, also ihre Informations- und Kommunikationsfunktion, wahrnimmt.<sup>1976</sup> Dieser Funktionsbezug setzt nach dem BVerwG voraus, dass der Betroffene bei der Publikation eines Druckerzeugnisses tätig ist, da der Schutz der Pressefreiheit an das sachliche Substrat einer Publikation in gedruckter und zur Verbreitung geeigneter und bestimmter Form ansetze.<sup>1977</sup> Diese Annahme gründet das BVerwG auf einen Beschluss des BVerfG zu *Werkszeitungen*<sup>1978</sup>, in dem Letzteres ausführte, dass der Schutz der Pressefreiheit für eine Publikation eingreife, „solange diese nur in gedruckter und zur Verbreitung geeigneter und bestimmter Form am Kommunikationsprozess teilnimmt“<sup>1979</sup>.

Diese Ansicht ist im Zeitalter der aussterbenden Printpresse überkommen und nicht mehr haltbar. Denn dieses an der technischen Herstellungs- und Verbreitungsweise anknüpfende Verständnis von Presse führte dazu, dass reine Online-Medien keine Presse i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sein könnten und ihnen deshalb kein Informationsanspruch zustünde.<sup>1980</sup> Entsprechend der hier vertretenen Ansicht gilt aber als Presse im Online-Bereich jedes journalistisch-redaktionell gestaltete Angebot, das im Schwerpunkt Lesemedium ist.<sup>1981</sup> Dies dient der hinreichenden Abgrenzung zu vereinzelt veröffentlichten von Laien in sozialen Medien, für die die Meinungsfreiheit eingreift und folglich kein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch abgeleitet werden kann. Jedenfalls solche Lesemedien, die über einen Unterbau verfügen und Gewähr für eine gewisse Dauerhaftigkeit und Kontinuität bieten, verfügen mithin über den unmittelbar aus der Pressefreiheit stammenden Anspruch.

Für Fakten-Check-Agenturen gelten die gesetzlichen journalistischen Auskunftsansprüche weder direkt noch analog: Sie sind nur an Presse- und Rundfunkangehörige adressiert, was zwar eine Regelungslücke andeutet. Allerdings leisten

<sup>1974</sup> BVerwGE 154, 222, 225 Rn. 17 ff. – Auskunftsanspruch gegenüber der Verwaltung des Deutschen Bundestages; 146, 56, 63 f. Rn. 27 ff. – Auskunftsanspruch gegenüber dem BND.

<sup>1975</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 14. April 2009, 37374/05, Rn. 36 – *Társaság ./. Ungarn*; EGMR EuGRZ 2014, 520, 522.

<sup>1976</sup> BVerwG, Urteil vom 21. März 2019, – 7 C 26.17 –, juris, Rn. 24; VG Berlin, Beschluss vom 21. Juni 2022, – VG 27 L 68/22.

<sup>1977</sup> Vgl. BVerwG, ebd. Rn. 25 f.; VG Berlin, ebd.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. August 2022 – OVG 6 S 37/22.

<sup>1978</sup> BVerfGE 95, S. 28–39 – *Werkszeitungen*.

<sup>1979</sup> Ebd., S. 35 – *Werkszeitungen*.

<sup>1980</sup> Offengelassen OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. August 2022 – OVG 6 S 37/22.

<sup>1981</sup> Zum Begriff der journalistisch-redaktionellen Gestaltung siehe Abschnitt „Voraussetzungen des sachlichen Schutzes der Medienfreiheiten im Internet“ unter Punkt C. III. 3. b) ee). Zur Abgrenzung von Presse und Rundfunk im Internet siehe Abschnitt „Abgrenzung der Medien im Konvergenzzeitalter: Funktions-/Gefahrenbetrachtung“ unter Punkt C. III. 3. b) dd).

Fakten-Checks nur eine mittelbar meinungsbildende Tätigkeit, da sie keine eigenen publizistischen Inhalte medial verbreiten, sondern nur fremde auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen. Eine vergleichbare Interessenlage begründet dies – obgleich ihrer journalistischen Arbeitsweise – nicht; andernfalls drohten exklusive Medienprivilegien stark aufzuweichen. Mangels publizistischer Tätigkeit greift auch der vom BVerwG unmittelbar aus der Pressefreiheit abgeleitete Auskunftsanspruch nicht.

Allerdings hat auch der EGMR kürzlich einen Anspruch auf Auskunftserteilung unmittelbar aus der Informationsfreiheit nach Art. 10 EMRK anerkannt, der nicht ausschließlich auf Journalisten beschränkt ist, so dass möglicherweise auch Fakten-Check-Agenturen von ihm Gebrauch machen können.<sup>1982</sup> Den Anspruch begründet er unter anderem mit Vergleichen zu Art. 19 IPbürgR, Art. 19 AEMR und Art. 42 GrCh sowie dem breiten internationalen Konsens zur Notwendigkeit der Gewährleistung eines subjektiven Rechts auf Zugang zu staatlicher Information, um der Gesellschaft die Meinungsbildung über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu ermöglichen.<sup>1983</sup> In der Beschränkung des Rechts auf Informationszugang liege ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Informationsfreiheit, wenn das Recht auf Zugang zu Information unabdingbar sei, um die Kommunikationsfreiheiten auszuüben, der Rechtsträger also andernfalls von seiner in Art. 10 Abs. 1 EMRK verankerten Freiheit, Informationen zu empfangen und weiterzugeben, nicht mehr Gebrauch machen könnte.<sup>1984</sup> Deshalb kann ein Anspruch auf Information ausnahmsweise unmittelbar aus Art. 10 EMRK folgen, um dem Grundsatz der praktischen und effektiven Sicherung der Konventionsrechte zu genügen.<sup>1985</sup>

Für einen solchen Anspruch stellt der EGMR vier Voraussetzungen auf: Die erste betrifft maßgeblich den Zweck des Informationsersuchens. Das Informationsersuchen muss zwingend erforderlich sein, um eine der anderen Kommunikationsfreiheiten nach Art. 10 EMRK auszuüben, wie beispielsweise, wenn der Auskunftsersuchende die Information benötigt, um journalistische oder andere Tätigkeiten im Zusammenhang mit öffentlicher Meinungsbildung vorzubereiten.<sup>1986</sup> Zweitens spielt die Art der Information eine Rolle. Die Konvention verpflichtet nur dazu, Zugang zu Informationen von öffentlichem Interesse zu geben.<sup>1987</sup>

<sup>1982</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18 030/11, Rn. 138 ff., Rn. 149, Rn. 157 ff., Rn. 164 – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn. Nicht ausdrücklich auf Art. 10 EMRK abstellend BVerwGE 146, 56, 64 Rn. 29 ff. – Auskunftsanspruch gegenüber dem BND. Art. 10 EMRK als Anspruchsgrundlage heranziehend *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 374.

<sup>1983</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18 030/11, Rn. 138 ff., Rn. 148 – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn.

<sup>1984</sup> Ebd. Rn. 156, Rn. 167. EGMR, Urteil vom 14. April 2009, Nr. 37374/05, Rn. 38 – Társaság ./ Ungarn.

<sup>1985</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18 030/11, Rn. 137, Rn. 154 ff. – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn.

<sup>1986</sup> Ebd. Rn. 158 f.

<sup>1987</sup> Ebd. Rn. 161. Zur Definition des öffentlichen Interesses siehe näher Rn. 162 f.



Als Folge der beiden erstgenannten Voraussetzungen kommt drittens der Rolle des Auskunftersuchenden eine wesentliche Bedeutung zu.<sup>1988</sup> Ihre Tätigkeit muss sich auf Angelegenheiten im öffentlichen Interesse beziehen.<sup>1989</sup> Dies trifft primär, aber nicht ausschließlich, auf Journalisten<sup>1990</sup> zu. Es kommt gerade darauf an, dass sie den Tätigkeiten ihrer Aufgabe nur angemessen nachkommen können, wenn sie die Informationen erhalten. Hierfür benennt der EGMR ausdrücklich auch Nicht-regierungsorganisationen<sup>1991</sup> und andere sog. „*Social Watchdogs*“<sup>1992</sup>, wie Wissenschaftler, Autoren, Blogger und Nutzer von sozialen Medien, da sie in vielfältiger Art und Weise maßgeblich zum Funktionieren der demokratischen Gesellschaft beitragen. Zugangshindernisse können diese Rolle empfindlich beeinträchtigen.

Viertens müssen zur Anspruchsbegründung die ersuchten Informationen bereits verfügbar und ohne weiteres zugänglich sein, da ansonsten schon gar kein Eingriff vorliegt.<sup>1993</sup>

Selbst wenn das BVerfG einen solchen unmittelbar aus den Kommunikationsfreiheiten folgenden Anspruch gegenüber staatlichen Behörden noch nicht *expressis verbis*<sup>1994</sup> angenommen hat, so spricht zumindest ihre konventionsfreundliche Rechtsprechung für seine Anerkennung.<sup>1995</sup> Dabei erkennt das BVerfG der Recht-

<sup>1988</sup> Ebd. Rn. 164.

<sup>1989</sup> Ebd.; EGMR, Urteil vom 17. Februar 2015, Nr. 6987/07, Rn. 41 – Guseva ./ Bulgarien; Urteil vom 28. November 2013, Nr. 39534/07, Rn. 35 – Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung ./ Österreich; Urteil vom 25. Juni 2013, Nr. 48135/06, Rn. 20 – Youth Initiative for Human Rights ./ Serbien; Urteil vom 14. April 2009, Nr. 37374/05, Rn. 36 – Társaság ./ Ungarn.

<sup>1990</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18030/11, Rn. 164 f. – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn; Urteil vom 24. Juni 2014, Nr. 27329/06, Rn. 61 – Roşiiianu ./ Rumänien.

<sup>1991</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18030/11, Rn. 164 – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn; Urteil vom 25. Juni 2013, Nr. 48135/06, Rn. 20 – Youth Initiative for Human Rights ./ Serbien.

<sup>1992</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18030/11, Rn. 164, Rn. 168 – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn; Urteil der Großen Kammer vom 3. April 2012, Nr. 41723/06, Rn. 93 – Gillberg ./ Schweden; Urteil vom 26. Mai 2009, Nr. 31475/05, Rn. 42 – Kenedi ./ Ungarn.

<sup>1993</sup> EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 8. November 2016, Nr. 18030/11, Rn. 169 f. – Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn; Urteil vom 28. November 2013, Nr. 39534/07, Rn. 46 – Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung ./ Österreich; Urteil vom 14. April 2009, 37374/05, Rn. 36 – Társaság ./ Ungarn. BVerwGE 146, 56, 63 Rn. 32 – Auskunftsanspruch gegenüber dem BND. So im Übrigen auch ohne einen solchen Anspruch ausdrücklich anzuerkennen BVerfGK NVwZ 2016, 50, 51.

<sup>1994</sup> Implizit einen Anspruch aus der Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG andeutend, BVerfGE 145, 365, 372 f. Rn. 20 – Informationszugang Archivgut. Zu seiner Reichweite, ebd., 375 ff. Rn. 24 ff.

<sup>1995</sup> BVerfGK NVwZ 2016, 50, 51; NJW 2014, 3711, 3712. Siehe zu diesem Verhältnis von EMRK und GG nur BVerfGE 128, 326, 369 Rn. 90 – Sicherungsverwahrung II; 120, 180, 200 f. – Caroline v. Monaco III; 74, 358, 370 – Unschuldsvermutung; 63, 343, 370 – Rechtshilfevertrag.

sprechung des EGMR eine „*faktische Orientierungs- und Leitfunktion*“ zu, sie dient als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten.<sup>1996</sup>

Die vom EGMR aufgestellten Grundsätze lassen sich grundsätzlich auf Faktenprüfer übertragen: Fakten-Checks sollen zwar nicht selbst unmittelbar Meinungsbildung betreiben. Gleichwohl sollen sie eine desinformationsfreie Meinungsbildung absichern. Zweck des Zugangs zur vorhandenen, zugänglichen und nicht auf andere Weise erreichbaren Information ist daher zwar nicht, durch eigene publizistische Inhalte zur Meinungsbildung beizutragen. Im Gegenteil geht es primär um die Nachbereitung: Meinungsbildende Beiträge sollen nachträglich überprüft und die Ergebnisse der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Der Verdacht eines öffentlichen Interesses an einer Auskunft über bestimmte Informationen liegt dabei nahe, wenn auf sie bezogene Inhalte bereits breitenwirksam im Internet gestreut wurden. Aus der Verwertung der erlangten Informationen ergibt sich die mittelbare Relevanz für die Meinungsbildung. Denn das Ergebnis entscheidet regelmäßig darüber, ob Inhalten Glauben geschenkt wird oder nicht und dient der Orientierung des Einzelnen in der fragmentierten und überbordenden Informationslandschaft des Internets. Faktenprüfer nehmen damit eine Kontrollfunktion im Dienste der Gesellschaft, respektive ihrer Meinungsbildung, ein und sind deshalb ebenfalls als ein „*Social Watchdog*“ zu qualifizieren. Die Voraussetzungen für einen unmittelbar auf Art. 10 EMRK gestützten Auskunftsanspruch lägen vor.

Trotz der Möglichkeit der Ableitung eines solchen Anspruchs sollten der Bundes-<sup>1997</sup> sowie die Landesgesetzgeber den Faktenprüfern dennoch gesetzliche Auskunftsansprüche einräumen. Denn das BVerfG hat bislang weder im Zusammenhang mit der Pressefreiheit noch mit der Informationsfreiheit über solche Ansprüche entschieden.<sup>1998</sup> Selbst wenn es aber einen verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch aus der Informationsfreiheit ablehnen sollte, stünde dies keiner entsprechenden gesetzlichen Kodifikation entgegen.<sup>1999</sup>

### c) Ergebnis: Staatsfreie Fakten-Check-Agenturen

Zur Eindämmung einer durch Desinformation verzerrten Meinungsbildung können unabhängige Fakten-Check-Agenturen einen großen Beitrag leisten, sofern sie mit Zugangs-, Kennzeichnungs-, und Auskunftsrechten ausgestattet werden. Die-

Siehe speziell zum hier angesprochenen Verhältnis *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 374.

<sup>1996</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018, – 2 BvR 1738/12 –, juris, Rn. 128 f. m. w. N. – Beamtenstreikrecht.

<sup>1997</sup> Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes als Annex zu einzelnen Sachmaterien seiner Kompetenztitel aus Art. 71 ff. GG siehe BVerwGE 146, 56, 61 ff. Rn. 21 ff. – Auskunftsanspruch gegenüber dem BND.

<sup>1998</sup> Vgl. nur den Verwerfungsbeschluss BVerfGE 145, 365–380 – Informationszugang Archivgut.

<sup>1999</sup> Vgl. auch *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 374; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 5 I, II Rn. 248.

se könnten grundrechtskonform gestaltet werden und würden sicherstellen, dass Prüfungen effizient stattfinden und Inhalte schnellstmöglich enttarnt und kontextualisiert werden können. Wirksamkeitssteigernd könnte die Einrichtung eines internationalen Faktenprüfungsnetzwerks nach dem obigen Modell sein.

### 3. Nutzeransprüche und Löschen nach Gemeinschaftstandards

Der deutsche Gesetzgeber sollte – bis zur Geltung des DSA (25. August 2023 für sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen, Art. 92 DAS<sup>2000</sup>; im Übrigen 17. Februar 2024, Art. 93 Abs. 2 DSA) – den sich aus dem Dienstnutzungsvertrag in Verbindung mit der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ergebenden – nicht vorbehaltlosen – Anspruch auf Zugang zu sozialen Netzwerken und Videosharing Diensten und auf Veröffentlichung von Inhalten in diesen Diensten ausdrücklich kodifizieren. Sowohl das NetzDG als auch der DSA sichern diese Ansprüche in Abstützung der (unions-)grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten teilweise etwa durch Rechtsschutzmöglichkeiten für Fälle unzulässiger Löschungen ab, so dass eine gesetzliche Klarstellung nur konsequent wäre.

Gleiches gilt für die Voraussetzungen, unter denen ein Löschen nach Gemeinschaftstandards zulässig sein kann und den hierzu herausgearbeiteten verfahrensrechtlichen Abstützungen der Nutzergrundrechte.<sup>2001</sup>

Diese Konkretisierungen hätten „rechtsverklarende“ Wirkung. Der Gesetzgeber täte damit der Aufgabe des Rechts genüge, Vertrauen in die bestehende Rechtsordnung zu schaffen, um den Frieden innerhalb der Gemeinschaft zu sichern.<sup>2002</sup> Einerseits könnte die stark divergierende Rechtsprechung zu den Fragen rund um die Ansprüche aus dem Dienstnutzungsvertrag vereinheitlicht werden.<sup>2003</sup> Ferner werden dem gemeinen Nutzer die über den Vertrag in Verbindung mit der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte abgeleiteten Institute nur im Falle ihrer einfachgesetzlichen Kodifizierung etwas nutzen, da er nur dann rechtssicher weiß, dass sie

<sup>2000</sup> KOM, Pressemitteilung vom 25. April 2023, IP/23/2413.

<sup>2001</sup> Siehe Abschnitt „Konkrete Anspruchspositionen im Rahmen von Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsverträgen“ unter Punkt E. IV. 7.

<sup>2002</sup> So auch *Beurskens*, NJW 2018, S. 2420.

<sup>2003</sup> Für ein Löschen nach Community Standards OLG Braunschweig ZUM-RD 2021, 398, 411 Rn. 143 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 28 ff.; OLG Hamm K&R 2020, 841, 845; OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 Rn. 56 ff.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006, 1008 Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35, 37 Rn. 29 f.; OLG Dresden NJW 2018, 3111, 3112 Rn. 17 ff. Gegen ein Löschen nach Community Standards OLG München MMR 2021, 71, 73 Rn. 65; 79, 82 Rn. 74; MMR 2020, 79, 81 f. Rn. 72 ff.; NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 41 f.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41, 42 Rn. 9; KG Berlin MMR 2020, 47 Rn. 17 ff.; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 476, Rn. 32; OLG München NJW 2018, 3119, 3120; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545. Gegen einen Anspruch auf Veröffentlichung/Wiederherstellung OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Juni 2018, – 15 W 86/18 –, juris, Rn. 24. OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. September 2018, – 4 W 63/18 –, juris, Rn 74 ff.; LG Heidelberg MMR 2018, 773, 775.

überhaupt bestehen. Mangels der in der Regel bestehenden erforderlichen Rechtskenntnisse und des prozessualen Kostenrisikos dürfte sonst nicht zu erwarten sein, dass jeder Nutzer seine Ansprüche außergerichtlich – über die kostenlose Gegendarstellung nach § 3b NetzDG oder Art. 20 DSA hinaus – oder gerichtlich durchsetzen wird. Der Gesetzgeber darf sich nicht darauf verlassen, dass die Entscheidungen des BGH<sup>2004</sup> zum Löschen von Inhalten nach Gemeinschaftstandards die bislang unterschiedliche Dienste betreffende divergierende Rechtsprechung der vorigen Instanzen vollständig vereinheitlichen und jedem Nutzer die eigenen Rechte bekannt sein werden.

Da das Löschen nach Gemeinschaftstandards sowie das Bereithalten von außergerichtlichen Rechtsbehelfen bei Inkrafttreten des DSA in dessen koordinierten Bereich fallen wird, sind nationale Regelungen mangels vorhandener Öffnungsklauseln unzulässig (Erwägungsgründe 4 und 9). Jedoch stellt der DSA, der ein Löschen nach Gemeinschaftstandards ausdrücklich zulässt, keine konkreten Vorgaben hierfür auf außer, dass die Dienste „verhältnismäßig“ vorgehen und die Unionsgrundrechte der Nutzer berücksichtigen müssen, Art. 14 Abs. 4 DSA i. V. m. Erwägungsgrund 47. Insoweit ist primär der europäische Gesetzgeber gefragt, seine Regelungen anzupassen.<sup>2005</sup>

Bis zur Geltung des DSA könnte der deutsche Gesetzgeber aber entsprechende Regelungen treffen, um in der Zwischenzeit präventiv für Rechtssicherheit zu sorgen, indem er den europäischen Vorgaben entsprechende Maßstäbe für ein Löschen nach den Gemeinschaftstandards aufstellt, die sich etwa an den vom BGH hierzu in seinen Entscheidungen aus 2021 entworfenen Maßstäben orientieren.<sup>2006</sup> Das könnte den Diensten Leitlinien für ein – auch nach dem Unionsrecht – zulässiges Löschen nach Gemeinschaftstandards setzen. Gleichfalls böte es dem deutschen Gesetzgeber die Gelegenheit zur Ausgestaltung der nach dem DSA von den Diensten vorzunehmenden Abwägungsprozesse.

#### 4. Ansprüche auf Gegendarstellung, Widerruf und Richtigstellung

Ansprüche auf Richtigstellung und ein *Dementi* bestehen in der oben dargestellten Weise über die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Teils wird gefordert, dass daneben ein Anspruch auf Gegendarstellung gegen Beiträge eingeführt werden müsse, durch die ein Nutzer mit Tatsachenbehauptungen betroffen sei.<sup>2007</sup> Ein solcher gegen die Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten gerichteter Anspruch griffe

<sup>2004</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20.

<sup>2005</sup> Siehe Abschnitt „Die zwei Seiten der Medaille der Ko-Regulierung bei unzureichend gesetzten Maßstäben“ unter Punkt F. VI. 3.

<sup>2006</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 58; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 70 ff.

<sup>2007</sup> So das Positionspapier der CDU/CSU-Fraktion, Diskussion statt Diffamierung (24. Januar 2017), S. 6.

durch seine Berufsbezogenheit in klassischer Form in die Berufsausübungsfreiheit des Dienstbetreibers ein, ließe sich aber nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen. Ein einfach-gesetzlicher Anspruch entspräche dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Sein Zweck läge im Schutz des Betroffenen vor den Folgen negativer öffentlicher Tatsachenbehaupten. Zwar ließe sich noch vertreten, dass ein Gegendarstellungsrecht nicht vollständig untauglich und damit geeignet ist, den Zweck zu fördern, da ein gesetzlich festgelegtes Gegendarstellungsrecht Betroffene auf die Möglichkeit einer Gegendarstellung überhaupt aufmerksam machen könnte. Jedoch ist ein derartiger Anspruch jedenfalls nicht erforderlich, um den Zweck zu erreichen. Außerhalb des Presse- und Rundfunkrechts bedarf es eines solchen Anspruchs nicht. In der hiesigen Konstellation hätte ein solcher Anspruch bloß deklaratorische Wirkung. Die Nutzer können sich zu den sie betreffenden Beiträgen unmittelbar über die Kommentarfunktion zu Wort melden, weil ihnen grundsätzlich ein Anspruch auf Veröffentlichung gegen die Dienste zusteht.<sup>2008</sup> Dieser sollte gesetzlich kodifiziert werden.<sup>2009</sup>

Wichtiger erscheint in den schnelllebigen adressierten Diensten vielmehr, dass alle Nutzer, die mit Desinformation konfrontiert wurden, über deren Identifizierung als solche, etwa durch Kennzeichnung nach Faktenprüfung sowie gegebenenfalls über deren Richtigstellung oder *Dementi*, obligatorisch informiert werden.<sup>2010</sup> Diese Pflicht wäre gesetzlich festzuhalten. Da dieses Prinzip genauso funktioniert wie das nachträgliche Informieren der Rezipienten von Desinformation nach einer Faktenprüfung, wirft es die gleichen unions- und grundrechtlichen Fragen auf: Zusätzlich kann für die Mitteilungspflicht in die Abwägung der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen eingestellt werden, da Ansprüche auf Richtigstellungen und *Dementis* nur bei persönlichkeitsrechtverletzenden unwahren Tatsachenbehauptungen bestehen.<sup>2011</sup>

Diese Mitteilungspflicht ließe sich über die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip begründen und wäre mit den Grundrechten vereinbar.<sup>2012</sup>

## 5. Klarnamenspflicht (Real Name Statute)

Grundsätzlich besteht durch die Meinungsfreiheit im Internet ein Recht auf anonyme oder pseudonymisierte Meinungsäußerung.<sup>2013</sup> In sozialen Netzwerken hat jeder die Möglichkeit, ein Profil unter einem sog. „Nickname“, einem Pseudonym,

<sup>2008</sup> Siehe Abschnitt „Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag“ unter Punkt E. IV. 5.

<sup>2009</sup> Siehe Abschnitt „Staatsfreie Fakten-Check-Agenturen“ unter Punkt G. III. 2.

<sup>2010</sup> So ebd., S. 5. Siehe hierzu ausführlich Abschnitt „Nachträgliches Informieren“ unter Punkt G. III. 2. a) aa) (iv).

<sup>2011</sup> Vgl. BVerfGE 97, 125, 146 ff. – Caroline von Monaco I m. w. N.

<sup>2012</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungsrechte“ unter Punkt G. III. 2. b) bb).

<sup>2013</sup> Siehe Abschnitt „Form sowie Art und Weise der Präsentation: „Wort, Schrift und Bild“ unter Punkt C. III. 2. a) bb). Allgemein BVerfGE 97, 391, 399 – Mißbrauchsvorwurf. In Bezug auf das Internet, siehe BGHZ 181, 328, 341 Rn. 38 – „spickmich.de“; BGH, Urteil vom 1. Juli

anzulegen. Im Rahmen des Registrierungsvorgangs sind nach den AGB der Netzwerke die persönlichen Daten grundsätzlich wahrheitsgemäß anzugeben, ohne dass die Dienste diese verifizieren würden.<sup>2014</sup> Beiträge auf diesen Plattformen erfolgen nur unter dem selbst gewählten Pseudonym. Dabei wird befürchtet, dass die Verbreitung von „Fake News“ und strafrechtlich relevanter Inhalte bei der Nutzung von sozialen Medien gerade durch die *de iure* mögliche pseudonymisierte Anonymität der Nutzer begünstigt würde.<sup>2015</sup> Dieser Ursache könnten Regelungen zugunsten einer effektiveren Rechtsdurchsetzung Einhalt zu gebieten, die etwa Klarnamenspflichten in sozialen Medien etablierten. In China hat man hierzu im Jahr 2012 ein dieser Praxis entsprechendes sog. „*Real Name Statute*“ für die Registrierung in sozialen Netzwerken gesetzlich festgelegt.<sup>2016</sup> In Südkorea versuchte man Selbiges mit Art. 44-5 ICN-Act schon 2007.<sup>2017</sup> Das südkoreanische Verfassungsgericht erklärte diese Regelung aber 2012 für verfassungswidrig, weil sie nicht erforderlich sei, da es im Hinblick auf die Meinungsfreiheit und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der

2014, – VI ZR 345/13 –, juris, Rn. 9 ff.; LG München I ZUM 2013, 979, 980; OLG Hamm ZUM-RD 2011, 684, 685; Kersten, JuS 2017, S. 195 f.; B. Lorenz, VuR 2014, S. 87; Hoeren, ZRP 2010, S. 253. Kritisch Bernreuther, AfP 2011, S. 223.

<sup>2014</sup> Vgl. beispielsweise Facebook, Ziffer 3.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com. Siehe ferner Twitter, Ziffer 1 und 2 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, i. V. m. Ziffer 1.3 der Datenschutzrichtlinie vom 18. Mai 2023 auf: Twitter.com, jetzt X.com. Früher noch deutlicher, vgl. Facebook, Ziffer 4 ab dem 19. April 2018 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com. Zum Streit über Frage der Zulässigkeit dieser Praxis aufgrund der verschiedenen Auslegungsvarianten des am 30. November 2021 außer Kraft getretenen § 13 Abs. 6 S. 1 TMG a. F., siehe pro Zulässigkeit aufgrund einer wortlautbasierten Auslegung OLG Hamburg ZUM 2009, 417, 420; Kersten, ebd.; B. Lorenz, ebd., S. 87 f. Zur gleichlautenden Vorgängernorm des § 4 Abs. 6 TDDSG, siehe auch LG Köln ZUM 2007, 665, 670; OLG Düsseldorf ZUM-RD 2006, 384, 386. Extensiver hingegen der Hamburger Datenschutzbeauftragten J. Caspar in der Meldung von dpa/Reuters/gru, Facebook wehrt Forderung von Datenschützern ab, auf: Spiegel Online, Artikel vom 3. März 2016, der eine Pflicht zur Angabe der wahren Identität bei Registrierung ablehnt. Offengelassen hingegen BGHZ 201, 380, 386 Rn. 16.

<sup>2015</sup> Vgl. OLG München MMR 2021, 245, 247 Rn. 56. So der bekannte „Fake News“-Verbreiter T. Debenedetti mit zahlreichen Beispielen im Interview mit C. Kitzler, „Fake News als Kampf-ansage“, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 23. April 2018; Scaife, Communications Law 2013, S. 130; ähnlich auch B. Lorenz, VuR 2014, S. 87. Allgemeiner im Hinblick auf Straftaten Heckmann, NJW 2012, S. 2631 f. In diese Richtung auch Stimmen der Politik, siehe Aussagen des ehemaligen Bundestagspräsidenten Lammert im Interview mit M. Theile, „Geballte Ladung“, Spiegel 13/2012, S. 23; ebenso zuvor der ehemalige Bundesinnenminister Friedrich im Interview mit G. Mascolo und H. Stark, „Klare Kante ohne viel Radau“, Spiegel 32/2011, S. 24 f. Andere Ansicht hingegen M. Karg, Meinungsfreiheit braucht Anonymität und keine Klarnamenspflicht, Artikel vom 11. Januar 2016.

<sup>2016</sup> Zur Entwicklung siehe chronologisch, NPC, Decisions on Strengthening the Protection of Network Information, auf: Gov.cn, Beschluss vom 28. Dezember 2012; State Council Office, 2013 No. 22 (26th March 2013); Office of the Central Cyberspace Affairs Commission, Rules for the administration of Internet forum community services, Ankündigung vom 25. August 2017.

<sup>2017</sup> Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Data Protection.



Nutzer mildere Maßnahmen mit selber Wirkung zugunsten einer effektiven Rechtsdurchsetzung gebe als die Verifizierung der persönlichen Daten, etwa die Verfolgung von Schädigern anhand gespeicherter IP-Adressen.<sup>2018</sup>

Derzeit besteht kein entsprechendes deutsches oder Unionsgesetz. Es fragt sich daher, ob eine Vorschrift, die die Erhebung der persönlichen Daten und deren Verifizierung durch den Betreiber von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten im Rahmen der Registrierung verlangt (a)), und eine solche, die eine Klarnamenspflicht der Nutzer bei der Dienstnutzung anordnet (b)), unions- und grundrechtskonform wären.

*a) Klarnamenspflicht im Innenverhältnis (Klarnamenserhebungs- und Verifizierungspflicht)*

Die rechtliche Verfolgung kommunikativer Verletzungen in den Diensten wird durch das Vorhandensein der korrekten persönlichen Nutzerdaten grundsätzlich erst ermöglicht. Diese kann das Netzwerk oder der Videosharing-Dienst datenschutzkonform (Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO) durch die Registrierung des Nutzers erlangen. Eine gesetzliche Nutzerpflicht zur Registrierung unter den wahren Identifikationsdaten besteht neben den teils hierzu verpflichtenden, aber von den Diensten oft nicht durchgesetzten und häufig umgangenen AGB nicht.<sup>2019</sup> Die Registrierung sieht regelmäßig nur vor, die Kongruenz von registrierender und nutzender Person über einen an eine vom Registrierenden preisgegebene E-Mail-Adresse gesendeten Link zu bestätigen. Die Identität wird hierüber nicht verifiziert, was die Tür für die Erstellung von „Fake Accounts“ öffnet. Die Dienste sind gesetzlich nicht zur Erhebung und Verifikation der von den Nutzern angegebenen Daten verpflichtet. Wie bereits in den obigen Ausführungen festgestellt laufen deshalb die Auskunftsgesuche auf die Herausgabe der Bestandsdaten seitens verletzter Nutzer gegen die Dienstbetreiber aus § 21 Abs. 2 S. 1 und 2 TTDSG oft ins Leere.<sup>2020</sup>

Rechtspolitisch kaum nachvollziehbar ist vor allem, dass § 21 Abs. 2 TTDSG – gestützt auf die Ausnahmeregelung des Art. 6 Abs. 4 Alt. 2 i. V. m. der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 lit. i) und j) DS-GVO – gerade als bereichsspezifische Rechtsgrundlage für die Weitergabe der Bestandsdaten dazu dienen soll, die in Art. 6 Abs. 1 S. 1 DS-GVO festgesetzte Zweckbindung bei der Erhebung personenbezogener Daten und damit die (verfassungs-)rechtliche Unmöglichkeit

<sup>2018</sup> Zu den Gründen siehe The Constitutional Court of South Korea, Decision of 23 August 2012, Nr. 2010, Hun-Ma47. Zusammenfassend *Scaiße*, Handbook of Social Media, S. 162.

<sup>2019</sup> Vgl. *B. Krause*, NStZ 2016, S. 139; *Caspar*, ZRP 2015, S. 236. Zur Wirksamkeit von AGB, die die Angabe des im täglichen Leben verwendeten Namens fordern, siehe BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 41 ff.; Zur Wirksamkeit von AGB, die die Angabe des „wahren Namens“ verlangen, siehe nur LG Berlin, Urteil vom 16. Januar 2018, – 16 O 341/15 –, juris, Rn. 64 ff.

<sup>2020</sup> Siehe Abschnitt „Auskunftsanspruch aus § 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG gegen die Dienste“ unter Punkt E. III. 3.



der Weitergabe der Bestandsdaten an den Verletzten zu überwinden.<sup>2021</sup> Diese Regelungsintention wird durch das tatsächliche Verhalten der adressierten Dienstbetreiber *ad absurdum* geführt, da häufig keine validen Daten vorhanden sind. Das Rechtsdurchsetzungsdefizit bleibt trotz der eingeführten Regelungen bestehen.

Um den Leerlauf des Anspruchs zu beheben, könnten Diensteanbieter gesetzlich verpflichtet werden, die wahren persönlichen Nutzerdaten zu erheben und zu verifizieren. Ähnliche Vorschläge sehen das Einrichten einer Social-Media-ID vor.<sup>2022</sup> Eine die Dienste adressierende Regelung ist einer bloß nutzerseitigen Pflicht vorzuziehen, da Letztere einen die Nutzerdaten verifizierenden Dritten erforderten. In der Folge bestünden erstens zwei Regelungsadressaten. Zweitens wäre je nach Ausgestaltung nicht sichergestellt, dass die Diensteanbieter den Auskunftsanspruch hiermit komplettieren können. Daher muss geklärt werden, ob diese Pflicht zum Erheben und Verifizieren der Daten trotz der grundsätzlichen Garantie der Anonymität im Rahmen der Telemediennutzung unions- und grundrechtlich zulässig wäre.

#### aa) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Eine die sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste nach dem Marktortprinzip adressierende Klarnamenerhebungs- und Verifizierungspflicht fiele gem. Art. 1 Abs. 5 lit. b) ECRL i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Datenschutz-Richtlinie<sup>2023</sup> nicht in den Anwendungsbereich der ECRL und kollidierte daher ungeachtet ihrer den koordinierten Bereich aus Art. 2 lit. h) ECRL tangierenden Folgen nicht mit dem Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL (i. V. m. Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)).<sup>2024</sup>

Das Erheben, Verifizieren und Speichern der persönlichen Daten verstößt nicht gegen die DS-GVO: Einerseits ist dies gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO zulässig, weil es für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist. Insoweit kommt es auf den umstrittenen, einer Abwägung bedürftigen Verarbeitungsgrund aus Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO nicht an.<sup>2025</sup>

<sup>2021</sup> Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 23. März 2022, – 9 Wx 23/21 –, juris, Rn. 44.

<sup>2022</sup> *Leetaru*, Would Replacing Anonymity With A Single Universal Social Media ID Fix The Web's Toxicity?, auf: Forbes.com, Artikel vom 13. Juni 2019. Dagegen *Tschorr*, MMR 2021, S. 208.

<sup>2023</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31 vom 23. November 1995.

<sup>2024</sup> Vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 21.

<sup>2025</sup> Vgl. für seine Einschlägigkeit OLG München MMR 2021, 245, 247 f., Rn. 70. Dagegen *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO, Art. 6 Rn. 31.

## bb) Vereinbarkeit mit den Grundrechten

- (i) Eingriff in die Schutzbereiche des Allgemeine Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der Meinungsfreiheit der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG)

Eine solche Klarnamenserhebungs- und Verifizierungspflicht der Dienste könnte einen modernen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bilden.<sup>2026</sup> Um den Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit, die sich aus den Bedingungen moderner Datenverarbeitung aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben, hinreichend Rechnung zu tragen, gewährleistet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.<sup>2027</sup> Zugunsten der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen bedarf es des Schutzes vor einer unbegrenzten Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten.<sup>2028</sup>

Mit der Klarnamenserhebungs- und Verifizierungspflicht erhebt der Staat zwar nicht unmittelbar selbst persönliche Daten vom Betroffenen. Gleichwohl verpflichtet er den Nutzungswilligen für den Fall der Teilnahme an einem sozialen Netzwerk oder Videosharing-Dienst mittelbar-faktisch zu ihrer Offenbarung gegenüber Privaten. Hierdurch verliert der Nutzer seine Verfügungsbefugnis über die eigenen Daten. Mithin handelt es sich um eine dem Staat zuzurechnende Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Ferner könnte die Klarnamenserhebungs- und Verifizierungspflicht der Dienste einen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzer begründen. Diese schützt die Wahl der Äußerungsmodalitäten, also auch die Entscheidung, eine anonyme Aussage abgeben zu wollen.<sup>2029</sup> Ein klassischer Eingriff liegt hierin indes nicht, da die Pflicht den Nutzer nicht unmittelbar adressiert. Gleichwohl ist er durch die Pflicht mittelbar-faktisch durch den Staat verpflichtet, seine persönlichen Daten preiszugeben, um sich in den Diensten äußern zu können.<sup>2030</sup> Hierin liegt ein moderner Eingriff in den von der Meinungsäußerungsfreiheit erfassten Anspruch auf Zugang zu sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten.<sup>2031</sup>

<sup>2026</sup> Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung siehe grundlegend BVerfGE 65, 1, 42 f. – Volkszählung.

<sup>2027</sup> BVerfGE 155, 119, 166 Rn. 92 – Bestandsdatenauskunft II; 130, 151, 183 – Bestandsdatenauskunft I; 120, 378, 397 – Automatisierte Kennzeichenerfassung; 65, 1, 42 – Volkszählung.

<sup>2028</sup> Vgl. ebd.

<sup>2029</sup> Siehe Abschnitt „Form sowie Art und Weise der Präsentation: „Wort, Schrift und Bild“ unter Punkt C. III. 2.a) bb).

<sup>2030</sup> In diese Richtung *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 86 m. w. N.

<sup>2031</sup> Siehe Abschnitt „Anspruch auf Zugang (Vertragsschluss)“ unter Punkt E. IV. 7. a).

(ii) Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Dienstanbieter, Art. 12 Abs. 1 GG  
Die Pflicht richtete sich unmittelbar an soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste, deren von der Berufsfreiheit gedeckte Haupttätigkeit es ist, auf Vertragsbasis Inhalte an Nutzer zu vermitteln. Die Pflicht bildete mit ihrem unmittelbaren Berufsbezug einen klassischen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber.<sup>2032</sup> Sie müssten nun auch die bei der Registrierung nutzerseitig angegebenen Bestandsdaten erheben, prüfen und speichern.

(iii) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine solche, an soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste gerichtete Pflicht zur Erhebung korrekter Nutzerbestandsdaten im Rahmen der Registrierung samt ihrer Verifizierung wäre verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Ausgestaltung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt genüge tut und verhältnismäßig ist, also einem legitimen Zweck dient, hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck der Klarnamenspflicht  
im Innenverhältnis

Die Klarnamenserhebungs- und Verifizierungspflicht müsste aufgrund des Eingriffs in die Meinungsfreiheit der Nutzer die Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehaltes aus Art. 5 Abs. 2 GG erfüllen. Die Pflicht könnte als allgemeines Gesetz<sup>2033</sup> erlassen werden, da sie nicht darauf gerichtet wäre, sich gegen eine Meinung als solche zu wenden, sondern die Modalität der Anonymität bei der Meinungskundgabe im Innenverhältnis ausschliesse. Dabei dient sie dem besonderen Interesse an einem verbesserten Rechtsschutz zugunsten retrospektiver Maßnahmen der Verletzten gegen nunmehr namentlich erkennbare Schädiger.

(2) Geeignetheit der Klarnamenspflicht im Innenverhältnis

Die Pflicht, die persönlichen Daten zu erheben und zu verifizieren und zu speichern, wäre geeignet, wenn sie diesen legitimen Zweck fördern könnte.<sup>2034</sup> Diese Pflicht wäre förderlich, verletzende Kommunikationsakte, wie Hassrede und „Fake News“, zu verringern, da von ihr ein präventiv-abschreckender Effekt ausgeht und andererseits die nachträgliche Rechtsdurchsetzung – zumeist nach Ehrverletzungen – nicht mehr vom Zufall abhinge.<sup>2035</sup> Denn der Nutzer wäre verpflichtet, zur Teilnahme an den adressierten Kommunikationsräumen seine Daten im Rahmen des Registrierungsvorgangs zur Identifizierung offenzulegen. Die Pflicht ist geeignet.

<sup>2032</sup> Vgl. hierzu auch BVerfGE 125, 260, 259 f. – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2033</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>2034</sup> Vgl. BVerfGE 115, 276, 308 – Sportwetten; 103, 293, 307 – Urlaubsanrechnung; 96, 10, 23 – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; 67, 157, 175 – G 10; 63, 88, 115 – Versorgungsausgleich II.

<sup>2035</sup> KOM (2018) 236 endg., S. 10 hin. Zweifeln hingegen *Caspar*, ZRP 2015, S. 235 f.

## (3) Erforderlichkeit der Klarnamenspflicht im Innenverhältnis

Die Pflicht wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel vorhanden wäre, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>2036</sup>

Als weniger eingriffsintensives Mittel käme – ähnlich der Untersuchungshandlung nach § 100g und § 100j StPO<sup>2037</sup> – die Ermittlung der wahren Identität des Nutzers anhand der vergebenen IP-Adresse in Betracht.<sup>2038</sup> Die IP-Adresse des Nutzers wird dabei zunächst in einem sog. „Tracking-Verfahren“ ermittelt.<sup>2039</sup> Mit ihr wird sodann eine Auskunft über die nach dem verfassungskonformen § 172 Abs. 1 TKG verpflichtend gespeicherten Bestandsdaten des Internetnutzers bei seinem „Access-Provider“ verlangt.<sup>2040</sup> Dieses Verfahren scheint für den zu ermittelnden Nutzer auf den ersten Blick milder, da er seine Bestandsdaten nur gegenüber dem „Access-Provider“ angeben muss, nicht zwingend auch gegenüber dem Betreiber des sozialen Netzwerks oder Videosharing-Dienstes. Jedoch haben Auskunftsansprüche zur Identifizierung von IP-Adressen für ihn ein erhebliches Eingriffsgewicht.<sup>2041</sup> Außerdem begründete die Zuordnung der Bestandsdaten anhand dynamischer IP-Adressen einen Eingriff in das (speziellere) Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG.<sup>2042</sup>

Milder wäre die entsprechende Zuordnung über den „Access-Provider“ nur für die genannten Dienstbetreiber, weil sie weder Daten erheben noch verifizieren und speichern müssten.

Dagegen ist zu berücksichtigen, dass sowohl statische wie auch dynamische IP-Adressen personenbezogene Daten<sup>2043</sup> darstellen, so dass die zu ihrer Erhebung erforderlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt sein müssen.<sup>2044</sup> Daher bedürfte es einer dem konkreten Eingriffsgewicht Rechnung tragenden bereichsspezifischen Rechtsgrundlage, die eine normenklare Begrenzung der Zwecke der

<sup>2036</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>2037</sup> Zur Abgrenzung der Zuordnung einer IP-Adresse als Bestands- oder Verkehrsdatum, siehe *Graf*, in: ders., BeckOK StPO (44. Ed.), StPO, § 100a Rn. 30 ff.

<sup>2038</sup> Vgl. The Constitutional Court of South Korea, Decision of 23 August 2012, Nr. 2010, Hun-Ma47.

<sup>2039</sup> Zur Erklärung des Verfahrens, siehe *B. Krause*, NStZ 2016, S. 139 f.; *W. Bär*, NZWiSt 2017, S. 84.

<sup>2040</sup> Zur Verfassungskonformität von § 176 TKG (früher: § 111 TKG) BVerfGE 130, 151, 185 ff. Rn. 126 ff. – Bestandsdatenauskunft I.

<sup>2041</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 125, 260, 342 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2042</sup> BVerfGE 155, 119, 166, Rn. 90; 168 ff., Rn. 98 ff. – Bestandsdatenauskunft II. Vgl. auch die Erwägungen des EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 61 – Space Net u. a. ./ Deutschland.

<sup>2043</sup> EuGH, ebd., Rn. 100 – Space Net u. a. ./ Deutschland; EuGH MMR 2016, 842, Rn. 31 ff. – Breyer ./ Deutschland; BGH MMR 2017, 605, 608, Rn. 46 – Dynamische IP-Adresse als personenbezogenes Datum für Online-Mediendiensteanbieter.

<sup>2044</sup> Siehe zu den Voraussetzungen, BVerfGE 155, 119, 167, Rn. 93 ff.; 209 f. Rn. 201 – Bestandsdatenauskunft II; 130, 151, 184 Rn. 123 – Bestandsdatenauskunft I; 65, 1, 42 ff. – Volkszählung.

möglichen Datenverwendung beinhaltet.<sup>2045</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO erfüllt diese Voraussetzungen nicht und kann das in der hiesigen Konstellation auf die Vertragsabwicklung gerichtete Zweckbindungsgebot nach Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO nicht zugunsten einer Datenauskunft aushebeln.<sup>2046</sup> Eine entsprechende Rechtsgrundlage müsste daher noch geschaffen werden.

Dies ist aber schon deshalb nicht zielführend, da § 176 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 TKG, nach dem etwa IP-Adressen 10 Wochen vom Provider gespeichert werden müssen, unionsrechtswidrig ist.<sup>2047</sup> Denn die Vorschrift ordnet präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten an.<sup>2048</sup>

Mit Blick auf die Berufsausübungsfreiheit ließe sich ferner nicht einwenden, dass eine Maßnahme zur optimierten Rechtsdurchsetzung, die primär der Staat – auch finanziell – sicherstellen muss, für die Diensteanbieter milder wäre, bei der die Kostenlast aus Steuermitteln finanziert würde.<sup>2049</sup> Milder sind Maßnahmen nicht, die die Kostenlast bloß verschieben.<sup>2050</sup>

Eine Übermittlung aller erhobenen Bestandsdaten zur Verifizierung durch den Staat ist ebenfalls nicht milder für diejenigen, die in ihrem Persönlichkeitsrecht betroffen sind, da hierdurch weitere Risiken für den Schutz der Datensicherheit geschaffen würden.<sup>2051</sup>

Milder, aber – wie die Praxis beweist – nicht gleich geeignet wie die Kodifizierung einer solchen Pflicht wäre es, schlicht auf die der Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG unterstehende Ausgestaltung der Nutzerverträge zu setzen, die die Angabe der wahren Nutzerdaten vorsehen kann. Zwar würde diese Variante den Dienstbetreibern die größtmögliche Gestaltungsfreiheit lassen, aber nichts am *Status quo* ändern: Die Rechtsdurchsetzung würde weiterhin von Privaten abhängen, was in tatsächlicher Hinsicht zu dem oben beschriebenen Dilemma des Rechtsdurchsetzbarkeitsdefizits führt. Soll der *ratio* der vom europäischen und deutschen Gesetzgeber eingeführten Möglichkeit der Auskunft Geschädigter über Bestandsdaten von schädigenden Nutzern zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung effektiv Rech-

<sup>2045</sup> Zur Verschiedenartigkeit der Eingriffsintensität von statischen und dynamischen IP-Adressen, vgl. BVerfGE 155, 119, 195 f., Rn. 166 f. – Bestandsdatenauskunft II.

<sup>2046</sup> Zur restriktiven Handhabung des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO, siehe *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, DS-GVO, Art. 6 Rn. 26 ff.

<sup>2047</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 47 ff. – Space Net u. a. ./I. Deutschland.

<sup>2048</sup> Vorher § 113b TKG, vgl. ebd.

<sup>2049</sup> Zur Aufgabe des Staates einen hinreichenden Rechtsschutz zu gewährleisten BVerfGE 54, 277, 291 – Revisionsannahme m. w. N.

<sup>2050</sup> BVerfGE 125, 260, 360 – Vorratsdatenspeicherung; 109, 64, 86 – Mutterschaftsgeld.

<sup>2051</sup> In diese Richtung in Bezug auf Verkehrsdaten BVerfGE 125, 260, 360 – Vorratsdatenspeicherung.

nung getragen werden, ist eine gesetzliche Pflicht, die auch die Verifizierung der angegebenen Nutzerdaten festsetzt, mangels milderer, gleich geeigneter Mittel auch erforderlich.<sup>2052</sup>

Allerdings obliegt es der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu diesem Grundsatz wiederum eine Restriktion festzulegen. Als technisch denkbare Modell könnte erwogen werden, den Registrierungs- und Datenverifikationsvorgang zwar dem Grunde nach anzuordnen. Sofern die Daten jedoch nicht vollständig verifizierbar sind, so könnte – den Belangen der Wirtschaftlichkeit Rechnung tragend – das Nutzerkonto in eine Art „Passivmodus“ versetzt werden, so dass die stattfindende Kommunikation weiterhin konsumiert werden, aber keine aktive Kommunikation erfolgen kann. Der Dienstbetreiber könnte weiter über Werbeanzeigen und Angebote Umsätze<sup>2053</sup> verzeichnen. Eine nicht erfolgende Verifikation der persönlichen Daten der bloß „passiven“ Angebotskonsumenten schädete voraussichtlich dem Dienst lediglich bei der Durchsetzung seiner eigenen vertraglichen Rechte. Für Letzteres sind die Dienste jedoch grundsätzlich selbst verantwortlich. Zugunsten einer effektiven Rechtsdurchsetzung in Bezug auf Rechtsverletzungen gegenüber Dritten bedürfte es daher nicht der Erhebung der persönlichen Daten von solchen Nutzern, denen die aktive Kommunikation verwehrt wäre. Sobald Nutzer jedoch das Spielfeld der Kommunikation und damit auch für kommunikative Rechtsverletzungen betreten, kann die Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken und Video-sharing-Diensten nur durch die Datenverifizierung sichergestellt werden.

#### (4) Angemessenheit der Klarnamenspflicht im Innenverhältnis

Die Klarnamensregistrierungs- und Klarnamenserhebungspflicht wäre angemessen, wenn die mit ihr verbundenen Eingriffe nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck stünden.<sup>2054</sup> Im Rahmen der Abwägung müssen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Meinungsfreiheit der Nutzer, deren Daten erhoben werden, sowie die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber dem Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung im Zivil- und Strafrecht gegenübergestellt und im Wege der praktischen Konkordanz in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.

<sup>2052</sup> Zweifelnd *Caspar*, ZRP 2015, S. 235 f.

<sup>2053</sup> Zu den Umsätzen von *Facebook*, siehe Wallstreet-Online, Meta Platforms (A) Bilanz & GuV, auf: Wallstreet-Online.de. Zu den Einnahmen über personenbezogene Daten, siehe die ehemalige EU-Kommissarin für Verbraucherschutz *M. Kuneva*, Keynote Speech (SPEECH/09/156), Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling, S. 2; *Hoeren*, WuW 2013, S. 463; *Wöcher/Höpner*, Digitalisierung vor dem Durchbruch, auf: Handelsblatt.com, Artikel vom 21. April 2016.

<sup>2054</sup> BVerfGE 99, 202, 212 f. – Erstattungspflicht des Arbeitgebers.

## (a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Ein gesetzlicher Zwang zur Angabe der persönlichen Daten im Registrierungsvorgang stünde zunächst diametral zu der Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, nach dem jeder Grundrechtsträger grundsätzlich selbst entscheiden darf, wer Daten über ihn erhebt.<sup>2055</sup> Vor allem aus der Sorge vor gehemmtem selbstbestimmtem Verhalten soll der Grundrechtsträger stets wissen, wem er bestimmte Daten preisgibt. So ist zu befürchten, dass derjenige, der bei grundrechtlich garantierter Freiheitsausübung behördlich registriert wird, möglicherweise aus Angst vor Nachteilen auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte verzichtet, was wiederum dem Gemeinwohl eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten, freiheitlichen demokratischen Staates schaden würde.<sup>2056</sup>

Auch wenn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von der Rechtsprechung zunächst in seiner abwehrrechtlichen Dimension als Schutz gegenüber einer staatlichen Datenerhebung und -verarbeitung entwickelt wurde, ist kein Grund ersichtlich, den Grundrechtsschutz nach allgemeinen Regeln nicht auch auf das Verhältnis zwischen Privaten zu erstrecken und ihn im Wege der mittelbaren Drittwirkung auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten zur Geltung zu bringen.<sup>2057</sup> Dies ist insbesondere in der Welt sozialer Medien, in der ein Nutzer unweigerlich Daten – sei es durch die Registrierung oder sei es durch Handlungen in einem Dienst – hinterlässt, von kaum zu überschätzender Bedeutung. Gerade im Zusammenhang mit der Internetnutzung ist die besondere Schutzbedürftigkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmungen zu betonen, da personenbezogene Daten mit Hilfe der automatischen Datenverarbeitung unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar und rekombinierbar sind.<sup>2058</sup> Sie können mit anderen Datensammlungen zu einem weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefügt werden, das einen tiefen Einblick in die hinter einem Verhalten stehende Person zeichnet.<sup>2059</sup> Der Nutzer könnte zum „gläsernen Menschen“ werden.<sup>2060</sup>

<sup>2055</sup> BVerfGE 65, 1, 42 f. – Volkszählung; 63, 131, 142 f. – Gegendarstellung; 56, 37, 41 ff. – Selbstbeziehung; 54, 148, 155 – Eppler; 44, 353, 372 f. – Suchtkrankenberatungsstelle; 35, 202, 220 – Lebach; 32, 373, 379 – Arztkartei; 27, 344, 350 f. – Scheidungsakten; 27, 1, 6 – Mikrozensus.

<sup>2056</sup> Ebd., 43 – Volkszählung.

<sup>2057</sup> BVerfGE 152, 152, 189 Rn. 85 – Recht auf Vergessen I; 150, 244, 263 f. Rn. 37 – Kfz-Kennzeichenkontrollen 2; 141, 220, 264 f. Rn. 91 f. – BKA-Gesetz; 133, 277, 320 ff. Rn. 105 ff. – Antiterrordatei.

<sup>2058</sup> BVerfGE 152, 1, 196 Rn. 103 – Recht auf Vergessen I; 65, 1, 42 – Volkszählung.

<sup>2059</sup> Ebd.

<sup>2060</sup> *Stadler*, Ist die Anonymität im Netz eine heilige Kuh, die man schlachten sollte?, auf: internet-law.de, Artikel vom 7. Dezember 2015. Ähnlich *Caspar*, ZRP 2015, S. 236 zu den Hintergründen der Wirtschaftlichkeit der Daten, siehe S. 234 f.; *Richter*, MMR 2014, S. 520.



Dennoch hat der Berechtigte kein absolutes Recht über „seine“ Daten.<sup>2061</sup> Es kann entweder privatautonom oder aus Gründen eines nach dem BVerfG restriktiv zu verstehenden überwiegenden Allgemeinwohls eingeschränkt werden, etwa wenn die Daten einen überwiegenden Sozialbezug aufweisen und Selbstbezeichnungen ausgeschlossen sind.<sup>2062</sup>

Bei Rechtsgrundlagen, die zu Eingriffen in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ermächtigen, muss der Gesetzgeber Anlass, Zweck und Umfang des jeweiligen Eingriffs daher bereichsspezifisch, präzise und normenklar festlegen.<sup>2063</sup> Daher muss er eine dem Zweckbindungsgebot entsprechende normenklare Begrenzung der Zwecke der möglichen Datenverwendung vornehmen.<sup>2064</sup> Als (unions-)grundrechtskonforme Ausgestaltung dessen hat der europäische Gesetzgeber mit Art. 6 DS-GVO Tatbestände für eine rechtmäßige Verarbeitung von personenbezogenen Daten geschaffen und für diese Verarbeitungen die Zweckbindung mit Art. 5 Nr. 1 lit. b) DS-GVO angeordnet.

Bei der Bestandsdatenerhebung vor der rechtsgeschäftlichen Erbringung von Telemediendienstleistungen handelt es sich um eine privatautonome Erhebung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO, nach der die Erhebung für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist. Ihre zweckgebundene Verwendung liegt in der Begründung und Durchführung des Vertragsverhältnisses. Dabei gehört es schon zu den *essentialia negotii* des Vertrages, dass die Vertragsparteien – nicht zuletzt wegen Bonitätsrisiken – klar bestimmbar sein und notfalls durch Vorlage von Ausweisdokumenten verifiziert werden müssen. Dabei besteht kein Unterschied, ob ein Vertrag im analogen oder im digitalen Bereich geschlossen wurde. Die Verifizierung ist bei Online-Handelsplattformen gängige Praxis.<sup>2065</sup> Im Geschäftsverkehr bedarf es grundsätzlich keiner gesetzlichen Pflicht, da die Vertragspartner die Daten zur Absicherung ihrer Entgeltansprüche von sich erfragen und unter Umständen das Handelsregister einsehen. Beide Parteien können ihre Ansprüche anhand des geltenden Rechts durchsetzen.

Anders ist dies indes in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten. Sie sind als digitale Kommunikationszentren unter anderem Austragungsort von Streitigkeiten und rechtswidrigen Handlungen. Diese Dienste verifizieren die Daten nicht rechtssicher. Verletzte Nutzer können von sich aus keine Daten erheben. Dass der Gesetzgeber keine Identifikationspflichten zugunsten der bestehenden Rechtsschutzmechanismen schafft, lässt den Verdacht entstehen, dass er diese Art von Rechtsdurchsetzung als weniger schutzwürdig empfinde. Der Einwand, dass die Re-

<sup>2061</sup> BVerfGE 152, 152, 198 f. Rn. 107 f. – Recht auf Vergessen I 65, 1, 43 f. – Volkszählung.

<sup>2062</sup> BVerfGE 152, 152, 198 f. Rn. 107 f. – Recht auf Vergessen I; 65, 1, 43 f., 46 – Volkszählung.

<sup>2063</sup> BVerfGE 155, 119, 181 Rn. 133 – Bestandsdatenauskunft II.

<sup>2064</sup> EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 76 ff. – Space Net u. a. /J. Deutschland; BVerfGE 125, 260, 316 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2065</sup> Richter, MMR 2014, S. 520.

gistrierung unter wahren Namen angeblich faktisch unkontrollierbar sei<sup>2066</sup>, muss seinerseits als unbegründet zurückgewiesen werden. Warum beispielsweise eine einfache postalische Verifikation, wie bei *eBay*, nicht möglich sein soll, bleibt unklar.

Deshalb fragt sich, ob sich ein die Datenerhebung rechtfertigendes, den Datenschutz überwiegendes Interesse mit der Gewährleistung einer effektiveren Rechtsdurchsetzung begründen ließe, das den Datenschutz zulässig einschränken würde. Das Interesse ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit der Nutzung von sozialen Medien bislang oft ins Leere läuft und somit die gesellschaftlich besonders relevanten Diskursräume *de lege lata* teils „rechtsfreie Räume“ zu sein scheinen.<sup>2067</sup> Durch die Absicherung der zivil- und strafrechtlichen Verfolgbarkeit eines Nutzers bei rechtswidrigem Handeln würde die im nichtvirtuellen Raum geltende Rechtsordnung auch im Rahmen der zunehmend in soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste verlagerten gesellschaftlichen Kommunikation wirksam zur Geltung gebracht. Dies verdeutlicht eine gewisse Abhängigkeit von dem Erheben der wahren persönlichen Daten.

Vor diesem Hintergrund scheint die Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Daten insoweit gemindert, weil die Nutzung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten einen besonderen Sozialbezug aufweist. Die Dienste sind auf kommunikative Interaktion ausgerichtet. Vergleichbar muss auch ein Jeder, der demonstrieren geht, sein Gesicht zeigen.<sup>2068</sup> Weder hierin noch in der bloßen Angabe der persönlichen Daten im Registrierungsvorgang zu den genannten Diensten liegt eine Selbstbezeichnung des Betroffenen. Erstens ist der Registrierungsvorgang einer rechtswidrigen Handlung grundsätzlich vorgelagert. Erst ein Pflichtverstoß führt weiter zur Preisgabe der Daten an Dritte für die Rechtsverfolgung.

Zweitens liegt eine Selbstbezeichnung auch nicht darin, dass die personenbezogenen Daten bei der rechtswidrigen Handlung beim Dienstanbieter gespeichert sind und der Nutzer deshalb zivil- und strafrechtlich verfolgbar wäre. Vielmehr ist ein rechtswidrig Handelnder auch im analogen Raum verfolgbar, nur eben nicht immer anhand seiner persönlichen Daten, die die Identität des Verletzers unmittelbar aufdecken können. Insoweit ergibt sich ein „Ungleichgewicht“ zwischen der Verfolgbarkeit im analogen und im digitalen Bereich. Allerdings ist die Absicherung der Rechtsdurchsetzung und -verfolgung im digitalen Raum deshalb wichtiger als im analogen, weil ein Geschädigter im digitalen Raum in aller Regel über keine anderen Mittel zur Ermittlung des rechtswidrig Handelnden verfügt, was die *de facto* häufig leerlaufende Rechtsdurchsetzung bestätigt. Im analogen Raum lässt sich ein rechtswidrig Handelnder durch – in sozialen Medien allenfalls durch Profil-

<sup>2066</sup> *Stadler*, Ist die Anonymität im Netz eine heilige Kuh, die man schlachten sollte?, auf: internet-law.de, Artikel vom 7. Dezember 2015.

<sup>2067</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation zivil- und strafrechtlicher Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E. I. 3.

<sup>2068</sup> So BVR a. D. f. *Kirchhof*, vgl. das Interview mit *C. Rath*, „Lügen sind nicht geschützt“, auf: taz.de, Artikel vom 15. Dezember 2018.

fotos ermöglichte – Personenbeschreibungen sowie ermittlungstechnische Untersuchungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden und Beweismittel, etwa Zeugen, ermitteln.

Das in diesem Zusammenhang verwendete Argument, im realen Leben könne nicht jeder Anspruch durchgesetzt werden,<sup>2069</sup> vermag vor dem Hintergrund der Geltungskraft der Rechtsordnung und der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im Internet nicht zu überzeugen. Dieser Umstand darf jedenfalls kein staatliches Handeln verhindern, das zu einer Optimierung der Durchsetzung von geltendem Recht führt. Dabei soll die Anonymität im Internet grundsätzlich weiterhin gewährleistet sein.<sup>2070</sup> Jedoch dürfen die Belange des Datenschutzes nicht *per se* dazu führen, dass das Recht im Falle von Rechtsverletzungen sowohl für den Verletzten als auch für den Staat nicht effektiv durchgesetzt werden kann.<sup>2071</sup> Es wäre widersprüchlich, dürfte sich derjenige, der eine Rechtsverletzung begeht, *per se* hinter dem Argument des Datenschutzes verstecken. Beurteilte man dies aufgrund der potentiellen Gefahr einer missbräuchlichen Datenverwendung anders, förderte man ebenjene Nutzeranonymität, mit der ihrerseits Missbrauch getrieben werden kann. Die Ausnahme von der grundsätzlichen Internetanonymität ist ja überhaupt erst deshalb erforderlich, weil der entsprechende Nutzer eine Rechtsverletzung begeht und er auf andere Weise in den seltensten Fällen verantwortlich gemacht werden kann.

Die Pflicht erleichterte staatliche Ermittlungen wegen Straftaten im digitalen Raum. Ein Auskunftsbeglehen über Bestandsdaten eines Nutzers seitens der Strafverfolgungsbehörde gem. § 100j Abs. 1 und 2 StPO gegenüber dem Provider anhand einer im sozialen Netzwerk oder Videosharing-Dienst hinterlassenen IP-Adresse erscheint wegen der Unionsrechtswidrigkeit des § 176 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG stark erschwert.<sup>2072</sup>

Dies steht zwar einer strafrechtlichen Verurteilung nicht grundsätzlich entgegen, da weiterhin die Möglichkeit einer zufälligen Kenntnisnahme der Identität des verletzenden Nutzers besteht. Praktisch erscheint eine Aufklärung ganz ohne die IP-Adresse aber kaum möglich.

<sup>2069</sup> Buermeyer, Verbot der Netz-Anonymität legt die Axt an die Demokratie, auf: heise.de, Artikel vom 6. Dezember 2015.

<sup>2070</sup> So auch schon Spindler, „Verantwortlichkeit und Haftung von Intermediären“, auf: Urheberkonferenz.de, Vortrag vom 2. Dezember 2015, der in der anschließenden Debatte schlicht missverstanden wurde. Vgl. auch schon Spindler, Begleitheft zum Deutschen Juristentag 2012, S. 69 (Nr. 32 und 33). In diese Richtung auch Hoffmann/Schulz/Borchers, MMR 2014, S. 93; Heckmann, NJW 2012, S. 2363.

<sup>2071</sup> B. Lorenz, VuR 2014, S. 89.

<sup>2072</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 47 ff. – Space Net u. a. /I. Deutschland.

Im Übrigen folgt aus der bloßen Angabe der persönlichen Daten im Registrierungsvorgang auch noch nicht, dass der Nutzer rechtswidrig handelt. Für sein Handeln im Rahmen der Dienstenutzung ist er grundsätzlich selbst verantwortlich. Es liegt folglich in seinen Händen, ob seine Daten überhaupt für die Rechtsdurchsetzung relevant werden.

Weiter ist das Eingriffsgewicht bei einer von Privaten durchgeführten Datenerhebung, die von Seiten des Staates angeordnet ist, gegenüber einer unmittelbar staatlichen Datenerhebung geringer. Denn die Daten werden von den Privaten gespeichert und unterliegen damit nicht dem direkten Zugriff des Staates.<sup>2073</sup> Dabei steigert die Trennung von Speicherung und Abruf der Daten die Transparenz und Kontrolle der Datenverarbeitung.<sup>2074</sup>

Dennoch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der datenerhebende Private primär ökonomischen Zwängen unterliegt und privatnützig handelt.<sup>2075</sup> Hierdurch besteht die erhöhte Gefahr eines illegalen Zugriffs, weil die Daten wegen ihrer vielseitigen Aussagekraft für verschiedenste Akteure attraktiv sein können.<sup>2076</sup>

Dieser Gefahr lässt sich jedoch dadurch angemessen begegnen, indem dem datenerhebenden Privaten besondere Anforderungen an die Datensicherheit auferlegt werden.<sup>2077</sup> Da das entwicklungs offene Grundgesetz nicht vorgibt, welche Sicherheitsmaßgaben im Einzelnen geboten sind, muss ein am Stand der Fachöffentlichkeit orientierter und sich an die (technischen) Entwicklungen anpassender Standard gewährleistet werden, der unter spezifischer Berücksichtigung der Besonderheiten der durch eine (vorsorgliche) Datenspeicherung geschaffenen Datenbestände ein besonders hohes Maß an Sicherheit gewährleistet.<sup>2078</sup>

Technisch realisierbare Maßnahmen wären etwa eine getrennte Speicherung der zu speichernden Daten auf auch physisch getrennten und vom Internet entkoppelten Rechnern, eine asymmetrische kryptografische Verschlüsselung unter getrennter Verwahrung der Schlüssel, die Vorgabe des Vier-Augen-Prinzips für den Zugriff auf die Daten verbunden mit fortschrittlichen Verfahren zur Authentifizierung für den Zugang zu den Schlüsseln, die reversionssichere Protokollierung des Zugriffs auf die Daten und deren Löschung sowie der Einsatz von automatisierten Fehlerkorrektur- und Plausibilitätsverfahren.<sup>2079</sup> Die vorgenannten Varianten ließen die Identifikationsverwaltung durch eine externe Vertrauensstelle zu, damit nicht alle Daten

<sup>2073</sup> Vgl. BVerfGE 125, 260, 321 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2074</sup> Ebd., S. 321 f. – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2075</sup> Vgl. ebd., S. 325 – Vorratsdatenspeicherung; EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 69, Rn. 75 – Space Net u. a. ./ Deutschland; Urteil vom 5. April 2022, – C-140/20 –, curia, Rn. 54 – G.D. ./ Commissioner of An Garda Síochána u. a.

<sup>2076</sup> Ebd.

<sup>2077</sup> Ebd.; BVerfGE 65, 1, 46 – Volkszählung. Bei *Hoffmann/Schulz/Borchers*, MMR 2014, S. 93 wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Anonymitätsbeschränkungen nur noch unter den Vorbehalt ihrer technischen Realisierbarkeit gestellt.

<sup>2078</sup> BVerfGE 125, 260, 326 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2079</sup> Siehe hierzu ebd., S. 325 f. – Vorratsdatenspeicherung.

gesammelt beim Dienstanbieter liegen.<sup>2080</sup> Im Ergebnis müssten die Dienste dann nicht einmal selbst personenbezogene Daten erlangen. Dass derartige Modelle technisch umsetzbar sind, beweist die Praxis, etwa das Datenschutzsystem des E-Mail-Anbieters *Posteo*.<sup>2081</sup> Sofern die Datenerhebung diese Voraussetzungen sicherstellt, schränkt sie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht unangemessen ein.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Verfassungsmäßigkeit der sich an die Erhebung anschließenden, einen eigenständigen Eingriff begründenden Übermittlungsbefugnisse (§ 21 TTDSG) nicht infrage stehen.<sup>2082</sup> Ihre vorigen verfassungsrechtlichen Mängel wurden durch Art. 7 Nr. 2 und 3, Art. 12 Nr. 3, Art. 13 Nr. 1, Art. 15 Nr. 2 BestDaAAG<sup>2083</sup> beseitigt.<sup>2084</sup>

(b) Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

Einer dem herausgehobenen Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung Vorschub leistenden Vorschrift stünde die für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierende Meinungsfreiheit gegenüber.

Eine Klarnamenspflicht im Innenverhältnis kann empfindliche Folgen für die Meinungsäußerungsfreiheit und spiegelbildlich auch für die Meinungsbildung auslösen. Für die Meinungsbildung ist gerade der offene Diskurs maßgebend und gleichzeitig die treibende Kraft einer funktionierenden Demokratie. Dieser funktioniert aber nur eingeschränkt, je weniger Personen sich zu Wort melden. Die Datenerhebung und -verifizierung durch den privaten Dienstanbieter könnte Nutzer abschrecken.<sup>2085</sup> In der Folge könnten Personen entweder davon absehen, sich in den zentralen Kommunikationsräumen zu registrieren oder Inhalte nach erfolgter Registrierung bloß passiv konsumieren, ohne ihre Meinung aktiv zu äußern, weil sie Angst vor der illegalen Nutzung ihrer Daten haben.

Jedoch schwächt den Eingriff ab, dass die Datenerhebung durch den Diensteanbieter keine weiteren Folgen auf das unmittelbare Äußerungsverhalten hat. Insbesondere wird ein anonymes Abgeben einer Äußerung nicht ausgeschlossen. Die

<sup>2080</sup> Vgl. *Richter*, MMR 2014, S. 520. Dagegen *Caspar*, ZRP 2015, S. 236, der das Entstehen eines „Schattenmelderegisters“ befürchtet.

<sup>2081</sup> Vgl. das Datenschutzprogramm des E-Mail-Anbieters Posteo e. K., <https://posteo.de/site/leistungen#leistungendatenschutz>.

<sup>2082</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen BVerfGE 155, 119, 176 Rn. 123 ff. – Bestandsdatenauskunft II.

<sup>2083</sup> Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Mai 2020 (BestDaAAG) vom 30. März 2021, BGBl. I S. 448.

<sup>2084</sup> Vgl. ausführlich Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 10-3000-030/20, S. 40 ff. mit Hinweis insbesondere auf BVerfGE 155, 119, 176 ff. Rn. 122 ff.; 222 ff. Rn. 237 ff. – Bestandsdatenauskunft II.

<sup>2085</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2022, – C-793/19 und C-794/19 –, curia, Rn. 74, Rn. 100 – Space Net u. a. ./.. Deutschland.

von der Meinungsfreiheit geschützte Modalitätenwahl bleibt also weiterhin möglich. Das ist deshalb besonders bedeutend, weil dies teils überhaupt erst dazu führt, dass sich jemand äußert, der sonst aus Sorge vor gesellschaftlichen Repressalien von einer Äußerung absehen würde.

Daher dringt auch die pauschale Argumentation, dass die Meinungsfreiheit als Grundfeste der Demokratie, die ohne Anonymität nicht bestehen könne, durch die Datenerhebung enorm beschnitten würde, aus zwei Gründen nicht durch: Erstens kann schon die Frage der Schutzwürdigkeit einer anonym abgegebenen Äußerung nicht pauschal beantwortet werden, sondern muss vielmehr anhand des konkreten Falles herausgearbeitet werden.<sup>2086</sup> Zweitens können ungeachtet dessen Inhalte weiter anonym verbreitet werden. Ein umfassendes Recht auf Anonymität bei illegalem Handeln besteht jedenfalls nicht.<sup>2087</sup>

Im Übrigen folgt aus der Datenerhebung durch den Dienstanbieter auch noch nicht die automatische Herausgabe an Dritte. Hierfür bedarf es einer Übermittlungsbefugnis, die einen eigenen, über das bloße Speichern hinausgehenden Rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellt und vorliegend in § 21 Abs. 2 und 3 TTDSG begründet liegt. Dessen Verfassungsmäßigkeit greift auf die Speicherpflicht zurück – wäre also die Übermittlungsbefugnis verfassungswidrig, wäre es auch die Datenerhebungs- und Verifikationspflicht.<sup>2088</sup> Die Übermittlungsbefugnis wird hier nicht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechten überprüft, weil er gerade erst in verfassungskonformer Weise an die vom BVerfG in seinem Beschluss zur *Bestandsdatenauskunft II* gesteckten Voraussetzungen angepasst wurde.<sup>2089</sup>

Den Eingriff der Datenerhebungs- und Verifizierungspflicht schwächt indes weiter ab, dass ein mögliches späteres Offenlegen der personenbezogenen Daten an den Verletzten in der Verantwortung des Äußernden liegt. Er muss schließlich erst ein rechtswidriges und einen anderen Nutzer verletzendes Verhalten an den Tag gelegt haben. Insoweit ist die Schwere des mittelbaren Eingriffs in die Meinungsfreiheit der Nutzer gering.

Demgegenüber steht das herausgehobene Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung.

Für dieses streitet vor allem die Abhängigkeit der Rechtsverfolgung von den persönlichen Daten im digitalen Raum.<sup>2090</sup> In der analogen Welt ist die Datenermittlung gegenüber der in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten deutlich vereinfacht. Dabei ließe sich mit Blick auf „chilling effects“ die zur Meinungsfrei-

<sup>2086</sup> Siehe Abschnitt „Identifizierbarkeit oder Anonymität des Äußernden“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (7).

<sup>2087</sup> BVerfGE 155, 119, 176 ff. Rn. 122 ff. – Bestandsdatenauskunft II; 130, 151, 178 Rn. 107 ff. – Bestandsdatenauskunft I.

<sup>2088</sup> BVerfGE 125, 260, 327 f. – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2089</sup> Vgl. BVerfGE 155, 119, 176 ff. Rn. 122 ff. – Bestandsdatenauskunft II.

<sup>2090</sup> Siehe Abschnitt „Allgemeines Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“ unter Punkt G. III. 5. a) bb) (iii) (4) (a).



heit spiegelbildliche Frage stellen: Kann eine mangelnde Rechtsdurchsetzung nicht mehr Schaden anrichten, als eine Pflicht zur Erhebung personenbezogener Daten seitens des Dienstbetreibers, die verfahrensrechtliche Absicherungen vorsieht? Denn werden Nutzer im Rahmen von Kommunikation beispielsweise mehrfach in ihrer persönlichen Ehre verletzt oder eingeschüchtert, ohne dass eine nachträgliche straf- oder zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung möglich ist, entstehen horizontale „chilling effects“: Die verletzten Nutzer melden sich möglicherweise nicht mehr zu Wort oder bleiben dem Dienst fortan fern. Diese „silencing effects“ verursachen denselben Schaden für die Meinungsbildung wie ein Fernbleiben aufgrund der Datenerhebungspflicht.

Jedoch läge die Eingriffsintensität für die effektive Rechtsdurchsetzung deutlich höher als die für die nur ganz am Rande betroffene Meinungsfreiheit. Insoweit überwäge das Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung in diesem Fall die Meinungsfreiheit der Nutzer. Die von der Datenerhebungspflicht ausgelösten eher unwahrscheinlichen „chilling effects“ in Bezug auf die Ausübung der Äußerungsfreiheit müssen zugunsten einer adäquaten Verantwortungsverteilung hingenommen werden.<sup>2091</sup> Deshalb steht die Einführung einer gesetzlichen Pflicht, die wahre Identität des Nutzers im Registrierungsvorgang zu verifizieren und zu erheben – sofern denn zumindest Kommunikation erfolgen soll – nicht außer Verhältnis zum Zweck der effektiven Rechtsdurchsetzung im Internet und ist angemessen.<sup>2092</sup>

(c) Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

Dem Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung steht weiter auch die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber gegenüber, in die die Datenerhebungs-, Verifizierungs- und Speicherpflicht eingriffe. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit lassen sich durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls rechtfertigen, wobei auch dieser Grundsatz keine Abwägung entbehrlich macht.<sup>2093</sup> Das Interesse einer effektiven Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten müsste also einen vernünftigen Gemeinwohlbelang bilden.

Die effektive Rechtsdurchsetzung ist ohne eine solche Datenerhebungs- und Verifizierungspflicht der Dienste stark beschränkt.<sup>2094</sup> Sie ist oftmals von der Richtigkeit der erhobenen Daten abhängig, was das herausgehobene Interesse an der Pflicht unterstreicht.

Dagegen weist die Speicherungspflicht nur eine geringe Eingriffsintensität für die Berufsausübungsfreiheit auf. Der mit ihr verbundene technisch organisatorische Aufwand hält sich – wie es das Beispiel *eBay* zeigt – in Grenzen und dient zusätzlich

<sup>2091</sup> So auch OLG Düsseldorf MMR 2006, 553, 556.

<sup>2092</sup> In diese Richtung auch *Richter*, MMR 2014, S. 520. Ähnlich wohl auch *Hoffmann/Schulz/Borchers*, MMR 2014, S. 93; *Stadler*, ZD 2011, S. 58. Andere Ansicht *Buermeyer*, Verbot der Netz-Anonymität legt die Axt an die Demokratie, auf: heise.de, Artikel vom 6. Dezember 2015.

<sup>2093</sup> BVerfGE 125, 260, 360 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2094</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Video-sharing-Diensten“ unter Punkt E. III. 6.



der Verfolgung eigener Zwecke, vor allem der Durchsetzung von Vertragsrechten und -pflichten. Es geht für die Dienstbetreiber primär darum, hinreichende Speicherkapazitäten vorzuhalten und Verifizierungsmechanismen einzurichten und auf dem Stand der Technik zu erhalten. Die Datenerhebung findet grundsätzlich schon bei der Registrierung statt und begründet mithin keinen weiteren organisatorischen Aufwand.

Dementsprechend belasteten auch die finanziellen Folgen, die die Speicherungspflicht auslöste, sowie die hieran anknüpfenden Folgeverpflichtungen wie die Gewährleistung von Datensicherheit die Dienstanbieter nicht über Gebühr. Die Dienste speichern die Bestandsdaten nach Registrierung ohnehin zugunsten ihrer Vertragsdurchsetzung und müssen in diesem Zusammenhang auch eine hinreichende Datensicherheit sicherstellen.<sup>2095</sup>

Einzig über diese auch beim gewöhnlichen Betrieb der Dienste bestehenden Anforderungen geht die Pflicht zur Datenverifizierung hinaus. Hierfür müssen die Dienste Mechanismen und Personal vorhalten. Auch wenn sich der Erfüllungsaufwand nicht vollständig absehen lässt, ließen sich die Verifizierungen technisch realisieren, wie es bei den Online-Handelsplattformen seit jeher gängig ist.<sup>2096</sup> Auch dieser Aufwand dürfte gering ausfallen.

Dass die Pflicht kleinere Dienste deutlich stärker belastete als große, scheint nach alledem nicht zuzutreffen. Auch sie speichern die Bestandsdaten ihrer Nutzer grundsätzlich und müssten insoweit nur die technisch einfache Datenverifizierung sicherstellen. Sollte der Gesetzgeber dies jedoch anders einschätzen und unter Umständen sogar den Ausschluss der Berufsausübung im Sinne einer objektiven Berufswahlregel befürchten, ließe sich der Eingriff dadurch abschwächen, indem etwa kleinere Dienste, die eine Mindestnutzerzahl nicht erreichen, von der Pflicht ausgenommen sind. Damit würde dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung getragen, der eine Unterscheidung zwischen „großen“ und „kleinen“ Diensten zulässt. In großen Diensten bestehen typischerweise erhöhte Gefahren von Rechtsverletzungen für Nutzer. Im Übrigen erhöhen sich mit der gesteigerten Teilnehmerzahl regelmäßig die Werbeeinnahmen, so dass der Verifizierungsmechanismus finanziell abgesichert werden kann und kein Betreiber berufliche Existenznöte zu fürchten hätte.<sup>2097</sup>

<sup>2095</sup> Vgl. BVerfGE 155, 119, 205 Rn. 188 – Bestandsdatenauskunft II; 125, 260, 344, 361 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2096</sup> Vgl. nur *Richter*, MMR 2014, S. 520.

<sup>2097</sup> Siehe etwa den Vergleich zwischen steigenden Nutzerzahlen und steigenden Werbeeinnahmen, *Dixon*, Facebook: number of daily active users worldwide 2011–2022, Statistik vom 28. Juni 2022, auf: Statista.com; Statista Research Department, Werbeumsätze von Meta weltweit bis 2021, Statistik vom 3. Februar 2022, auf: Statista.de.

Die den insgesamt nur geringinvasiven Eingriff in die Berufsfreiheit der Dienste verursachende Pflicht würde dem herausgehobenen Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten stark Vorschub leisten und steht grundsätzlich nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr intendierten Zweck.

Die Pflicht wäre auch nicht deshalb für die Dienstbetreiber unzumutbar und in der Folge unangemessen, weil dadurch private Unternehmen die Rechtsdurchsetzung ermöglichen, die primär durch den Staat abzusichern ist.<sup>2098</sup> Dem Grundgesetz lässt sich keine derart formal-kategorische Trennung von Aufgaben des Staates und von Privaten entnehmen, nach der eine Indienstnahme von Privaten auf deren Kosten für Gemeinwohlzwecke grundsätzlich unzulässig wäre.<sup>2099</sup> Im Gegenteil hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Pflichten er Privaten im Rahmen ihrer Berufsausübung auferlegt, um Gemeinwohlbelange abzusichern.<sup>2100</sup> Lasten und Maßnahmen zur Wahrung dieser Allgemeininteressen, die als Folge kommerzieller Aktivitäten regelungsbedürftig sind, darf er den privaten Akteuren auferlegen, um die damit verbundenen Kosten auf diese Weise marktwirtschaftlich umzulegen.<sup>2101</sup> Er kann Private nicht nur dann zur Förderung von Gemeinwohlbelangen verpflichten, wenn ihre berufliche Tätigkeit unmittelbar Gefahren auslösen kann oder sie hinsichtlich dieser Gefahren unmittelbar ein Verschulden trifft.<sup>2102</sup>

Vorliegend dient die Verpflichtung der Privaten der Sicherstellung, dass Rechtsschutz überhaupt möglich ist. Dabei hängen die Rechtsdurchsetzungsprobleme mit der beruflichen Tätigkeit der Dienste zusammen. Die Dienste weisen die größte Sach- und Verantwortungsnähe für die Sicherstellung der Richtigkeit der ohnehin von ihnen gespeicherten Daten auf. Vielmehr ist die besondere Verantwortung der Dienste zu betonen, die ihnen als den zentralen Kommunikationsräumen im Internet anheimfällt – sie verfügen über eine staatsähnliche „quasi-monopolartige“ Stellung.<sup>2103</sup>

Das Berufsausübungsinteresse überwiegt die Belange der Rechtsdurchsetzung und den Schutz kollidierender Rechtsgüter nicht. Die Auferlegung der spezifischen Pflicht ist in technisch-organisatorischer sowie in finanzieller Hinsicht angemessen. Sie stellt den schonendsten, aber effektivsten Ausgleich zwischen den beiden kollidierenden Interessen dar.

<sup>2098</sup> Vgl. zur Aufgabe des Staates einen hinreichenden Rechtsschutz zu gewährleisten BVerfGE 54, 277, 291 – Revisionsannahme m. w. N.

<sup>2099</sup> BVerfGE 125, 260, 344, 361 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2100</sup> Ebd.; BVerfGE 109, 64, 85 – Mutterschaftsgeld.

<sup>2101</sup> BVerfGE 125, 260, 344, 361 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2102</sup> Ebd., S. 361 f. – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>2103</sup> Siehe Abschnitt „Konkrete Betrachtung der mittelbaren Drittwirkung im Kontext sozialer Netzwerke“ unter Punkt E. IV. 4.

## (5) Ergebnis: Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Klarnamenserhebungs- und Verifizierungspflicht für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste wäre verfassungsmäßig gerechtfertigt. Es sei abermals betont, dass die Belange des Datenschutzes in keinsten Weise ausgehöhlt werden dürften, sondern technisch und verfahrensrechtlich abgesichert werden müssten.

*b) Klarnamenspflicht im Außenverhältnis (Klarnamensführungspflicht)*

Fraglich ist, ob darüber hinaus auch eine an den Nutzer gerichtete Klarnamensführungspflicht für die Abgabe von Äußerungen – im Außenverhältnis – grundrechtskonform wäre. Gegenüber der Pflicht des sozialen Netzwerks und Videosharing-Dienstes zur Erhebung und Verifizierung der persönlichen Daten könnte das effektiver sein, weil ein Verletzter dann unter Umständen keinen Auskunftsanspruch mehr geltend machen müsste. Zudem ist zu vermuten, dass die bessere Erkennbarkeit des Äußernden dazu führt, dass weniger „Fake News“ verbreitet würden als unter Verwendung eines Pseudonyms.

## aa) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Da diese Klarnamensführungspflicht zwangsläufig zur Verarbeitung persönlicher Daten in Form des Offenlegens durch Übermittlung i. S. v. Art. 2 lit. b) Datenschutz-Richtlinie<sup>2104</sup> im Rahmen der vermittelten Inhalte führte, beträfe sie datenschutzrechtliche Belange und fiele deshalb wegen Art. 1 Abs. 5 lit. b) ECRL i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Datenschutz-Richtlinie<sup>2105</sup> nicht in den Anwendungsbereich der ECRL.<sup>2106</sup> Das Herkunftsland nach Art. 3 Abs. 2 ECRL (i. V. m. Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018)) stünde dieser Regelung mithin nicht im Wege.<sup>2107</sup>

Weiter sind die Vorschriften der DS-GVO<sup>2108</sup> zu berücksichtigen, die seit dem 25. Mai 2018 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO) verbindliches unmittelbares Recht darstellt.<sup>2109</sup> Ein nationales Gesetz, das mit der DS-GVO kollidiert, darf aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts

<sup>2104</sup> Jetzt wortgleich in Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.

<sup>2105</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31 vom 23. November 1995.

<sup>2106</sup> Vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 21.

<sup>2107</sup> Siehe schon oben den Abschnitt „Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht“ unter Punkt G. III. 5. a) aa).

<sup>2108</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119/1 vom 4. Mai 2016, berichtigt durch ABl. L 314/72 vom 22. November 2016, und durch ABl. L 127/2 vom 23. Mai 2018.

<sup>2109</sup> Siehe zur Vereinbarkeit des die Anonymität in Telemedien wahrenenden § 13 Abs. 4 TMG mit den Art. 6 und 7 Datenschutz-Richtlinie, BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 22 ff.

nicht angewendet werden.<sup>2110</sup> Die DS-GVO beinhaltet indes keine Vorschrift, die Telemedienanbieter ausdrücklich dazu verpflichtet, die Nutzung ihres Telemediums anonym oder unter Pseudonym zu gewährleisten.

Gleichwohl sprechen die Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO dafür, dass der Telemedienanbieter grundsätzlich eine anonym oder zumindest pseudonymisierte Telemediennutzung ermöglichen muss.<sup>2111</sup> So ordnet Art. 5 Abs. 1 lit. c) DS-GVO an, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten auf das für den Zweck der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein muss. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. e) DS-GVO müssen personenbezogene Daten in einer Form gespeichert werden, welche die Identifizierung der betroffenen Person nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke erforderlich ist, für die sie verarbeitet werden. Dieser Auslegung hat sich offenbar der deutsche Gesetzgeber angeschlossen und demgemäß den früheren § 13 Abs. 6 S. 1 TMG in § 19 Abs. 2 TTDSG überführt, nach dem Anbieter von Telemedien die Nutzung von Telemedien anonym oder unter Pseudonym ermöglichen müssen, soweit ihnen dies technisch zumutbar ist.<sup>2112</sup>

Aus der Entstehungsgeschichte der DS-GVO lässt sich dagegen schließen, dass der europäische Gesetzgeber den Telemedienanbietern bewusst keine Verpflichtung auferlegen wollte, die Nutzung von Telemedien anonym oder unter einem Pseudonym zu ermöglichen. Er hat im Gesetzgebungsverfahren entgegen dem ausdrücklichen Vorschlag der deutschen Delegation davon abgesehen, einen Art. 7a DS-GVO einzufügen, der ein „*Right to use aliases in information society services*“ beinhalten sollte.<sup>2113</sup>

Auch die Empfehlung der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 14. Oktober 2015, nach der zumindest bei zu privaten Zwecken genutzten Telemedien innerhalb der EU ein Recht auf pseudonyme Nutzung verbindlich statuiert werden sollte, blieb unberücksichtigt.<sup>2114</sup>

Dass sich die DS-GVO also in Bezug auf eine vom Telemedienanbieter zu gewährleistende anonyme oder pseudonymisierte Telemediennutzung nicht verhält, kann demgemäß nicht als planwidrig, sondern nur als bewusste Entscheidung des Normgebers verstanden werden. Dies unterstreichen auch die Regelungen aus Art. 25 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a) DS-GVO, die Pseudonymisierungen bloß als eine der möglichen geeigneten Maßnahmen der Dienstbetreiber zur Datenminimierung oder für eine sichere Datenverarbeitung aufführen. Ob die Dienstbetreiber

<sup>2110</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Dezember 1982, – C-314/81 –, curia, Rn. 15 – Waterkeyn; BVerfGE 129, 78, 97 Rn. 81 – Le Corbusier.

<sup>2111</sup> So BT-Drs. 19/27441, S. 37; Moos, in: Taeger/Gabel, DS-GVO – BDSG – TTDSG, TTDSG, § 19 Rn. 12.

<sup>2112</sup> Zur Vereinbarkeit mit der DS-GVO, vgl. OLG München MMR 2021, 245, 247, Rn. 49 ff.

<sup>2113</sup> Deutsche Delegation, 2012/0011(COD), 14705/14, S. 5, S. 10.

<sup>2114</sup> Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, Datenschutzrechtliche Kernpunkte für die Trilogverhandlungen zur Datenschutz-Grundverordnung, S. 15 f. Nr. 14.

von ihr Gebrauch machen, liegt vielmehr in ihrem Belieben. Nach alledem hat der europäische Gesetzgeber die Telemedienanbieter nicht verpflichten wollen, eine anonyme oder pseudonymisierte Telemediennutzung zu gewährleisten.<sup>2115</sup>

Eine Klarnamensführungspflicht der Nutzer wäre mithin mit der DS-GVO vereinbar.

bb) Vereinbarkeit mit den Grundrechten

- (i) Eingriff in die Schutzbereiche des Allgemeine Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der Meinungsfreiheit der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG)

Die Klarnamensführungspflicht bildete einen klassischen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, da sie unmittelbar und zweckgerichtet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigte.<sup>2116</sup> Dieses gewährleistet es dem Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.<sup>2117</sup> Durch die Klarnamensführungspflicht wäre der Einzelne verpflichtet, während der Nutzung eines sozialen Netzwerks oder Videosharing-Dienstes seinen Namen offen zu führen und gegenüber jedem anderen Nutzer preiszugeben.

Zusätzlich stellte die Pflicht einen klassischen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzer dar. Diese schützt die Wahl der Modalitäten für die eigene Äußerung, etwa die Entscheidung, ob man eine Aussage anonym abgeben will.<sup>2118</sup> Eine gesetzliche Klarnamensführungspflicht schlosse diese Entscheidung und damit auch die Meinungsäußerung in den Diensten final und unmittelbar aus, da Äußerungen nur unter dem Klarnamen erfolgen dürften.<sup>2119</sup>

- (ii) Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste (Art. 12 Abs. 1 GG)

Da die Klarnamensführungspflicht eine berufsneutrale Zwecksetzung verfolgte, handelte es sich bei ihr allenfalls um eine Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz.<sup>2120</sup> Damit sie also einen Eingriff darstellte, müsste sie sich unmittelbar

<sup>2115</sup> So auch OLG München MMR 2021, 245, 247 f., Rn. 51 ff.

<sup>2116</sup> Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung siehe grundlegend BVerfGE 65, 1, 42 f. – Volkszählung.

<sup>2117</sup> Siehe Abschnitt „Eingriff in die Schutzbereiche des Allgemeine Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der Meinungsfreiheit der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG)“ unter Punkt G. III. 5. a) bb) (i).

<sup>2118</sup> Siehe Abschnitt „Form sowie Art und Weise der Präsentation: „Wort, Schrift und Bild“ unter Punkt C. III. 2. a) bb).

<sup>2119</sup> So wohl auch *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 86 m. w. N.

<sup>2120</sup> Vgl. zur subjektiv berufsregelnden Tendenz BVerfGE 97, 228, 254 – Kurzberichterstattung; 95, 267, 302 – Altschulden.

auf die berufliche Tätigkeit auswirken oder in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht sein.<sup>2121</sup> Die berufliche Kerntätigkeit der Dienstbetreiber, die Vermittlungsleistung, wäre durch die Pflicht nicht betroffen. Die mittelbare Folge der Pflicht läge bloß darin, dass die Anbieter sicherstellen müssten, dass die Nutzer ihre Klarnamen bei Dienstonutzung verwenden können. Bereits die Ausrichtung der Dienste, das Verbreiten von Inhalten durch Nutzer samt bestimmter Nutzerinteraktion, verlangt, dass Nutzer ein Erkennbarkeitsmerkmal, etwa einen Namen oder ein Pseudonym, benötigen. Insoweit zeitigt die bloß nutzerseitige Klarnamenspflicht keine mittelbaren, gewichtigen, sondern bloß reflexartige Auswirkungen. Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit liegt daher nicht vor.<sup>2122</sup>

### (iii) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die Eingriffe wären verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Ausformung dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt entspricht und verhältnismäßig ist, mithin einen legitimen Zweck anstrebt und hierzu geeignet, erforderlich und angemessen ist.

#### (1) Allgemeines Gesetz und legitimer Zweck

Da auch ein Eingriff in die Meinungsfreiheit vorliegt, muss die Pflicht den qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG erfüllen. Die Klarnamensführungspflicht ließe sich als allgemeines Gesetz<sup>2123</sup> verfassen, da sie keine Meinung als solche verbietet, sondern losgelöst von ihrem Inhalt an ihre Begleitumstände, ihre Modalität in Form der Namensnennung, anknüpft, aber dem herausgehobenen Interesse des verbesserten Rechtsschutzes in Bezug auf die durch die anonyme Äußerungsmöglichkeit gefährdeten Rechtspositionen dient.

#### (2) Geeignetheit der Klarnamenspflicht im Außenverhältnis

Die Pflicht zum Führen des Klarnamens bei der Verbreitung von Inhalten wäre geeignet, wenn sie diesen legitimen Zweck fördern könnte.<sup>2124</sup> Eine solche Pflicht erscheint zumindest nicht offensichtlich untauglich, präventiv dem Anreiz der Verbreitung verletzender Äußerungen – auch „Fake News“ –, der derweil aufgrund der gewährleisteten Anonymität noch gesteigert besteht, entgegenzuwirken und gleichzeitig das Vertrauen in die Online-Kommunikation und die nachträgliche Rechtsdurchsetzung zu stärken; die Pflicht ist geeignet.

<sup>2121</sup> BVerfGE 111, 191, 213 – Notarkassen; 98, 83, 97 – Landesrechtliche Abfallabgabe; 37, 1, 17 – Weinwirtschaftsabgabe.

<sup>2122</sup> Siehe dagegen die Konstellation in BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 36 f.

<sup>2123</sup> Zu den Voraussetzungen, vgl. Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>2124</sup> Vgl. BVerfGE 115, 276, 308 – Sportwetten; 103, 293, 307 – Urlaubsanrechnung; 96, 10, 23 – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; 67, 157, 175 – G 10; 63, 88, 115 – Versorgungsausgleich II.

## (3) Erforderlichkeit der Klarnamenspflicht im Außenverhältnis

Die Klarnamenführungspflicht wäre erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel vorhanden wäre, um den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>2125</sup> Sie bildete eine sehr eingriffsintensive Maßnahme, da jeder Nutzer unter seinem echten Namen permanent erkennbar und unter Umständen identifizierbar wäre und damit sowohl sein Recht, über die Preisgabe von persönlichen Daten selbst zu bestimmen, als auch sein Recht, über die Modalitäten der Aussage zu befinden, dauerhaft ausgeschlossen würden. Dies könnte zu „chilling effects“ bis hin zur vollständigen „Selbstzensur“ führen, weil ein Äußernder soziale Repressalien aus Gründen seiner möglichen Erkennbarkeit befürchten könnte.<sup>2126</sup> Diese Abschreckungseffekte könnten sich auf alle zur Äußerung bereiten Nutzer der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste auswirken und damit verheerende Folgen für die gesellschaftliche Meinungsbildung haben. Die Pflicht erfasst vor allem nicht bloß diejenigen, die anonym Missbrauch treiben, sondern gerade auch Nutzer, die tatsächlich am zulässigen Meinungskampf teilnehmen möchten, es sich aber nicht unter ihrem Klarnamen zutrauen.<sup>2127</sup>

Eine solch stark präventiv wirkende Pflicht stellte im Vergleich zu den bestehenden retrospektiv wirkenden zivil- und strafrechtlichen Mechanismen weder das mildeste Mittel dar, noch wies sie überhaupt eine diesen Mitteln vergleichbare Eignung auf. Die erst im Nachgang an eine rechtswidrige Äußerung eingreifenden Mittel sind grundsätzlich deshalb milder als eine permanente Klarnamenführungspflicht, weil der einzelne Grundrechtsträger seine Aussage erst einmal anonym treffen kann. Er unterliegt Beschränkungen nur im Falle der Beeinträchtigung von Gegenrechten und nicht schon im Vorhinein.

Dabei gehen auch von zivil- und strafrechtlichen Mechanismen präventive Wirkungen aus. Insbesondere die strafrechtlichen Sanktionen sind besonders empfindlich und eingriffsintensiv, so dass sie Auswirkungen auf die Äußerungsfreiheit haben können. Jedoch sind von ihnen nur diejenigen Personen betroffen, die unter dem Deckmantel der Meinungsfreiheit Gegenrechte verletzen wollen. Jedem bleibt es bis zu dieser Grenze überlassen, sich frei zu äußern. Die von ihnen ausgehenden Abschreckungseffekte für den Meinungskampf fallen folglich geringer aus, als bei einer pauschalen Klarnamenführungspflicht. Im Übrigen bestehen bereits mildere Mittel in Form von gesetzlichen Prüf- und Löschpflichten für Dienstbetreiber nach dem DSA, dem NetzDG und der allgemeinen Störerhaftung sowie in Form eines Auskunftsanspruches für Geschädigte nach § 21 Abs. 2 S. 1 u. 2 TTDSG zur Durchsetzung ihrer weiteren zivilrechtlichen Ansprüche als auch in Form einer möglichen auf das „Doppeltürenmodell“ gestützten Bestandsdatenauskunft für Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke der Strafverfolgung (Abrufbefugnis: § 100j StPO; Übermittlungsbefugnis: § 22 Abs. 1 und 3 Nr. 1 TTDSG). Soweit diesen

<sup>2125</sup> BVerfGE 90, 145, 172 – Cannabis; 77, 84, 109 – Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>2126</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 51 m. w. N.

<sup>2127</sup> Zur Eingriffsschwere ausführlich, vgl. ebd. Rn. 47 ff. m. w. N.



Bestandsauskünften Wirksamkeit dadurch verliehen wird, dass der Dienstbetreiber verpflichtet wird, die persönlichen Daten der Nutzer zu erheben und zu verifizieren, wäre dies milder, aber zugleich besser geeignet für eine effektivere Rechtsdurchsetzung im Internet als die Klarnamensführungspflicht. Ein Nutzer ist nämlich nicht immer anhand seines echten Namens unmittelbar identifizierbar. Hierzu bedarf es oft weiterer personenbezogener Daten. Die Klarnamensführungspflicht ist daher nicht erforderlich und nicht mit der Verfassung vereinbar.<sup>2128</sup>

*c) Ergebnis: Klarnamenspflicht (Real Name Statute)*

Eine Klarnamenspflicht kann grundrechtlich wirksam nur in Form einer Pflicht zur Erhebung und Verifizierung der personenbezogenen Nutzerdaten erfolgen, nicht hingegen in Form einer Klarnamensführungspflicht im Rahmen der Dienstnutzung.

## 6. „Uploadfilter“ und Filtersoftware

Ähnlich der Verpflichtung aus Art. 17 Abs. 4 lit. b) DSM-Richtlinie<sup>2129</sup> in Bezug auf Verstöße gegen das Urheberrecht, die der deutsche Gesetzgeber in § 7 UrhDaG<sup>2130</sup> umgesetzt hat, könnte der deutsche Gesetzgeber erwägen, soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste zu verpflichten, eine Filtersoftware zu verwenden. Diese könnte dazu dienen, dass desinformative oder rechtswidrige Inhalte – auch außerhalb des Urheberrechts<sup>2131</sup> – gar nicht erst veröffentlicht werden können (sog. „Uploadfilter“). Ein „Uploadfilter“ durchsucht Inhalte, die schon im Cache des Dienstes, aber noch nicht für andere Nutzer sichtbar sein müssen.<sup>2132</sup> Der Filter erkennt bestimmte Inhalte und löscht sie automatisch, ohne dass ein Mensch in diesem Prozess invol-

<sup>2128</sup> Siehe aber weitergehend zur Abwägung BGH, Urteil vom 27. Januar 2022, – III ZR 3/21 –, juris, Rn. 34 ff., Rn. 40 ff.; *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S. 75; *Kluge*, DSRITB 2016, S. 109 *e contrario*; *Kühling*, NJW 2015, S. 448; *B. Lorenz*, VuR 2014, S. 87; *Glaser*, NVwZ 2012, S. 1437; *Heckmann*, NJW 2012, S. 2632; *Bernreuther*, AfP 2011, S. 222 f.; *ders.*, K&R 2010, S. 688; *Wiese*, JZ 2011, S. 612 ff.; *Grevel/Schärdel*, MMR 2008, S. 648; *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, S. 406. Zusammenfassend *Kersten*, JuS 2017, S. 196 ff. Zur befürchteten Lähmung des Meinungsbildungsprozesses siehe auch BVerfGE 82, 272, 282 – Postmortale Schmähkritik. Siehe ferner BVerfGE 65, 1, 42 f. – Volkszählung.

<sup>2129</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130/92 vom 17. Mai 2019, berichtigt. ABl. L 259/86.

<sup>2130</sup> Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) vom 31. Mai 2021, BGBl. I S. 1204.

<sup>2131</sup> Siehe hierzu nur EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 26. April 2022, – C-401/19 –, curia, Rn. 54 ff.

<sup>2132</sup> *Heldt*, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, S. 398. Zur Funktionsweise von Uploadfiltern siehe *Rauel/Steinebach*, ZUM 2020, S. 358 ff.; *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, S. 365 f.

viert wäre.<sup>2133</sup> Es soll geprüft werden, ob ein solch verpflichtender Einsatz der Filter mit dem Unionsrecht (a)) und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (b)) vereinbar wäre.

*a) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht*

Zwar lässt Art. 16 Abs. 6 S. 2 DSA den – unterstützenden – Einsatz von Filtertechnik explizit zu, stellt dies aber in das Belieben der Vermittlungsdienste. Zweifelhaft erscheint insoweit schon, ob der nationale Gesetzgeber überhaupt noch eine Pflicht festlegen kann, da der Einsatz von Filtertechnik einerseits in dem Kontext des Beschwerdemanagements (Art. 16 DSA) steht und mithin in den vollharmonisierten koordinierten Bereich des DSA fällt, von dem die nationalen Gesetzgeber nur abweichen dürfen, wenn eine Öffnungsklausel dies vorsieht, vgl. Art. 1 Abs. 2 DSA und Erwägungsgründe 4 und 9 DSA.<sup>2134</sup> Eine solche ist vorliegend aber weder ersichtlich noch vom europäischen Normgeber gewollt. Vielmehr verstieße die Pflicht, „Filtersoftware“ unterstützend einzusetzen, gegen die allgemeine Regelung aus Art. 8 DSA (noch/vorher: Art. 15 Abs. 1 ECRL, Art. 89 DSA; Art. 93 Abs. 2 DSA), nach dem Telemedienbetreiber nicht zur aktiven Kontrolle von Inhalten Dritter verpflichtet werden dürfen. Ausnahmen sind nicht vorgesehen. Ein deutsches Gesetz, das zur Verwendung einer derartigen Software zum präventiven Unterdrücken rechtswidriger Inhalte verpflichtete, wäre daher nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.<sup>2135</sup>

Dem steht auch nicht die Entscheidung des EuGH in Bezug auf Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie<sup>2136</sup> entgegen, mit der er das Erfordernis des Einsatzes von Filtertechnik zur Vermeidung des Uploads von urheberrechtswidrigen Inhalten gebilligt hat.<sup>2137</sup> Zwar unterfällt ein Vorgehen gegen illegale Inhalte grundsätzlich dem koordinierten Bereich des DSA, vgl. Art. 1 Abs. 2 DSA. Jedoch bleiben bestimmte unionsrechtliche Vorgaben wie die DSM-Richtlinie<sup>2138</sup> vom DSA unberührt, vgl.

<sup>2133</sup> Heldt, ebd.

<sup>2134</sup> Siehe Abschnitt „Verhältnis des DSA zu anderen nationalen Regelungen“ unter Punkt F. I. 1.

<sup>2135</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2019, – C-18/18 –, curia, Rn. 34 ff. – Glawischnig-Piesczek ./ Facebook Ireland Limited. Anders offenbar KOM (2018) 1177 final, Erwägungsgründe 24, 36.

<sup>2136</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130/92 vom 17. Mai 2019, berichtigt. ABl. L 259/86.

<sup>2137</sup> Siehe nur EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 26. April 2022, – C-401/19 –, curia, Rn. 54 ff.

<sup>2138</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130/92 vom 17. Mai 2019, berichtigt. ABl. L 259/86.

Art. 2 Abs. 4 lit. b) DSA. Deshalb durfte der europäische Gesetzgeber den Einsatz von Filtertechnik allein zum Schutz des Urheberrechts mit Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie<sup>2139</sup> vorgeben<sup>2140</sup>; im Übrigen steht aber Art. 8 DSA entgegen.

*b) Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG*

aa) Vereinbarkeit mit dem Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG

Neben dem durch den Berufsbezug der Pflicht geprägten klassischen Eingriff in die Berufsfreiheit der Dienstbetreiber, ergibt sich aus den Folgen dieser Verpflichtung vor allem ein moderner Eingriff in die Kommunikationsfreiheiten der Nutzer. Deshalb ist die Pflicht auch an der Schranken-Schranke des Zensurverbotes aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG zu messen. Ungeachtet aller sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit einer solchen Pflicht kann sie schon nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn sie zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Vorzensur führte.

Der oben geschilderte Einsatz solcher „Uploadfilter“ führt zu einer Präventivzensur von Inhalten, so dass das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG sachlich tangiert ist. Jedoch setzt die Vorzensur in persönlicher Hinsicht grundsätzlich ein staatliches Handeln voraus.<sup>2141</sup> Der Einsatz dieser Filtertechnik erfolgte aber unmittelbar durch den privaten Dienstbetreiber. Deshalb ist zu klären, ob das Zensurverbot auch durch privates Handeln ausgelöst wird.

Ein Vorablöschen könnte vielmehr auch der privatautonomen Gestaltungsmacht der Privaten unterfallen.<sup>2142</sup> Dies kann allerdings nur insoweit der Fall sein, wie die Nutzer in die Kontrolle und Filterung eingewilligt haben.<sup>2143</sup> Wären Private mit maßgeblichem Einfluss auf die Kommunikation dagegen nicht auch vom Zensurverbot adressiert, wäre der freie Diskurs gefährdet.<sup>2144</sup> Diese Annahme ist in Zeiten von den für die Kommunikation unumgänglichen sozialen Netzwerken als privaten, offenen Kommunikationsforen nicht zu überschätzen. Der Schutzzweck des Verbots soll gerade Präventivkontrollen von Meinungsäußerungen ausschließen.<sup>2145</sup> Dabei darf es keinen Unterschied machen, ob der Staat oder ein Privater eine Äußerung vor ihrer Veröffentlichung überprüft und beim Vorliegen eines bestimmten Inhalts verbietet.<sup>2146</sup> Denn die Gefahren für die freie Meinungsbildung sind dieselben. Daran ändert auch nichts, dass die Intermediäre grundsätzlich Entscheidungen über

<sup>2139</sup> Ebd.

<sup>2140</sup> Zur Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit, siehe EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 26. April 2022, – C-401/19 –, curia, Rn. 54 ff.

<sup>2141</sup> Siehe schon den Abschnitt „Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG“ unter Punkt D. III. 2.

<sup>2142</sup> Vgl. hierzu auch *Grabenwarter*, in: Maunz/Herzog/Scholz, GG I (97. EL), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 867.

<sup>2143</sup> *Hoffmann-Riem*, in: in: Stein/Denninger/ders., AK, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95.

<sup>2144</sup> *Heldt*, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, S. 407 mit Hinweis auf *Löffler*, NJW 1969, S. 2227.

<sup>2145</sup> Ebd.

<sup>2146</sup> Anders aber *B. Holznagel*, ZUM 2020, S. 3 f.

vermittelte Inhalte fällen.<sup>2147</sup> Andernfalls könnte der Staat das Verbot der Vorzensur durch eine gesetzliche Verpflichtung der Privaten umgehen und sich „ins Privatrecht flüchten“.<sup>2148</sup> Auch der Einsatz von „Uploadfiltern“ durch Private stellt folglich verfassungswidrige Vorzensur i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG dar. Das gilt auch für einen sog. „Re-Uploadfilter“, der Inhalte erkennt und löscht, die beim ersten Upload als illegal markiert wurden.

#### bb) Im Übrigen: Unverhältnismäßigkeit

Im Übrigen muss bezweifelt werden, dass die algorithmisierten Filter überhaupt im Stande sind, den Sinn einer Äußerung korrekt zu erfassen.<sup>2149</sup> Selbst wenn der Gesetzgeber also eine Pflicht zum Bereithalten von „Uploadfiltern“ technisch dergestalt anordnete, dass sie erst nach der Veröffentlichung eingriffe und daher das Zensurverbot nicht beträfe, verstieße sie gegen die Meinungsfreiheit, da das Programm die für die rechtliche Bewertung maßgebende kontextbezogene Auslegung eines Inhalts nicht vornehmen kann.<sup>2150</sup> Sie ist daher nicht im Stande der Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit im Rahmen einer erforderlichen Grundrechtsabwägung hinreichend Rechnung zu tragen.<sup>2151</sup> Schon deshalb ist eine Letztentscheidung durch „Filtersoftware“ verfassungsrechtlich unzulässig. Sie kann daher aus kommunikationsfreiheitsrechtlicher Perspektive nur unterstützend dazu verwendet werden, veröffentlichte rechtswidrige Inhalte aufzufinden und die Löscheentscheidung einer natürlichen Person vorzubereiten.<sup>2152</sup> Die „Filtersoftware“ könnte insoweit das Äquivalent zu den angesprochenen „Faktenprüf-Bots“ darstellen, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird.<sup>2153</sup>

Ein solches Filtern wäre deshalb effizient, da die Gefahr besteht, dass Inhalte nicht zuletzt aufgrund der relativ non-permeablen präferenzbasierten Filterblasen nur bestimmten Nutzerkreisen angezeigt und in der Folge nicht über die von den sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten sowohl nach dem NetzDG als auch dem DSA vorzuhaltenden Meldewegen gemeldet werden. Andere Teile der Gesellschaft kommen mit ihnen schließlich nicht oder nur selten in Berührung.

<sup>2147</sup> Anders offenbar *Eifert*, NJW 2017, S. 1451.

<sup>2148</sup> Vgl. schon BVerfGE 128, 226, 244, 248, 257 – Fraport. So auch *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, S. 371.

<sup>2149</sup> Vgl. *Klass*, ZUM 2020, S. 354 f. m. w. N.; *Skupin*, ZUM 2020, S. 515 f. Vgl. schon die übertragbaren Ausführungen in Abschnitt „Einsatz von „Fakten-Check-Bots“ unter Punkt G. III. 2. a) aa) (ii).

<sup>2150</sup> Zur unterschiedlichen Einsatzweise von Uploadfiltern siehe *Rauel/Steinebach*, ZUM 2020, S. 358 ff.

<sup>2151</sup> *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, S. 2529.

<sup>2152</sup> Siehe Abschnitt „Einsatz von „Fakten-Check-Bots“ unter Punkt G. III. 2. a) aa) (ii). Vgl. *Skupin*, ZUM 2020, S. 516 m. w. N. Anders offenbar KOM (2018) 1177 final, Erwägungsgründe 24 f., 36 f., Kapitel II Nr. 18, Kapitel III Nr. 36 f.

<sup>2153</sup> Siehe Abschnitt „Einsatz von „Fakten-Check-Bots“ unter Punkt G. III. 2. a) aa) (ii).

Anders liegt es hingegen beim gesetzlich angeordneten Einsatz von „Upload-filter“-Technik zum Schutz des geistigen Eigentums. Da das Eigentum im Vergleich zu anderen Grundrechten einfach-gesetzlich klar ausgestaltet ist, ist es Algorithmen möglich, Verstöße mit hoher Wahrscheinlichkeit in grundrechtskonformer Weise zu erkennen.<sup>2154</sup> Denn das Urheberrecht gibt seinem Inhaber ein ausschließliches Recht an seinem Werk und damit ein monopolartiges Recht, dieses zu nutzen. Filter müssen daher grundsätzlich bloß das Werk und dessen Verwertung abgleichen. Bei einer Verletzung von Verwertungsrechten muss – anders als im Rahmen der juristischen Beurteilung einer Äußerung – nur in eng umgrenzten Ausnahmetatbeständen eine Grundrechtsabwägung erfolgen.<sup>2155</sup> Insoweit lässt sich das Prüfprogramm auf urheberrechtliche Verstöße auf vergleichbar einfache Weise in einen Algorithmus einbetten.<sup>2156</sup>

Unter dieser Prämisse hat der EuGH im Jahr 2022 den von Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie<sup>2157</sup> vorgegebenen Filtereinsatz zur Vermeidung des Uploads urheberrechtswidriger Inhalte für zulässig erklärt.<sup>2158</sup> Dabei hat der EuGH zugestanden, dass eine derartige Verpflichtung einen Eingriff in die Äußerungs- und Informationsfreiheit der Nutzer aus Art. 11 GrCh darstellt, der jedoch gerechtfertigt sei, da Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie<sup>2159</sup> angemessene Vorkehrungen zum Schutz der Äußerungsfreiheit treffe.<sup>2160</sup> Eine der zentralen Voraussetzungen dafür, dass ein Inhalt gar nicht erst zugänglich gemacht wird, ist gem. Art. 17 Abs. 4 lit. b) und c) DSM-Richtlinie<sup>2161</sup> etwa, dass der betreffende Rechteinhaber den sozialen Netzwerken oder Videosharing-Diensten die einschlägigen und notwendigen Informationen über die fraglichen Inhalte im Vorhinein übermittelt.<sup>2162</sup> Eine entsprechende Möglichkeit hat aber der in seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch eine vermeintlich rechtswidrige Aussage betroffene Nutzer im Vorhinein schon gar nicht. Auch bei vermeintlich unwahren Tatsachenaussagen, die ein Algorithmus noch erkennen könnte, lässt sich nicht

<sup>2154</sup> Vgl. *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, S. 2527.

<sup>2155</sup> Vgl. ebd. m. w. N.

<sup>2156</sup> Vgl. ebd., S. 2528 m. w. N.

<sup>2157</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130/92 vom 17. Mai 2019, berichtigt. ABl. L 259/86.

<sup>2158</sup> Siehe nur EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 26. April 2022, – C-401/19 –, curia, Rn. 54 ff.

<sup>2159</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130/92 vom 17. Mai 2019, berichtigt. ABl. L 259/86.

<sup>2160</sup> Vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 26. April 2022, – C-401/19 –, curia, Rn. 67 ff.

<sup>2161</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130/92 vom 17. Mai 2019, berichtigt. ABl. L 259/86.

<sup>2162</sup> Vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 26. April 2022, – C-401/19 –, curia, Rn. 89.

ausschließen, dass der Äußernde beispielsweise das Stilmittel der Ironie verwendet hat. Es bedarf für die juristische Bewertung einer Äußerung daher stets einer kontextbezogenen Auslegung der Aussage und einer auf dieser Grundlage getroffenen Abwägung der widerstreitenden Interessen im konkreten Einzelfall, die ein Algorithmus nicht leisten kann. Insoweit lassen sich die zentralen Voraussetzungen nicht auf das Prüfen von sonstig rechtswidrigen, nicht das Urheberrecht betreffenden Äußerungen übertragen. Eine entsprechend angeordnete gesetzliche Pflicht zum Einsatz von „Uploadfiltern“ hinsichtlich rechtswidriger Inhalte, die nicht das Urheberrecht betreffen, wäre nicht mit der Meinungsfreiheit vereinbar.

*c) Ergebnis: „Uploadfilter“ und Filtersoftware*

Eine gesetzliche Verpflichtung zum Einsatz von „Uploadfiltern“ und sonstiger Filtersoftware zur Löschung von rechtswidrigen Äußerungsinhalten vor ihrer Veröffentlichung – außerhalb des Urheberrechts – wäre weder unions- noch grundrechtskonform.

## **7. Ergebnis: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten**

Die legislativen unions- und grundrechtskonformen Optionen zur Abstützung einer pluralen, unverzerrten, desinformationsfreien Meinungsbildung im Zusammenhang mit der Online-Kommunikation in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten sind vielfältig.

Hierzu gehört vor allem die Ausstattung unabhängiger Fakten-Check-Agenturen mit Zugangs-, eng umgrenzten Kennzeichnungs- und Auskunftsrechten, damit diese mit ihren Faktenprüfungen dazu beitragen können, die Wirkung von Desinformation und damit auch ihren Verbreitungsgrad schnell und effizient zu senken. Die Dienste sollten dazu verpflichtet werden, Nutzer, die desinformative Inhalte vor ihrer Kennzeichnung rezipiert haben, über die nachträgliche Kennzeichnung sowie über ggf. durchgesetzte Richtigstellungen oder *Dementis* in Kenntnis zu setzen.

Weiter sollte der Gesetzgeber die – nicht vorbehaltlosen – Ansprüche des Dienstnutzers auf Zugang und Veröffentlichung ebenso wie die Maßstäbe zum Entwerfen von und zum Löschen von Inhalten nach Gemeinschaftstandards gesetzlich festlegen, um den Diensten die Optionen einer zulässigen Selbstregulierung – auch im Zusammenhang mit „Fake News“ – aufzuzeigen.

Zudem sollte der Gesetzgeber die Durchsetzbarkeit des Auskunftsanspruchs der Geschädigten aus § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG verbessern, indem er eine „Klarnamenspflicht“ für das Innenverhältnis zwischen Dienstbetreiber und Nutzer statuiert, nach der der Dienstbetreiber die persönlichen Daten des Nutzers erheben und verifizieren muss.

Obgleich diese Regulierungsoptionen nicht unmittelbar an der Verbreitung von Desinformation anknüpfen, sondern ganz allgemein die freie Meinungsbildung zu stärken bestimmt sind, beugen sie der unmittelbaren Verbreitung und Verfestigung von Desinformation vor und bilden so einen essentiellen Bestandteil im Kampf gegen „Fake News“.

#### **IV. Ergebnis: Maßnahmenvorschläge und Regulierungsinstrumente der Verbreitung von „Fake News“ in der Online-Kommunikation *de lege ferenda***

Aufgrund der Vielzahl möglicher gesetzlicher Änderungen und Neuerungen ergibt sich die Problemlösung aus einem kleinteiligen Mosaik. Der Gesetzgeber wird sich ihr schrittweise nähern müssen. Die in dieser Ausarbeitung dargestellten Möglichkeiten werden das Phänomen der „Fake News“ nicht vollständig bereinigen. Statt oder neben den hier aufgezeigten Handlungsvorschlägen bleiben jedenfalls andere Lösungsmechanismen möglich.



## **H. Fazit und Ausblick**

Die Betrachtung schließt mit den folgenden Erkenntnissen.

### **I. „Fake News“ in der Online-Kommunikation**

Das anonyme „Mitmach-Web“ ist für die Kommunikation gewissermaßen ein Da-naergeschenk: Einerseits ermöglicht es ein müheloses Äußern im ubiquitären Internet. Andererseits erschwert die daraus resultierende Angebotsfülle eine angemessene Würdigung der Inhalte durch die Rezipienten erheblich. In Bezug auf die Informationsentnahme erweist sich das Internet daher als zweischneidiges Schwert. Dieses den Rezipienten überfrachtende Informationsangebot im Internet strukturieren die Intermediärdienste, speziell soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste, indem sie für den Konsumenten relevante Inhalte selektieren und präsentieren. Sie sind einerseits ein zur Informationsaufnahme wesentliches Hilfsmittel, können andererseits durch eben diese Selektion aber auch stark auf die Meinungsbildung einwirken.

Über die Strukturen der Intermediäre verbreiten Nutzer teils „Fake News“. Darunter ist die Verbreitung von Gedankeninhalten in der Absicht zu verstehen, mit ihnen unmittelbar, systematisch-manipulativ die Realität verzerren zu wollen. Ihre Kundgabe löst kognitionswissenschaftliche Effekte bei ihren Rezipienten aus: Der sog. „Primacy Effect“ führt dazu, dass der Rezipient einer plausibel erscheinenden

Desinformation bei seinem Erstkontakt Glauben schenkt und sich seine eigenen Wahrheiten bildet.<sup>2163</sup> Der sog. „Illusory Truth Effect“ verstärkt die Glaubhaftigkeit von falscher Information im Falle ihrer Wiederholung.<sup>2164</sup> Gerade die letztgenannte Folge lässt sich durch den Einsatz von aussagenverbreitenden, meinungsverstärkenden Programmen, den „Social Bots“, potenzieren. Erkennen Rezipienten nicht, dass es sich bei den – teils viral mittels der „Bots“ – verbreiteten Inhalten um „Fake News“ handelt, kann dies die Meinungsbildung auch in demokratischen Kontexten stark beeinträchtigen, was vor dem Hintergrund der auf einer freien Meinungsbildung aufbauenden freiheitlich-demokratischen Grundordnung jedenfalls nicht schutzwürdig sein kann.<sup>2165</sup>

## II. Kommunikationsgrundrechte dienen der Meinungsbildung, sind aber keine „dienenden Freiheiten“

Demgegenüber liegt der Schutzzweck der Kommunikationsgrundrechte als maßgebliche Grundlage der materiellen Schutzbereichsbestimmung in der (inhalts- und zweck-)freien Selbstentfaltung des Einzelnen in und durch Kommunikation.<sup>2166</sup> Dabei ist Kommunikation grundsätzlich darauf angelegt, Meinungsbildung zu betreiben. Dieser Wirkungszusammenhang darf trotz der positiven, konstituierenden Effekte, die Kommunikation auch im demokratischen Kontext aufweist, nicht zur Voraussetzung der Eröffnung des sachlichen Schutzbereiches gemacht werden. Müsste Kommunikation stets der Demokratie oder einer bestimmten Form von Meinungsbildung dienen, würde der Kommunikationsschutz an inhaltliche und zweckgebundene – außergrundrechtliche – Voraussetzungen geknüpft, die das den Grundrechten des Grundgesetzes immanente, negative Freiheitsverständnis in ein positives überformen würden.<sup>2167</sup> Die Grundfeste des kommunikationsgrundrechtlichen Schutzes wäre erschüttert. Denn Kommunikation erlangt ihren – selbstredend gewollten, aber eben nicht vorausgesetzten – demokratischen Wert erst dadurch, dass sie frei erfolgen kann.

Kommunikationsgrundrechte sind keine „dienenden Freiheiten“ in dem Sinne, dass sich ihre subjektiv-rechtliche Dimension der objektiv-rechtlichen beugen würde, sondern dass diese Grundrechte allesamt die im Zentrum des Kommunikationssystems stehende Meinungsfreiheit verstärken, die den Schutz von Meinungsäuße-

<sup>2163</sup> Siehe Abschnitt „Wirkungszusammenhang von Erstinformation und Meinungsbildung“ unter Punkt B. III. 2.

<sup>2164</sup> Siehe ebd.

<sup>2165</sup> Siehe Abschnitt „Bewusst und evident unwahre Tatsachenkundgabe“ unter Punkt D. III.1. e) bb) (i).

<sup>2166</sup> Siehe Abschnitt „Kommunikationsfreiheitsrechtliche Implikationen“ unter Punkt C. II. 2. a) bb).

<sup>2167</sup> Siehe ebd.

„dienenden Freiheiten“ umfasst.<sup>2168</sup> Bei den anders verstandenen „dienenden Freiheiten“ handelt es sich um ein mit dem Grundgesetz unvereinbares *Paradoxon*: Entweder verhilft ein Recht seinem Träger zu freiem Handeln und dient damit allein ihm und seiner Selbstverwirklichung, oder das Recht besteht bloß zweckgebunden und dient damit letztlich einem „unfreien“, nur an diesem Ziel ausgerichteten Handeln.<sup>2169</sup> Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes intendieren allein Ersteres.<sup>2170</sup> Die objektiv-rechtliche Dimension verpflichtet den Staat, die Wahrnehmung der kommunikativen Selbstentfaltung der Grundrechtsträger überhaupt erst zu ermöglichen. Das bedeutet im Zusammenhang mit Kommunikation, den Prozess weitgehend staatsfrei zu belassen und keine Meinungen abzuwerten.<sup>2171</sup> Einschränkungen, die nicht unmittelbar im grundrechtlichen Schutz selbst angelegt sind, in den Schutzbereich hineinzulesen, bewirkt aber genau das Gegenteil, hebt die in Art. 5 Abs. 2 GG angelegte meinungsneutrale Schrankendogmatik aus den Angeln und ist zum Erreichen des mit den Freiheitsrechten verbundenen Zwecks, der kommunikativen Selbstverwirklichung in und durch Kommunikation, kontraproduktiv.

Diese Grundsätze gelten für alle Kommunikationsgrundrechte und demgemäß auch für die Rundfunkfreiheit, auf die der Ursprung dieses missverstandenen „dienenden Freiheitsdogmas“ zurückgeht.<sup>2172</sup> Zwar stellt die Rundfunkfreiheit ein ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht dar. Jedoch betrifft das allein ihre institutionelle Ausgestaltung, nicht die Gestaltung ihres sachlichen subjektiv-rechtlichen Schutzes. Selbst institutionelle Einschränkungen müssen sich am Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG messen lassen. Das mit dem Rundfunk zusammenhängende Gefahrenpotential ergibt sich aus seiner herausgehobenen Meinungsbildungsrelevanz, die auf seiner Suggestivkraft aufgrund seiner audiovisuellen Darbietung, seiner Breitenwirksamkeit und Authentizität basiert.<sup>2173</sup> Früher lag die Gefahr einseitiger Meinungsbeeinflussung vor allem in der aus der Frequenzknappheit resultierenden Sondersituation im Rundfunkwesen begründet. Sie erforderte eine Absicherung der freien Meinungsbildung.<sup>2174</sup> Letztere stellt dabei nicht eine in der Rundfunkfreiheit wurzelnde Voraussetzung dar, die erst zum Schutz von Rundfunkveranstaltungen führt. Die positive Ausübung der Rundfunkfreiheit führt bei den Rezipienten vielmehr unweigerlich zur Meinungsbildung, so dass der Gesetzgeber Letztere vor Gefahren über allgemeine Gesetze absichern muss. Dies hat er mit der Ausgestaltung der positiven Rundfunkordnung getan.

<sup>2168</sup> Siehe ebd.

<sup>2169</sup> Siehe Abschnitt „Übertragung der Grundsätze auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ unter Punkt C. II. 2. a) cc).

<sup>2170</sup> Siehe Abschnitt „Freiheitsrechtliche Implikationen des Grundgesetzes“ unter Punkt C. II. 2. a) aa).

<sup>2171</sup> Siehe Abschnitt „Kommunikationsfreiheitsrechtliche Implikationen“ unter Punkt C. II. 2. a) bb).

<sup>2172</sup> Siehe Abschnitt „Die „dienende Freiheit“ in der Rechtsprechung des B“ unter Punkt C. II. 2.

<sup>2173</sup> Siehe Abschnitt „Binnenpluraler Rundfunk“ unter Punkt C. II. 2. a) dd) (ii).

<sup>2174</sup> Siehe Abschnitt „Ausgangspunkt: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ unter Punkt C. II. 2. a).

Alles in allem dienen alle Kommunikationsgrundrechte der Meinungsbildung, ohne dabei auf eine „dienende Freiheit“ und etwaige Zweckmäßigkeitvoraussetzungen reduziert werden zu können.

### III. Der Schutz von „Fake News“ durch die Meinungsfreiheit: Ein Widerspruch in sich?

#### 1. Der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst die Desinformation

Speziell für die Meinungsäußerungsfreiheit und den Schutz von „Fake News“ bedeutet das Folgendes: Die Meinungsäußerung des Einen ist grundsätzlich auf Meinungsbildung der Rezipienten ausgerichtet. Insofern wundert *prima facie* auch die Herangehensweise des BVerfG nicht, den grammatikalisch nur auf Meinungsäußerungen angelegten Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG nur auf Grundlage des gemeinsamen Nenners eines Meinungsbildungsbeitrages über den Wortlaut hinaus auch auf andere Äußerungsformen zu erweitern.<sup>2175</sup> Die Frage nach einem Beitrag für die Meinungsbildung macht die Meinungsfreiheit noch nicht zu einem Zweckgrundrecht. Denn neben der Äußerung von Meinungen können grundsätzlich alle Kommunikationsweisen die Meinungsbildung von Dritten bezwecken.<sup>2176</sup> Insofern könnte man davon ausgehen, dass das BVerfG mit seiner „Beitragsformel“ eine Grundlage geschaffen hat, um das Grundrecht über den Wortlaut hinaus zweckmäßig auszulegen, um jede Aussage dem Schutz der Meinungsfreiheit zu unterstellen und auf diese Weise seinem vielrepetierten Ideal eines umfassenden Kommunikationsschutzes Vorschub zu leisten.

Allerdings birgt die Auslegung des BVerfG auch die Gefahr, den Schutz durch die Meinungsfreiheit über die selbstgesteckten Beitragsvoraussetzungen an einen dem negativen Freiheitsverständnis zuwiderlaufenden positiv-illiberalen Zweck zu knüpfen und sie damit zum Zweckgrundrecht werden zu lassen.<sup>2177</sup> Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass vermeintlich objektiven, bewusst oder evident unwahren Tatsachenaussagen keine meinungsbildende Eigenschaft zukommt.<sup>2178</sup> Diese Annahme belegt das BVerfG weder durch wissenschaftliche Nachweise, noch erklärt es sie. Im Rahmen der Subsumtion unter die Voraussetzungen seiner „Beitragsformel“ führt die Annahme aber dazu, dass ebendiesen bewusst oder

<sup>2175</sup> Siehe Abschnitt „Beitrag zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung“ unter Punkt C. III. 2. c) aa) (i) (1).

<sup>2176</sup> Siehe Abschnitt „Vereinfachtes Kommunikationsmodell“ unter Punkt C. II. 1.

<sup>2177</sup> Siehe Abschnitt „Die positiv-illiberale „Beitragsformel“ (Wahrheitsdoktrin)“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii).

<sup>2178</sup> Siehe Abschnitt „Die Wahrheitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts“ unter Punkt C. III. 2. c) bb) (i).

evident unwahren Tatsachenaussagen der Schutzbereich der Meinungsfreiheit nicht offensteht. Dabei sind gerade desinformative Aussagen wie die Lüge darauf angelegt, ihre Empfänger zu überzeugen, nur eben nicht in einer „guten“, anhand von Wahrheiten orientierten, gewünschten Manier. Auch wenn diese Annahme in der insgesamt sehr differenzierten Rechtsprechung des BVerfG in der Zeit von 1992 bis 2018 in bloß zwei Beschlüssen<sup>2179</sup> zum Tragen gekommen ist, kann sich das BVerfG in diesem Zusammenhang dem Vorwurf eines – zugegebenermaßen eng umgrenzten – zweckgebundenen Schutzbereichsverständnisses und einer gewissen Ergebnisorientiertheit zum Ausschluss von Desinformation nicht erwehren.

Das zweckgebundene Verständnis von „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung zeigt sich aber vor allem auch darin, dass das BVerfG fahrlässiger Falschinformation (sog. Missinformation) einen Beitrag zur Meinungsbildung zuerkennt, der Desinformation hingegen nicht.<sup>2180</sup> Ein verständiger Rezipient wird in die Meinungsbildung eintreten, unabhängig davon, ob er belogen oder ihm gegenüber bloß fahrlässig die Unwahrheit geäußert wurde: Bei einer Lüge erkennt der Rezipient entweder die Täuschung nicht, womit Meinungsbildung zur Sache stattfindet; erkennt er sie, kann er Gegenrede leisten und in den Diskurs eintreten oder sich seine Meinung über den Äußernden bilden.<sup>2181</sup> Freilich ist die Lüge moralisch beanstandenswert. Da das Grundgesetz nicht zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung differenziert, müsste das BVerfG grundsätzlich auch diesen Äußerungen einen Beitrag attestieren. Die „Beitragsformel“ des BVerfG ist samt seiner Anwendung und den hiermit kreierten, interessengeleitene Ergebnisse in Bezug auf Desinformation sowohl unter faktischen als auch unter normativen Gesichtspunkten inkonsistent.<sup>2182</sup> Im Ergebnis trifft der Vorwurf zu, dass das BVerfG mit seiner nicht vorbehaltlosen Wahrheitsdoktrin positive Voraussetzungen für den Grundrechtsschutz kreiert, wodurch – nur in dem engen Bereich und praktisch selten vorkommenden Fall objektiver, bewusst oder evident unwahrer Tatsachenaussagen – eine der grundgesetzlichen Dogmatik widersprechende positiv-illiberale Freiheit geschaffen wird.<sup>2183</sup> Ein solches Grundrechtsverständnis ist zwingend abzulehnen. Durch die Unterscheidung nach „guter“ Meinungsbildung ließen sich schlechterdings willkürliche Ergebnisse begründen.

<sup>2179</sup> Siehe Abschnitt „Ausnahmebeschlüsse zur Holocaust-Leugnung (1992 und 2018)“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (vi).

<sup>2180</sup> Siehe Abschnitt „Kein Beitrag für die Meinungsbildung? Das Verhältnis von Lüge und „guter“ Meinungsbildung“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (4) (a).

<sup>2181</sup> Siehe ebd.

<sup>2182</sup> Siehe Abschnitt „Kritik an der Konsistenz der „Beitragsformel“ und ihrer Ergebnisse“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (4).

<sup>2183</sup> Siehe Abschnitt „Vom subjektiv-liberalen Grundrecht zur „dienenden Freiheit“: Effektivität der Meinungsbildung“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (4) (c).

Widersprüchlich ist ferner, dass das BVerfG absurde, abwegige Meinungsäußerungen, die häufig auf Desinformationen fußen, völlig anstandslos dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterstellt, während es die Grundlage dieser Meinung, die ohne wertende Zusätze geäußerte Desinformation, nicht unter den Schutz von Art. 5 GG stellt.<sup>2184</sup>

Auch kann bei der Verbreitung bewusst und evident unwahrer Tatsachenbehauptungen nicht pauschal ein Ausschluss der Meinungsbildung angenommen werden, wie es bei der Anwendung außerargumentativer Druckmittel der Fall ist. Für Letztere ist ein Ausschluss aus dem Schutzbereich deshalb gerechtfertigt, weil der Handelnde gar nicht in den „geistigen“ Meinungskampf eintreten will, sondern vielmehr meinungsbeugenden Zwang ausübt und damit dem Grunde nach keine individuelle Äußerung vornimmt.<sup>2185</sup> Von der Desinformation kann zwar eine Art kognitiver Zwang ausgehen, schließlich sollen Meinungen beeinflusst werden. Dieser wirkt aber nicht meinungsbeugend wie die darauf zielenden nichtargumentativen Mittel. Die individuelle Meinungsbildung bleibt für den Rezipienten weiterhin frei modellierbar.<sup>2186</sup> Selbst exzessive Äußerungen wie Schmähungen oder Formalbeleidigungen unterstehen daher dem Schutz der Meinungsfreiheit. Aufgrund der aus einer Schmähkritik oder Formalbeleidigung – ihr ausnahmsweises Vorliegen ist hinreichend zu begründen – resultierenden Verletzung der persönlichen Ehre als Kern des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines Dritten bleibt bloß die Abwägung verschlossen; einem Ausschluss aus dem Schutzbereich kann das nicht gleichgesetzt werden.<sup>2187</sup> Vielmehr spricht dies weiter dafür, auch die – häufig – persönlichkeitsrechtsverletzende Desinformation dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu unterstellen. Desinformation und Diffamierungen überschneiden sich in der Praxis häufig.

Das Eröffnen des sachlichen Schutzbereiches der Meinungsfreiheit für „Fake News“ wird zwar in aller Regel zu identischen Ergebnissen wie ihr Ausschluss aus diesem führen. Jedoch hat der dogmatisch richtige Weg den Vorteil, dass die erst einmal dem Schutz der Kommunikationsgrundrechte unterstehende Äußerung nur über qualifizierte Schranken i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt werden kann und besondere Rechtfertigungsanforderungen an eine Einschränkung zu stellen sind. Die Folge des Karlsruher Verständnisses ist dagegen, dass der Schutz von Aussagen, die „keinen Beitrag zur Meinungsfreiheit leisten“, nur über die nahezu mit jeder Begründung einschränkbare und daher ein im Vergleich zu den Kommunikationsgrundrechten weit niedrigeres Schutzniveau bietende Allgemeine Handlungsfreiheit erfolgt. Die besonderen Beschränkungsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 GG wer-

<sup>2184</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zum Schutz absurder Meinungen“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (2)

<sup>2185</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Anwendung außerargumentativer Druckmittel“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (3).

<sup>2186</sup> Siehe ebd.

<sup>2187</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (4) und Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Formalbeleidigung“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (5).

den hierbei umgangen, obwohl die überwiegende Zahl desinformativer Aussagen auf Verletzungen der persönlichen Ehre abzielen – ein Gegenrecht, zu dessen Schutz Kommunikationsbeschränkungen über allgemeine Gesetze vorgenommen werden dürfen, wie der Schrankenvorbehalt selbst in Var. 3 ausdrücklich hervorhebt.

Um diese folgenschweren, dogmatischen Brüche zu vermeiden, muss die Meinungsfreiheit im Sinne einer dem angeborenen Mitteilungsbedürfnis des Menschen ausgerichteten Mitteilungsfreiheit verstanden werden. Denn nur dann, wenn eine Äußerung grundsätzlich in jeglicher Hinsicht frei und voraussetzungslos dem Kommunikationsschutz untersteht, kann sie einen angemessenen Beitrag in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung leisten.<sup>2188</sup> Hierdurch wird die evident richtige Annahme des BVerfG über den Wert der Kommunikation in einer freiheitlichen Demokratie noch verstärkt. Dass sich diese Freiheit auch gegen diese Ordnung richten kann, ist eine Frage der Einschränkung eines von einem Grundrecht geschützten Verhaltens, nicht aber seines Schutzbereiches. Die Aufnahme in den Schutzbereich bedeutet keinen absoluten Schutz. Im Gegenteil, es geht nicht darum, Lügen irgendeine Schutzwürdigkeit zuzusprechen. Einschränkungen – auch weitreichender Art – bleiben bei persönlichkeitschädigenden oder demokratiegefährdenden Aussagen daher auch im Rahmen des eingreifenden Kommunikationsschutzes grundsätzlich auf einfache Weise möglich, ohne aber die stark interesselenteten Maßstäbe anlegen und sich damit in Widerspruch zur grundsätzlichen Intention eines umfassenden Grundrechtsschutzes setzen zu müssen. Die Rechtsprechung des BVerfG selbst leistet anschaulich Zeugnis darüber, dass der Schutz widerstreitender verfassungsrechtlicher Interessen ebenso in angemessener Weise auf Abwägungsebene zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Meinungsfreiheit erzielt werden kann.<sup>2189</sup>

Im Ergebnis hat das BVerfG lediglich Holocaustleugnungen nicht dem Schutzbereich unterstellt, was sich ohne weiteres mit den Eigenheiten der deutschen Historie erklären lässt – es erscheint missbräuchlich, derartige menschenverachtende Lügen zu verbreiten.<sup>2190</sup> Solchen Aussagen unter grundrechtlichen Gesichtspunkten schon gar keine Bedeutung zukommen zu lassen, scheint zugegeben *prima facie* zu begrüßen. Schließlich stellt das Grundgesetz den Gegenentwurf zur Schreckens- und Willkürherrschaft im Dritten Reich samt seinen Gräueltaten dar.<sup>2191</sup> Gleichwohl bedarf es einer solch historisch bedingten Wertungsausnahme nicht, was sowohl die Spruchpraxis des BVerfG als auch der Ansatz des EGMR verdeutlicht: Würde das BVerfG die Aussage dem Meinungsfreiheitsschutz unterstellen, würde es im Rahmen der Abwägung dazu kommen, dass die Einschränkungen auch unter den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG regelmäßig zulässig sein werden, ob-

<sup>2188</sup> Vgl. nur Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Schmähkritik“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (4).

<sup>2189</sup> Vgl. nur ebd.

<sup>2190</sup> Siehe Abschnitt „Ausnahmebeschlüsse zur Holocaust-Leugnung (1992 und 2018)“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (vi).

<sup>2191</sup> Siehe ebd.



wohl grundsätzlich die höheren Voraussetzungen des Meinungsfreiheitsschutzes eingreifen. Der EGMR muss über Art. 10 Abs. 1 EMRK zwar ohnehin grundsätzlich jede Aussage und daher auch Tatsachenaussagen und Lügen dem Äußerungsschutz unterstellen.<sup>2192</sup> Er würdigt Missbräuche gegen Konventionswerte wie die Leugnung genannter Gräueltaten erst auf Abwägungsebene, obwohl die Missbrauchsklausel aus Art. 17 EMRK auch so verstanden werden könnte, dass sie Schutzbereichsausschlüsse zulässt.<sup>2193</sup> Diese Herangehensweise ermöglicht eine gewisse Flexibilität, verhindert willkürliche Schutzbereichsausschlüsse und entspricht dem individuellen Mitteilungsbedürfnis des Menschen. Im Ergebnis gelangen das BVerfG und der EGMR trotz verschiedener Methodik in Fällen wie der Holocaustleugnung zwar grundsätzlich zu gleichen Resultaten: Ihre Beschränkung ist grundsätzlich zulässig. Da der Ansatz des EGMR aber keine dogmatischen Brüche und Inkonsistenzen zur eigenen Rechtsprechung produziert, ist er vorzugswürdig.<sup>2194</sup>

Alles in allem muss daher grundsätzlich auch manipulierende, demokratiegefährdende Kommunikation vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit gedeckt sein. Hierzu gehört auch die Verbreitung von „Fake News“ und zwar unabhängig davon, ob sie von Wertungen durchzogen oder rein objektiv und wertfrei sind. Die Rechtsprechung des BVerfG überzeugt in diesem Zusammenhang nicht vollständig.

## 2. Der persönliche Schutzbereich erfasst nicht jeden Desinformationsverbreiter

Der persönliche Schutz der Kommunikationsgrundrechte besteht für natürliche und inländische juristische Personen des Privatrechts, nicht hingegen für inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts oder für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, sofern die überwiegenden Anteile von der öffentlichen Hand gehalten werden. Dies lässt sich auf die Durchgriffstheorie und die in der Rechtsprechung des BVerfG zu ihrer Korrektur dienende Theorie der grundrechtsgleichen Gefährdungslage zurückführen.<sup>2195</sup> Auch ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie ihre Staatsorgane können sich deshalb nicht auf (Kommunikations-) Grundrechte berufen.<sup>2196</sup>

Die in der jüngeren Zeit oft von fremden Staaten bewusst zur Verbreitung von Falschmeldungen eingesetzten privaten in- und ausländischen Medienunternehmen werden teils von diesen Staaten beherrscht oder sind von ihrer Finanzierung abhängig, wie die Medienunternehmen *RT Deutsch* und *Sputnik Deutschland* zeigen.

<sup>2192</sup> Siehe Abschnitt „Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte“ unter Punkt C. III. 2. c) aa) (iii).

<sup>2193</sup> Siehe Abschnitt „Art. 17 EMRK zwischen Nichtanwendungs- und Rechtfertigungsmodell“ unter Punkt C. III. 2. c) bb) (iii) (2).

<sup>2194</sup> Siehe Abschnitt „Gleichlauf mit Art. 10 Abs. 1 EMRK“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (v).

<sup>2195</sup> Siehe Abschnitt „Wesensmäßige Anwendbarkeit“ unter Punkt C. III. 1.b) aa).

<sup>2196</sup> Siehe Abschnitt „Fremde Staaten als ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts“ unter Punkt C. III. 1.b) aa).

Wie die letztgenannten Beispielen zeigen, werden diese inländischen juristischen Personen des Privatrechts, teils von ausländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts – in den Beispielen: von Russland – getragen.<sup>2197</sup>

Sofern diese juristischen Personen des Privatrechts ihr effektives Aktionszentrum zumindest innerhalb eines Mitgliedstaates der EU haben, greift aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des Allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) eine Anwendungserweiterung über den Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG hinaus ein.<sup>2198</sup> Gleichwohl scheidet bei ihnen die Grundrechtsberechtigung hinsichtlich der Kommunikationsfreiheiten grundsätzlich aus: Zwar hat das BVerfG in seiner *Atomausstieg*-Entscheidung ausnahmsweise positiv über die Grundrechtsberechtigung im Hinblick auf Art. 14 GG für eine inländische juristische Person des Privatrechts entschieden, die von einem EU-Staat – Schweden – getragen wird. Die für diese Annahme erforderliche Gefahr für eine unionsrechtlich gewährleistete Grundfreiheit, besteht in den hier in Rede stehenden, mit den Kommunikationsfreiheiten relevanten Fällen nicht.<sup>2199</sup> Im konkreten Fall lag eine Gefahr für die eng mit der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie zusammenhängende unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit der staatlich getragenen Muttergesellschaft vor, die sich wegen Art. 54 Abs. 2 AEUV auch persönlich auf die Freiheit berufen konnte. Ferner wäre der Anwendungsbereich für diese aus der Unionsrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes resultierenden Annahme für die Konstellationen von *Sputnik Deutschland* und *RT Deutsch* schon deshalb ausgeschlossen, weil Russland kein Mitgliedstaat ist.<sup>2200</sup>

## IV. „Fake News“ und Mediengrundrechte im Internet

### 1. „Fake News“ können vom sachlichen Schutz der Medienfreiheiten erfasst sein

Es bestehen keine Wahrheitspflichten, die den Schutzbereich der Medienfreiheiten bei der Verbreitung von „Fake News“ versperren. Zwar nutzt das BVerfG auch für diese Frage seine „Beitragsformel“, während der EGMR jegliche Inhalte dem Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK unterstellt und erst auf Abwägungsebene die konkrete Schutzwürdigkeit einer medialen Publikation insbesondere anhand der Belange des „*responsible journalism*“ würdigt.<sup>2201</sup> Damit unterstellt das BVerfG objektive, bewusst oder evident unwahre Tatsachenbehauptungen nicht dem Schutzmantel der Mediengrundrechte; der EGMR tut dies dagegen richtigerweise

<sup>2197</sup> Siehe ebd.

<sup>2198</sup> Siehe ebd.

<sup>2199</sup> Siehe ebd.

<sup>2200</sup> Siehe ebd.

<sup>2201</sup> Siehe Abschnitt „Wahrheitspflicht für Medien“ unter Punkt C. III. 3. c) aa).

schon.<sup>2202</sup> Geht man hingegen bei der grundgesetzlichen Meinungsfreiheit von einer Mitteilungsfreiheit<sup>2203</sup> aus, die dem Kommunikationssystem zentral zugrunde gelegt ist und die von den Medienfreiheiten verstärkt werden soll, kann sich schon zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nichts anderes ergeben als das bereits zur Meinungsfreiheit Gesagte: Der Schutz der Mediengrundrechte muss das Verbreiten von „Fake News“ erfassen.

Dabei erklärt das BVerfG selbst, dass auch Tatsachen aufgrund ihrer meinungsbildenden Funktion vom Medienfreiheitsschutz erfasst sind. Das BVerfG trennt an dieser Stelle wiederum zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung und legt damit Maßstäbe an, die nicht zwingend von der Verfassung vorgegeben sind.<sup>2204</sup> Es begründet über die von ihm in die Kommunikationsfreiheiten hineingedeutete Wahrheitsbindung – eng umgrenzt für den Fall der Verbreitung rein objektiv wahrheitswidriger Tatsachen – ein zweckgebundenes der freiheitsrechtlichen Dogmatik zuwiderlaufendes Schutzbereichsverständnis.<sup>2205</sup>

Zwar dient die Verwirklichung von mediengrundrechtlichem Verhalten schon von Verfassungen wegen der Meinungsbildung anderer Grundrechtsträger. Die institutionellen Mediengrundrechte stützen die Meinungsbildung durch journalistische Inhalte ab. Hierdurch wird ein gewisses Maß an Qualität gewährleistet. Dadurch weisen journalistische Inhalte eine (teils) erhöhte Breitenwirksamkeit und Suggestivkraft im Vergleich zu den von Laien verbreiteten Aussagen auf, womit die Gefahren der Verbreitung von Desinformation erhöht sind. Diese potentiellen Gefahren dürfen aber dennoch nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz allein auf eine „gute“, gewünschte Meinungsbildung reduziert wird.<sup>2206</sup> Dabei kann der außenplurale Online-Medienmarkt Desinformation eigenständig korrigieren, indem andere Marktteilnehmer überwiegend wahrheitsgemäße Inhalte verbreiten.<sup>2207</sup> Einschränkungen lassen sich weiterhin über die herkömmliche Schrankendogmatik rechtfertigen. Die konkreten Einzelfallumstände, etwa das Wahre eines konkret zu ermittelnden Sorgfaltsmaßstabes sowie die Wirkmacht des konkreten Inhalts und die widerstreitenden Interessen, lassen sich auf Rechtfertigungsebene flexibler berücksichtigen als im Schutzbereich. Wirkten sich Sorgfaltsmaßstäbe auf die Eröffnung des grundrechtlichen Schutzbereiches aus, drohten grundrechtsfreie Räume zu entstehen, was vor dem vom BVerfG proklamierten Idealziel des Schutzes eines

<sup>2202</sup> Siehe Abschnitt „Subsumtion der Verbreitung von „Fake News“ anhand der dargestellten Maßstäbe“ unter Punkt C. III. 3. c) bb).

<sup>2203</sup> Siehe Abschnitt „Ergebnis: Stellungnahme zum differenzierten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (vii).

<sup>2204</sup> Siehe Abschnitt „Vom subjektiv-liberalen Grundrecht zur „dienenden Freiheit“: Effektivität der Meinungsbildung“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (4) (c).

<sup>2205</sup> Siehe ebd.

<sup>2206</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum differierten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 3. c) cc).

<sup>2207</sup> Siehe ebd.

umfassenden Kommunikationsprozesses nicht intendiert sein kann.<sup>2208</sup> Die Eröffnung des Kommunikationsschutzes darf nicht an das Einhalten von Wahrheits- oder Sorgfaltspflichten geknüpft werden.

## **2. Nur journalistisch-redaktionelle Desinformationen unterfallen den Mediengrundrechten**

Das Internet ermöglicht es einem Jeden, nahezu voraussetzungslos Lese- oder audiovisuelle Inhalte öffentlich zu verbreiten und damit eine den Medien vergleichbar breitenwirksame „*One-to-Many*“-Kommunikation vorzunehmen.<sup>2209</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass jedem Internetnutzer bei der im Internet typischerweise öffentlichen Verbreitung von geschriebenen oder audiovisuellen Inhalten der institutionelle Schutz der Medienfreiheiten offen stünde. Für die Verbreitung von „Fake News“ gilt das auch dann, wenn man den Schutzbereich der Medienfreiheiten in sachlicher Hinsicht auf die Verbreitung von Desinformation erstreckt.<sup>2210</sup>

Im heutigen „Mitmach-Web“ ist die Inhaltsverbreitung grundsätzlich von der Meinungsfreiheit gedeckt, soweit es sich nicht um Inhalte mit journalistisch-redaktioneller Gestaltung handelt.<sup>2211</sup> In letzterem Fall greift der institutionelle Schutz der Medienfreiheiten ein, da derartige Angebote dem von Verfassungs wegen den Medien zuerkannten Auftrag einer auf Dauer angelegten Meinungsbildung nachkommen und daher mit den journalistischen Privilegien ausgestattet sein müssen. Betrachtete man dies anders, unterstünde jeder Privatblog und jedes *YouTube*-Video den Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>2212</sup>

## **3. Eine Internetfreiheit löst die grundrechtlichen Problemstellungen im Zeitalter der Medienkonvergenz nicht**

Für die Regulierung der Medien im Internet im Kampf gegen „Fake News“ relevant ist die Frage, unter welche Medienfreiheit die Verbreitung fällt. Eine bloß an der technischen Verbreitungsweise anknüpfende Differenzierung unterstellte jedes Medienangebot im Internet der Rundfunkfreiheit und liefe zwangsläufig auf die Funktionslosigkeit des Pressegrundrechts im Internet hinaus.<sup>2213</sup> In der Folge wären alle Medienangebote im Internet pauschal der positiven Rundfunkregulierung unterworfen, ohne dass die Realbedingungen des jeweiligen Internetmediums und

<sup>2208</sup> Siehe ebd.

<sup>2209</sup> Siehe Abschnitt „Rundfunk nach klassischer Definition unter Rationalitäten des Pressemarktes“ unter Punkt C. III. 3. b) aa).

<sup>2210</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum differierten Schutz von „Fake News“ unter Punkt C. III. 3. c) cc).

<sup>2211</sup> Siehe Abschnitt „Voraussetzungen des sachlichen Schutzes der Medienfreiheiten im Internet“ unter Punkt C. III. 3. b) ee).

<sup>2212</sup> Siehe ebd.

<sup>2213</sup> Siehe Abschnitt „Rundfunk nach klassischer Definition unter Rationalitäten des Pressemarktes“ unter Punkt C. III. 3. b) aa).

seine konkreten Gefahren für die Meinungsbildung berücksichtigt würden. Dieser konservierende Ansatz kann nicht überzeugen, wie auch das BVerfG in seinem *Recht auf Vergessen I*-Beschluss deutlich machte.<sup>2214</sup>

In tatsächlicher Hinsicht erschweren die zunehmenden Medienkonvergenzen im Internet die verfassungsrechtliche Einstufung eines Inhaltes als Presse- oder Rundfunkangebot weiter, weil Mediengattungen teilweise nicht mehr zu unterscheiden sind. Dennoch bedarf es keiner universellen, alle Internetmedien einheitlich behandelnden Internet(-dienste-)freiheit. Die für sie vorgeschlagene, am MStV orientierte Differenzierung führte dazu, dass lineare Internetangebote Rundfunk darstellten und alle anderen Dienste der Internetfreiheit unterfielen; die Pressefreiheit umfasste danach nur noch verkörperte Medien, folglich keine Internetangebote.<sup>2215</sup> Hierin offenbarten sich gleichfalls die Nachteile des zunächst progressiv anmutenden Ansatzes. Denn die Vorteile, die man sich auf Schutzbereichsebene mangels einer besonderer Differenzierungsnotwendigkeit noch erkaufte, büßte man spätestens bei der Wahl eines Regulierungsmodells – für den dieser Ansatz schlicht unbrauchbar ist – wieder ein.<sup>2216</sup> Dieser Ansatz liefe im Ergebnis auf dieselben Probleme hinaus wie die an der technischen Verbreitungswiese ansetzende Differenzierung, die alle Internetmedienangebote der Rundfunkfreiheit zuordnet. Denn im Ergebnis forcieren seine Befürworter die Ausgestaltungsbedürftigkeit des (Internet-)Grundrechtes, wie sie für die Rundfunkfreiheit gilt. Auf welcher Begebenheit und zu welchem Zweck das – allenfalls in institutioneller Hinsicht bestehende – Ausgestaltungserfordernis allerdings beruht, wirkt unklar und nur vom Ergebnis her abgeleitet. Es scheint dabei so, als sollte das längst als Relikt aus vergangenen Tagen geltende (Miss-)Verständnis von der „dienenden Freiheit“ in dieser Interpretation seinen zweiten Frühling erleben, um den sachlichen Schutz der Internetfreiheit einfach-gesetzlich zu verengen. Dabei unterliegt aber jede Einschränkung von kommunikativem Verhalten ungeachtet ihrer objektiv-institutionellen oder auch subjektiven Prägung den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG. Eine andere Betrachtung widerspräche der freiheitsrechtlichen Dogmatik und begründete ein positives Freiheitsverständnis.<sup>2217</sup> Genau wie bei der Konservierung der klassisch-technikbasierten Medienbegriffe<sup>2218</sup> stellt sich die allenfalls noch rhetorische Frage, ob es richtig sein kann, das gesamte Internet pauschal dem System des binnenpluralen Rundfunks zu unterwerfen. Die jeweiligen Kommunikationsbedingungen und Gefährdungslagen des konkreten

<sup>2214</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152, 193 f. Rn. 95 – Recht auf Vergessen I.

<sup>2215</sup> Siehe Abschnitt „Internetfreiheit und Medienfreiheiten im Internet“ unter Punkt C. III. 3. b).

<sup>2216</sup> Siehe Abschnitt „Internetfreiheit“ unter Punkt C. III. 3. b) bb).

<sup>2217</sup> Siehe Abschnitt „Verfassungsrechtliche Implikationen für die Medienregulierung: Subjektive Freiheitsrechte und institutionelle Komponente“ unter Punkt C. II. 2. a) dd).

<sup>2218</sup> Siehe Abschnitt „Begriffe der Medien“ unter Punkt C. III. 3. a).

Mediums bleiben in den Ansätzen unberücksichtigt.<sup>2219</sup> Das ist ein ungangbarer Weg, um die freie Meinungsbildung im Internet – wie von den Verfechtern dieser Konzepte proklamiert – ernstlich abzusichern.

Ein Bedürfnis für eine derartige neokonservative Internetfreiheit besteht deshalb nicht. Der Ansatz bringt im Zeitalter konvergierender Medien keinen Vorteil hinsichtlich der konkreten Abstützung der Meinungsbildung im Internet. Vielmehr legt er das Fundament dafür, das Internet zu einem Funktionsraum und Online-Medien zu bloßen Funktionsträgern umzubauen.

Der Schutz der Medienfreiheiten muss vielmehr technikneutral und entwicklungs offen bestimmt werden. Dies gelingt sowohl hinsichtlich ihres sachlichen Schutzes als auch ihrer jeweiligen Regulierung über eine Funktions- und Gefahrenbetrachtung.<sup>2220</sup> Wenn Medienfreiheiten auf die Meinungsbildung durch die Sicherstellung des Meinungspluralismus ausgerichtet sind, so muss anhand der kommunikativen Realbedingungen jeweils konkret hinterfragt werden, wie diese Funktion sichergestellt werden kann. Dabei fällt ins Auge, dass eine Abgrenzung der Medien sowohl der klassischen als auch der Internetmedien vor allem über ihr (schwerpunktmäßiges) Erscheinungsbild des jeweiligen Inhalts gelingt. Presse war bisweilen charakterisiert als ein Lese- und Standbildmedium, während der Rundfunk stets ein audiovisuelles Medium darstellte; dies kann im Internet nicht grundverschieden sein. An diese Eigentypizität knüpft sich die unterschiedliche Suggestivkraft und demgemäß auch das entsprechende Gefahrenpotential für die abzusichernde Meinungsbildung.<sup>2221</sup> Verschiedene Medientypen müssen grundsätzlich unterschiedlich reguliert werden. Lese- und Standbildmedien können im System der freien Marktwirtschaft, dem sie unterworfen sind, den Außenpluralismus hinreichend absichern und müssen aufgrund ihrer geringeren Suggestivkraft keiner besonderen staatlichen Regulierung unterworfen werden. Der ebenfalls den Meinungspluralismus fördernde Rundfunk ist aufgrund seiner besonderen Suggestivkraft einer positiven Ordnung und binnenpluralen Gremien unterworfen, um eine einseitige Meinungsbildung zu verhindern.<sup>2222</sup>

Für einformige Lese- oder audiovisuelle journalistisch-redaktionelle Internetinhalte ergibt sich folglich nur ein Annex zur klassischen Tätigkeit eines Mediums.<sup>2223</sup> Hybride, konvergierende Angebote sind anhand einer Schwerpunktbetrachtung einer der Freiheiten und Regulierungen zuzuordnen.<sup>2224</sup> Die bereits zu Zeiten der Entstehung des Grundgesetzes angelegte Konzeption von Lese- und audiovisuellen

<sup>2219</sup> Siehe Abschnitt „Rundfunk nach klassischer Definition unter Rationalitäten des Pressemarktes“ unter Punkt C. III. 3. b) aa).

<sup>2220</sup> Siehe Abschnitt „Abgrenzung der Medien im Konvergenzzeitalter: Funktions-/Gefahrenbetrachtung“ unter Punkt C. III. 3. b) dd).

<sup>2221</sup> Siehe ebd.

<sup>2222</sup> Siehe ebd. und Abschnitt „Verfassungsrechtliche Implikationen für die Medienregulierung: Subjektive Freiheitsrechte und institutionelle Komponente“ unter Punkt C. II. 2. a) dd).

<sup>2223</sup> Siehe Abschnitt „Abgrenzung bei einformigen Medien im Internet“ unter Punkt C. III. 3. b) dd) (i).

<sup>2224</sup> Siehe Abschnitt „Abgrenzung bei hybriden Medienformen“ unter Punkt C. III. 3. b) dd) (ii).

Medien hat damit auch im digitalen Zeitalter Bestand, muss aber per Auslegung stets an den Stand der neuen technischen Gegebenheiten angepasst werden. Gleichwohl bleibt nicht zuletzt aus Gründen der Berücksichtigung durch den regulierenden Gesetzgeber festzuhalten, dass im Internet aus verfassungsrechtlicher Perspektive neben dem Rundfunk auch eine elektronische Presse besteht. Da die (positive) Rundfunkregulierung nach einer anderen Logik funktioniert als die (negative) Presseregulierung, könnte der Gesetzgeber Rundfunkanbietern im Kampf gegen „Fake News“ etwa den §§ 26, 54 ff. MStV entsprechende Vielfaltsanforderungen aufgeben, wie er es gegenüber Presseanbietern nicht kann.<sup>2225</sup>

## V. Intermediärdienste können sich bei ihrer Vermittlung (grundsätzlich) nicht auf Kommunikationsgrundrechte berufen

Intermediärdienste vermitteln über ihre Algorithmen Gedankeninhalte von Personen an Dritte, wodurch der Inhalt breitenwirksam einer Vielzahl anderer Personen präsentiert wird.

Diese Vermittlungstätigkeit ist nicht durch die Medienfreiheiten geschützt. Intermediäre sind selbst kein Medium, das ein eigenständiges Informationsangebot begründet, sondern bilden mit ihrer Inhaltsvermittlung die Infrastruktur oder Hilfestellung für das Auffinden von Informationen.<sup>2226</sup> Ihre tragende Funktion als „Faktor der Meinungsbildung“ resultiert aus ihrer Stellung als „Gatekeeper“ der Informationswahrnehmung: Mit ihrer Reihung vermittelter Inhalte entscheiden sie darüber, welche Inhalte im fragmentierten Internet wahrgenommen werden.<sup>2227</sup> Allein diese Bedeutung macht ihr Angebot jedoch noch nicht selbst zu einer mit den institutionellen Vorzügen der Medienfreiheiten ausgestatteten Tätigkeit.<sup>2228</sup>

Die Inhaltsvermittlung ist in aller Regel auch nicht durch die Meinungsfreiheit, sondern von der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG geschützt.<sup>2229</sup> Zwar bringt der Betreiber durch das Programmieren des Such- und Auswahlalgorithmus ein ihm über die Kriterien der effektiven Kontrolle und die Grundsätze zur automatisierten Willenserklärung zurechenbares, sich in allen Vermittlungsleistungen wiederholendes Werturteil antizipiert zum Ausdruck, indem er die Vermittlungskriterien festlegt.<sup>2230</sup> Hierfür ist unerheblich, ob die Reihung von Inhalten

<sup>2225</sup> Vgl. Abschnitt „Abgrenzung der Medien im Konvergenzzeitalter: Funktions-/Gefahrenbetrachtung“ unter Punkt C. III. 3. b) dd).

<sup>2226</sup> Siehe Abschnitt „Medienfreiheiten, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG“ unter Punkt C. IV. 1. b) aa).

<sup>2227</sup> Siehe ebd.

<sup>2228</sup> Siehe ebd.

<sup>2229</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum Schutz des Vermittlungsaktes durch die Meinungsfreiheit“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (ii) (2).

<sup>2230</sup> Siehe Abschnitt „Kriterienkatalog für und gegen eine Zurechnung als antizipierte Aussage“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (i) (1).



auf rein objektiven Fakten, etwa dem *PageRank*-Verfahren, einer schon begrifflich subjektiven Relevanz eines Angebotes oder den Nutzerpräferenzen beruht. Denn all diese Kriterien gehen auf die Wertentscheidung des Intermediärdienstbetreibers zurück. Dem steht auch nicht entgegen, dass Vermittlungen auf Algorithmen, also mathematischen Rechenoperationen, basieren und damit eine gewisse Objektivität und Neutralität suggerieren.

Jedoch soll gerade diese Wertentscheidung gar nicht nach außen getragen werden. Diese den Algorithmen innewohnende Subjektivität kann daher nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Betreiber die Vermittlungskriterien der Algorithmen primär nach seinen wirtschaftlichen Interessen ausrichtet. Sein Geschäftsmodell ist es nicht, bei der Vermittlung eigene Meinungen zum Ausdruck zu bringen, sondern primär, die potentiellen Interessen seiner Nutzer möglichst weitgehend zu befriedigen.<sup>2231</sup> Hierbei handelt er vor allem im Rahmen seiner Berufsausübung. Das ist für den Rezipienten nach dem objektiven Empfängerhorizont erkennbar. Dieser praktische Regelfall kann nur anders beurteilt werden, wenn der Intermediär sich bestimmte Aussagen zu eigen macht oder nur noch bestimmte Meinungen verbreiten will.<sup>2232</sup>

Beurteilt man dies anders und ließe die den Algorithmen innewohnenden Subjektivität ausreichen und unterstellte die Vermittlungstätigkeit in der Folge der Meinungsfreiheit, ergäbe sich für den Schutz von „Fake News“ das folgende Paradoxon: Während die Desinformationsvermittlung eines Intermediärs dann schon nach der „Beitragsformel“ des BVerfG von der Meinungsfreiheit geschützt sein müsste, weil die subjektiv gefärbte Vermittlungstätigkeit schon aufgrund ihrer „Gatekeeper-Rolle“ jedenfalls einen Betrag zur Meinungsbildung leistete, wäre die unvermittelte Verbreitung von „Fake News“ durch einen Einzelnen nicht von der Meinungsfreiheit geschützt.

Würde man aber die gewissen Wertungen unterliegende Kriterienauswahl für die Vermittlung bereits als antizipierte Meinung der Meinungsfreiheit unterstellen, auf die sich der Vermittler auch im Rahmen seiner Vermittlung berufen könnte, müsste man das erst Recht bei der Auswahl von geäußerten Tatsachen sowie der Art der Präsentation der desinformativen Aussage tun. Andernfalls ergäbe sich bei dieser Differenzierung auf Schutzbereichsebene eine weitere Inkonsistenz zur Rechtsprechung des BVerfG.

Anders liegt der Fall, wenn ein Dienst unabhängig von seiner Vermittlung tatsächlich seinen eigenen Standpunkt – unabhängig von wirtschaftlichen Rationalitäten – kundtun will, etwa weil er Gemeinschaftstandards festlegt, mit denen er die

<sup>2231</sup> Siehe Abschnitt „Stellungnahme zum Schutz des Vermittlungsaktes durch die Meinungsfreiheit“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (ii) (2).

<sup>2232</sup> Vgl. nur BVerfGE 152, 216, 257 f. Rn. 105 – Recht auf Vergessen II; EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 13. Mai 2014, – C-131/12 –, curia, Rn. 85 – Google Spain.

Verbreitung bestimmter Inhalte untersagt und sich für den Fall ihrer Verbreitung Löschbefugnisse einräumt. In diesem Fall kann sich ein Intermediärdienst auf die Meinungsfreiheit berufen.<sup>2233</sup>

## **VI. Die Aussagenverbreitung durch „Social Bots“ ist von der Meinungsfreiheit geschützt**

Die Aussagenverbreitung via „Social Bots“ ist in sachlicher Hinsicht von der Meinungsfreiheit geschützt. In der Konfiguration des „Bot“-Programmes gibt der Verwender die vorzunehmenden Kommunikationsleistungen anhand von Schlüsselwörtern vor. Hierin liegt seine antizipierte Aussage und damit eine ihm zurechenbare intellektuelle Eigenleistung, die sich im Rahmen ihrer algorithmisierten Reproduktion durch den „Bot“ manifestiert.<sup>2234</sup>

Die Frage der Zurechnung der Aussage beantwortet sich in vergleichbarer Weise wie bei der Informationsvermittlung durch einen Intermediärdienst.<sup>2235</sup> Der Zurechnung steht nicht entgegen, dass „Bot“-Programme teils über eine „schwache künstliche Intelligenz“ verfügen. Denn diese verändert die vorgegebene Aussage nicht in ihrem Kern, sondern nimmt lediglich Anpassungen in Bezug auf ihre Satzstruktur und Wortwahl vor, um sie besser in Dialoge einzupflegen. Sie stellen damit bloß ein Hilfsmittel ihres Verwenders – ein verstärkendes Sprachrohr – dar, über das Letzterer permanent die Kontrolle ausübt.<sup>2236</sup>

Immer mehr in den Fokus rücken „Bot“-Programme mit zunehmend stärker werdender künstlicher Intelligenz. Es ist davon auszugehen, dass diese technische Entwicklung anhält und Programme immer „intelligenter“ werden lässt. Aber selbst wenn künftig „Social Bots“ mit „starker KI“ einsetzbar sein sollten, ließe sich die Zurechnung neben den genannten Kriterien funktionsgerecht und flexibel anhand der Frage messen, wie entfremdet eine vom „Bot“ vorgenommene Aussage von der konfigurierten Ausgangsäußerung ist. Hierauf ließen sich die Grundsätze zur ordnungsrechtlichen Rechtsfigur des Zweckveranlassers und zur strafrechtlichen mittelbaren Täterschaft (§ 25 S. 1 Alt. 2 StGB) entsprechend anlegen: Der Verwender setzt – wie ein Zweckveranlasser – den Anlass für die Verbreitung einer Äußerung. Leichte Änderungen sind dabei objektiv vorhersehbar; zudem wird der Verwender veränderte Aussagen mit derselben Stoßrichtung regelmäßig subjektiv in Kauf nehmen.<sup>2237</sup> Ist eine Aussage hingegen grundverschiedenen zur ursprünglich kon-

<sup>2233</sup> Siehe Abschnitt „Schutz von Meinungsäußerungen unabhängig von der Vermittlung“ unter Punkt C. IV. 1. b) bb) (iii).

<sup>2234</sup> Siehe Abschnitt „Antizipierte Aussage des „Bot“-Verwenders unter Punkt C. IV. 2. b) aa).

<sup>2235</sup> Siehe Abschnitt „Vergleich zu anderen Massenverbreitungstechniken“ unter Punkt C. IV. 2. b) aa) (i) (4).

<sup>2236</sup> Siehe Abschnitt „Effektive Kontrolle“ unter Punkt C. IV. 2. b) aa) (i) (2).

<sup>2237</sup> Siehe ebd.

figurierten, muss sowohl die objektive Vorhersehbarkeit und die subjektive Komponente des Veranlassers anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden.<sup>2238</sup>

In aller Regel gleiche Ergebnisse dürfte man erzielen, lege man der Zurechnung die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft zugrunde. Denn der „Bot“-Verwender bedient sich durch sein Einwirken in Form der Grundkonfiguration eines – aufgrund der fehlenden Qualität des Menschseins des „Bots“ – tatbestandslos handelnden Werkzeuges, um bestimmte Äußerungen zu tätigen. Der BGH rechnet dem Hintermann selbst exzessive Tathandlungen des Tatmittlers zu, soweit sich das Verhalten des Tatmittlers innerhalb der Streubreite des nach allgemeiner Lebenserfahrung zu Erwartenden hält.<sup>2239</sup> Inwiefern Letzteres der Fall ist, lässt sich anhand einer Einzelfallbetrachtung messen, die sich primär an der Frage orientieren muss, wie entfremdet die Äußerung des „Bots“ im Verhältnis zu seiner ursprünglichen Konfiguration und dem erkennbaren Entwicklungspotential der Äußerung durch die „Bot“-Software ist.

Aufgrund der Entwicklungsoffenheit des Grundrechtsschutzes ist für den sachlichen Schutz durch die Meinungsfreiheit unerheblich, dass der unmittelbare Verbreitungsakt nicht durch den jeweiligen Grundrechtsträger händisch selbst, sondern durch ein Programm vorgenommen wird.<sup>2240</sup> Ebenso unbedeutend für die Zurechnung ist die Verwendung eines falschen Namens. Beide Verhaltensweisen, Namensgebung und Kundgabeform über einer Software, sind grundsätzlich Teil der äußerungsrechtlich geschützten Modalitätenwahlfreiheit.<sup>2241</sup> Beurteilt man dies anders, entstünden technikbedingte Hohlräume im grundrechtlichen Kommunikationsschutz.

Der teils vertretenen Ansicht, die den sachlichen Schutz durch die Meinungsfreiheit aufgrund einer Namenstäuschung ablehnt, kann nicht gefolgt werden.<sup>2242</sup> Sie resultiert aus einer entsprechenden Anwendung der „Beitragsformel“ des BVerfG und geht davon aus, dass Täuschungen über Äußerungsmodalitäten, die sich bei der Verwendung von „Bot“-Software in Form einer Identitätstäuschung durch das Fingieren von Nutzeridentitäten oder das Verwenden fremder Namen in den Nutzerprofilen und wegen der Täuschung über die Qualität des Menschseins des unmittelbaren Verbreitungsmittels ergeben, keinen Beitrag zur Meinungsbildung leisteten.<sup>2243</sup>

Dagegen spricht – neben dem Umstand, dass ohnehin auch unwahre Tatsachen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst werden – vor allem, dass die Modalitätenwahl gerade deshalb von der Meinungsfreiheit geschützt ist, damit der Äu-

<sup>2238</sup> Siehe ebd.

<sup>2239</sup> Siehe ebd.

<sup>2240</sup> Siehe Abschnitt „Entwicklungsoffene Schutzbereichsauslegung“ unter Punkt C. IV. 2. b) aa) (i) (5).

<sup>2241</sup> Siehe Abschnitt „Unbeachtlichkeit des verwendeten Namens“ unter Punkt C. IV. 2. b) aa) (i) (7).

<sup>2242</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb).

<sup>2243</sup> Siehe ebd.

ßernde seiner Aussage die stärkste suggestive Wirkung beimessen kann.<sup>2244</sup> Bei der Täuschung über die wahre Identität, sei es durch Fiktion einer Identität oder Verwendung fremder Daten, wird regelmäßig ein glaubhaftes Profil anzulegen versucht. Der Empfänger soll hierdurch zwar über den wahren Kommunikator und seine Echtheit in die Irre geführt werden. Gerade aus dieser Verschleierung ergibt sich jedoch die erhöhte Suggestivkraft der Aussage. Denn der Rezipient denkt zunächst, dass eine natürliche Person die Äußerung vorgenommen hat und wird ihr daher in der Regel keine besonderen Vorbehalte entgegenbringen.<sup>2245</sup>

Dass dies durchaus gefährliche Folgen zeitigen kann, ist unbestritten, aber keine Frage des Schutzbereiches. Es darf nicht zwischen „guter“ und „schlechter“ Meinungsbildung differenziert werden<sup>2246</sup>; im Übrigen können „Bots“ ebenso für Ersterere eingesetzt werden. Wenn aber die Meinungsfreiheit die freie Modalitätenwahl schützt, damit der Äußernde seiner Aussage die seines Erachtens bestmögliche Wirkung verleihen kann, muss sie *a fortiori* auch die Modalitätentäuschung als stärkste Form der Modalitätenwahl schützen, da dies die Aussagewirkung – wie gesehen – nachhaltiger gestalten kann.<sup>2247</sup>

Aus diesem Grund ist auch unerheblich, dass über die Qualität des Menschseins des unmittelbaren Kommunikators, des „Bots“, getäuscht wird. Dies resultiert auch daraus, dass die Namensnennung bei Äußerung auch nach Ansicht des BVerfG weder eine eigenständige Äußerung noch einen Bestandteil der getätigten Äußerung darstellt und deshalb für sich alleinsteht.<sup>2248</sup> Insofern kann aus der Namensnennung nicht einfach auf eine Tatsachenbehauptung geschlossen werden, die auf die Qualität eines Individuums schließen lässt und im Falle der Unrichtigkeit aus dem Schutzbereich herausfällt.

Da die Meinungsfreiheit sowohl die „Bot“-Kommunikation als auch die Verbreitung von „Fake News“ schützt, ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit konstraintuitiv auch bei Meinungsbeeinflussungen durch desinformationsverbreitende „Bots“ eröffnet, soweit diese von – auch ausländischen – natürlichen Personen oder inländischen juristischen nicht zu überwiegend im Eigentum des Staates stehenden Personen des Privatrechts verwendet werden.<sup>2249</sup> Einschränkungen in Bezug auf die proklamierten Täuschungen sowie eine mögliche quantitative Verzerrung des Mei-

<sup>2244</sup> Siehe Abschnitt „Form sowie Art und Weise der Präsentation: „Wort, Schrift und Bild“ unter Punkt C. III. 2. a) bb).

<sup>2245</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über die Identität und das Menschsein als Modalitätentäuschungen“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb).

<sup>2246</sup> Siehe Abschnitt „Kritik an der „Beitragsformel“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iii) (2).

<sup>2247</sup> Siehe Abschnitt „Vorspiegeln der Qualität des Menschseins des Kommunikators“ unter Punkt C. IV. 2. b) bb) (iii).

<sup>2248</sup> Vgl. BVerfGE 97, 391, 397 – Mißbrauchsvorwurf.

<sup>2249</sup> Siehe Abschnitt „Juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG“ unter Punkt C. III. 1.b). Siehe dort auch zu der im Kontext der Meinungsfreiheit fehlenden Grundrechtsberechtigung einer inländischen juristischen Person des Privatrechts, die von einem ausländischen (Mitglied-)Staat getragen wird, Abschnitt „Inländische juristische Personen des Privatrechts in Händen eines ausländischen Staates“ unter Punkt C. III. 1.b) cc) (ii).

nungsspektrums lassen sich dogmatisch korrekt über die Schrankenbestimmung des Art. 5 Abs. 2 GG und die kommunikationsrechtlich etablierten Abwägungsgrundsätze erzielen, ohne dabei den Schutzbereich zu beschneiden. Dies gilt auch, wenn Kommunikation schockierend, verstörend oder verletzend ist.<sup>2250</sup> Deshalb finden auch keine ungeschriebenen Schutzbereichsexklusionen, wie beispielhaft ein wie auch immer gearteter Sozialverträglichkeitsvorbehalt, statt.<sup>2251</sup> Ein solcher ließe willkürliche Schutzbereichsbeschränkungen zu. Die im Auge des Betrachters liegende Sozialverträglichkeit endet jedenfalls dort, wo meinungsbeugende Gewalt statt einer argumentativen Auseinandersetzung eingesetzt wird<sup>2252</sup>; in diesem Fall handelt es sich aber ohnehin schon nicht um eine tatsächliche Inanspruchnahme der Äußerungsfreiheit, so dass das Freiheitsrecht gar nicht berührt ist.<sup>2253</sup>

## VII. Einschränkung von Kommunikationsgrundrechten

Die Legislative ist kraft Amtes dazu berufen, die Grundrechte von Grundrechtsträgern zu schützen. Dazu gehört auch, sie vor (horizontalen) Beeinträchtigungen durch Private abzusichern. Die Desinformationsverbreitung kollidiert in den überwiegenden Fällen mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der individuellen Meinungsbildung, teils auch mit der von der Wahlfreiheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG umfassten demokratischen Meinungsbildung.<sup>2254</sup> Zum Schutz der kollidierenden Güter kann der Gesetzgeber die Desinformationsverbreitung einfach-gesetzlich einschränken.

Gesetzliche Kommunikationseinschränkungen sind grundsätzlich nur über allgemeine Gesetze i. S. d. Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG zulässig. Die Allgemeinheit eines Gesetzes lässt sich anhand der durch die Sonderrechtslehre dominierten Kombinationslehre des BVerfG probat feststellen.<sup>2255</sup> Das in Variante 3 aufgezählte Recht der persönlichen Ehre stellt bloß ein Beispiel für ein – oder vielmehr das häufigste – Kollisionsgut dar, zu dessen Gunsten Kommunikation auf Grundlage eines allgemeinen Gesetzes eingeschränkt werden kann.<sup>2256</sup> Dieses Recht vermag Kommunikation nicht aus sich heraus ohne Gesetz einzuschränken.<sup>2257</sup>

Die Grenzen der Einschränkung der Kommunikation liegen in der Verhältnismäßigkeit der Schranken und ihrer Anwendung im Einzelfall. Dabei muss das Abwägungskorrektiv der Wechselwirkungslehre sowohl auf Normauslegungs- als

<sup>2250</sup> Siehe Abschnitt „Inhaltlicher Schutz: Meinungen“ unter Punkt C. III. 2. b).

<sup>2251</sup> Siehe Abschnitt „Schutzbereichsexklusion durch besondere Sozialwidrigkeit von „Social Bots“ unter Punkt C. IV. 2. b) cc).

<sup>2252</sup> Siehe Abschnitt „Grenzen des Schutzbereiches“ unter Punkt C. IV. 2. b) cc) (iii).

<sup>2253</sup> Siehe Abschnitt „Inkonsistenz der Rechtsprechung im Vergleich zur Anwendung außerargumentativer Druckmittel“ unter Punkt C. III. 2. c) dd) (iv) (3).

<sup>2254</sup> Siehe Abschnitt „Verfassungsrechtliche Kollisionsgüter zu Desinformation“ unter Punkt D. I.

<sup>2255</sup> Siehe Abschnitt „Allgemeine Gesetze, Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG“ unter Punkt D. II. 1.

<sup>2256</sup> Siehe Abschnitt „Ehrschutznormen in Form allgemeiner Gesetze“ unter Punkt D. II. 2. b).

<sup>2257</sup> Siehe Abschnitt „Gesetzesvorbehalt“ unter Punkt D. II. 2. a).

auch auf Normanwendungsebene berücksichtigt werden: Die die Kommunikationsfreiheiten einschränkende Gesetze müssen im Lichte der Ersteren ausgelegt und angewendet werden, so dass die Schranken ihrerseits „rückseitig“ eingeschränkt werden. Mit anderen Worten gilt aufgrund der tragenden Bedeutung der Kommunikation für Individuum und Demokratie ein besonders enger Verhältnismäßigkeitsmaßstab bei ihrer Schrankensetzung und -anwendung.<sup>2258</sup>

Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung einer Aussage – Normanwendungsebene<sup>2259</sup> – ist ihr konkreter Sinngehalt, der über eine kontextbezogene Auslegung aus Sicht eines verständigen Dritten von den Fachgerichten ermittelt werden muss.<sup>2260</sup> Nur anhand des konkreten Aussagegehalts kann eine Abwägung der widerstreitenden Interessen in angemessener Weise vorgenommen werden; er ist maßgebliches Kriterium für die rechtliche Beurteilung von Äußerungen. Dass das BVerfG eine eigene Auslegung des Aussageinhalts vornimmt, macht es noch nicht zur Superrevisionsinstanz.<sup>2261</sup> Erst aus dem Aussagesinn ergibt sich die Schutzwürdigkeit einer konkreten Aussage. Er ist aus dem Kontext der Äußerung zu ermitteln, für den sowohl ihre inneren als auch ihre äußeren Umstände relevant sind. Ermittelt ihn ein Fachgericht nicht korrekt, verkennt es die Bedeutung und Tragweite der Kommunikationsgrundrechte, was der originären verfassungsrechtlichen Kontrolle des BVerfG untersteht.<sup>2262</sup>

Eine besondere Schutzwürdigkeit erlangt eine Aussage, wenn sie einen Beitrag zur öffentlichen Debatte leistet, da dann ein hohes Informationsinteresse anderer Grundrechtsträger besteht. Ein solcher Beitrag streitet für den Vorrang der Meinungsäußerung vor Gegenrechten, weil auf diese Weise Meinungsbildung „*par excellence*“ stattfindet; das Grundanliegen von Kommunikation wird verwirklicht.<sup>2263</sup>

Bei Tatsachenäußerungen kann die Schutzwürdigkeit einer Aussage grundsätzlich anhand ihres Wahrheitsgehalts beurteilt werden.<sup>2264</sup> Allgemein kommt unwahren Tatsachenbehauptungen kein nennenswertes verfassungsrechtliches Gewicht zu, weshalb sie im Rahmen einer Abwägung daher grundsätzlich den entgegenstehenden Verfassungsgütern unterliegen. Gleichwohl lassen sich nicht alle unwahren Aussagen einheitlich behandeln. Vielmehr knüpft sich das Maß der Schutzreduktion an die bestehenden Kenntnisse – handelt es sich um fahrlässige Miss- oder vor-

<sup>2258</sup> Siehe Abschnitt „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Theorem der Wechselwirkung“ unter Punkt D. III. 1.

<sup>2259</sup> Siehe Abschnitt „Normanwendungsebene: Verfassungskonformität des Einzelaktes“ unter Punkt D. III. 1. c).

<sup>2260</sup> Siehe Abschnitt „Sinnermittlungsebene: Meinungsfreundliche, kontextbezogene Auslegung“ unter Punkt D. III. 1. d).

<sup>2261</sup> Siehe ebd.

<sup>2262</sup> Siehe ebd.

<sup>2263</sup> Siehe Abschnitt „Beitrag zu einer Debatte von öffentlichem Interesse“ unter Punkt D. III. 1. e) aa).

<sup>2264</sup> Siehe Abschnitt „Qualifikation der Äußerung als Tatsachenbehauptung sowie Ermittlung ihres Wahrheitsgehaltes“ unter Punkt D. III. 1. e) bb).

sätzliche Desinformation – und Sorgfaltspflichten des konkret Äußernden.<sup>2265</sup> Die Verbreitung von Missinformation darf von Verfassungen wegen nicht solch empfindlichen Rechtsfolgen unterliegen wie die Desinformation.<sup>2266</sup> Nichtsdestotrotz muss der konkrete Aussagekontext berücksichtigt werden, da er den indiziell anhand des Wahrheitsgehaltes festgestellten Mangel der Schutzwürdigkeit einer Aussage in sein Gegenteil verkehren kann.<sup>2267</sup> Wird eine desinformative Aussage im wertenden Kontext verbreitet, kann sie dennoch schutzwürdig sein, was sich etwa in satirischen oder politischen Sachverhalten zeigt.<sup>2268</sup>

Das Erstellen eines eigenen Katalogs mit speziellen Abwägungskriterien für die Verbreitung wertfreier „Fake News“ erübrigt sich: Erstens unterliegt Desinformationen grundsätzlich ihrem kollidierenden Gegenrecht, zweitens kommt sie in Reinform nur in Ausnahmefällen vor, weshalb jede Aussage anhand der etablierten Abwägungsgrundsätze zu bewerten ist.<sup>2269</sup>

Dennoch hat die Online-Kommunikation einige Kommunikationseigenheiten hervorgebracht, die in die Abwägung eingestellt werden müssen. Zu berücksichtigen ist vor allem die Schnelllebigkeit der neuen Medien auf der einen, aber spiegelbildlich auch die Möglichkeit einer langanhaltenden, breitenwirksamen Präsenz von Inhalten und ihrer Perpetuierung auf der anderen Seite, die teils durch eine dauerhafte öffentliche Abrufbarkeit und Rekonstruierbarkeit von (personenbezogenen) Daten im Internet ermöglicht wird.<sup>2270</sup> Daher sind auch die Gegebenheiten des konkreten Äußerungsmediums oder der Infrastruktur relevant, über die eine Aussage verbreitet wird.

Für die Schutzwürdigkeit einer Online-Aussage kann die Identifizierbarkeit des Äußernden relevant sein. Bekennt er sich identifizierbar zu einer Aussage, spricht dies für eine gesteigerte Schutzwürdigkeit im Vergleich zu Aussagen, bei denen seine Identität durch „Fake Profile“ verschleiert wird.<sup>2271</sup> Das Anonymitätsinteresse des Äußernden muss in die Abwägung eingebettet werden. Allein die Möglichkeit, dass mit anonymer Kommunikation Missbrauch getrieben werden kann, bedeutet nicht, dass es stets dazu kommt. Mit ihr können auch positive Effekte für die Meinungsbildung erzielt werden. Sie allein verringert die Schutzwürdigkeit einer Aussage nicht *per se*; es kommt vielmehr auf den konkreten Kontext und eine Gesamt-

<sup>2265</sup> Siehe Abschnitt „Bewusst und evident unwahre Tatsachenkundgabe“ unter Punkt D. III. 1. e) bb) (i) und Abschnitt „Fahrlässige Kundgabe unwahrer Tatsachen“ unter Punkt D. III. 1. e) bb) (ii).

<sup>2266</sup> Siehe ebd.

<sup>2267</sup> Siehe Abschnitt „Aussagekontext/Umstände der Äußerung“ unter Punkt D. III. 1. e) cc).

<sup>2268</sup> Siehe Abschnitt „Tatsachenhaltige Werturteile“ unter Punkt D. III. 1. e) bb) (iv).

<sup>2269</sup> Siehe Abschnitt „Aussagekontext/Umstände der Äußerung“ unter Punkt D. III. 1. e) cc).

<sup>2270</sup> Siehe Abschnitt „Breitenwirksamkeit und Suggestivkraft der Kundgabe sowie Schnell- oder Langlebigkeit von Online-Medien“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (6).

<sup>2271</sup> Siehe Abschnitt „Identifizierbarkeit oder Anonymität des Äußernden“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (7).



schau aller Umstände an.<sup>2272</sup> Auch wenn über Äußerungsmodalitäten, etwa das Verwenden einer unwahren Identität, getäuscht wird, kann eine Äußerung positive Meinungsbildungseffekte auslösen. Wird aber einer fremden Person eine Aussage untergeschoben, indem schlicht ihre Identität verwendet wird, ist die Aussage im Verhältnis zum Recht am eigenen Wort nach allgemeinen Abwägungsgrundsätzen nicht schutzwürdig.<sup>2273</sup>

Beim Verwenden von „Social Bots“ fällt regelmäßig die Täuschung über die wahre Identität des Äußernden durch Verwenden glaubhafter Profildaten mit der komplementären Täuschung über die Qualität des Menschseins des unmittelbar Äußernden zusammen. Dadurch wird die Suggestivkraft von Äußerungen im Verhältnis zu ihrer erkennbaren Verbreitung durch ein Programm gesteigert. Ferner erreichen die künstlichen Meinungsverstärker regelmäßig eine höhere Breitenwirksamkeit der Aussagen sowie eine höhere Aussagenquantität als ein individueller Nutzer, womit die Meinungsbildung auf besondere Weise verzerrt werden kann.<sup>2274</sup> Nicht ausgeschlossen ist dabei wiederum, dass auch sie positive Beiträge für die Meinungsbildung leisten können wie beispielsweise die sekundenaktuelle Verbreitung wahrer Tatsachenberichte. Die konkreten Gefährdungen müssen zur Normanwendung folglich anhand des jeweiligen Einzelfalles ermittelt werden. Im Rahmen der anonymen Kommunikation muss daher stets zwischen der anonymen, „wertbringenden“ Kommunikation und der Absicht der Manipulation der Meinungsbildung differenziert werden, um die konkrete Schutzwürdigkeit der jeweiligen Aussage zu bemessen.<sup>2275</sup>

Bei Kollisionen mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann die Sphärentheorie bei der Einordnung der Schutzwürdigkeit einer Äußerung helfen. Ihre Schutzgehalte sind als nicht abschließend umschriebene und voneinander abzugrenzende Gewährleistungen zu verstehen, die in Bezug auf ihre konkrete Schutzwürdigkeit anhand der jeweiligen Umstände des konkreten Einzelfalles herauszuarbeiten sind.<sup>2276</sup> Keinesfalls kann die Sphärentheorie eine Abwägung ersetzen. Sie vermag bloß eine Hilfestellung bei der Bestimmung der Eingriffsintensität zu leisten, die wiederum Folgen für die Abwägung zeitigt, für die aber auch der allgemeine Kriterienkatalog zu berücksichtigen ist. Ihre statisch-schematische Anwendung verbietet sich im Bereich der Online-Kommunikation auch deshalb, weil für deren Auswirkungen – nicht aber für die grundsätzliche Einordnung des Inhaltes – kaum mehr

<sup>2272</sup> Siehe Abschnitt „Anonyme Äußerungen und solche unter Pseudonym“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (7) (a).

<sup>2273</sup> Siehe Abschnitt „Täuschung über Äußerungsmodalitäten“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (7) (b).

<sup>2274</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d) und Abschnitt „Aussagenverbreitung via „Social Bots“ und Punkt C.IV.2.

<sup>2275</sup> Siehe Abschnitt „Künstliche Kommunikationsverbreiter“ unter Punkt D. III. 1. e) cc) (i) (7) (c).

<sup>2276</sup> Siehe Abschnitt „Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“ unter Punkt D. III. 1. e) dd).

zwischen Privat- und Sozialsphäre unterschieden werden kann. Dies ist Resultat der dauerhaften Auffind- und Zusammenführbarkeit von Informationen mittels namensbezogener Suchabfragen.<sup>2277</sup>

Zuletzt muss die Regulierung der Online-Kommunikation das Zensurverbot (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) wahren, nach dem ein präventives Unterdrücken von Information unzulässig ist.<sup>2278</sup>

## VIII. Das deutsche Regulierungsregime *de lege lata* ist optimierungsbedürftig

Die Regulierung des Phänomens der „Fake News“ ist derweil nicht hinreichend. Es besteht ein erheblicher Verbesserungsbedarf.

### 1. Unbefriedigende Zivil- und strafrechtliche Mittel gegen den Desinformationsverbreiter

Vorhandene, einschlägige zivilrechtliche Vorkehrungen sind überwiegend deliktischer Natur, unterliegen hohen Tatbestandsvoraussetzungen und die Beweislast trägt grundsätzlich der Anspruchsteller, um überhaupt eine Naturalrestitution, wie ein *Dementi* oder eine Richtigstellung, zu erlangen.<sup>2279</sup> Der voraussetzungsärmere Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch gegen den Desinformationsverbreiter führt – sofern eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt – nur zum Unterlassen einer drohenden oder wiederholten Äußerung, respektive ihrer Folgenbeseitigung bei getätigter Aussage.<sup>2280</sup> Die zivilrechtlichen Mittel gegen den Desinformationsverbreiter sind ein wichtiger Bestandteil im Kampf gegen „Fake News“, entfalten ihre Wirkung aber in aller Regel zu spät. Bis ein Anspruch durchgesetzt werden kann, vergeht in der Regel viel Zeit, in der sich bei den wahrnehmenden Rezipienten entweder eine Verunsicherung oder eine auf Grundlage der Desinformation gebildete Meinung verfestigt.

Das materielle Strafrecht kennt *de lege lata* keinen Tatbestand, der unmittelbar gegen eine Desinformationsverbreitung mit demokratieschädigender Wirkung gerichtet ist. Dennoch weist es mit seinen empfindlichen Strafen zumindest im analogen Raum grundsätzlich eine hinreichende Abschreckungswirkung für die Verlautbarung von persönlichkeitsrechtsverletzender Desinformation auf. Gleichwohl stellen die Äußerungsdelikte absolute Antragsdelikte (§ 194 StGB) dar, so dass ihre Verfolgung zwingend einen Antrag des Verletzten voraussetzt. Trotz eines Antrages

<sup>2277</sup> Siehe ebd.

<sup>2278</sup> Siehe Abschnitt „Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG“ unter Punkt D. III. 2.

<sup>2279</sup> Siehe Abschnitt „Deliktische Ansprüche, §§ 823 ff. BGB“ unter Punkt E. I. 1. a) und Abschnitt „Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB“ unter Punkt E. I. 1. a) aa) (ii) (1).

<sup>2280</sup> Siehe Abschnitt „Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch, § 1004 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB“ unter Punkt E. I. 1. b).

bleibt der Verletzte – sofern kein öffentliches Interesse i. S. d. § 376 StPO i. V. m. Ziff. 86 Abs. 2 RiStBV besteht – auf das Privatklageverfahren nach § 374 ff. StPO verwiesen. Damit steht die Strafverfolgung der Deliktsgruppe, die für die Bekämpfung von „Fake News“ am bedeutsamsten ist, wegen § 376 StPO unter einem Vorbehalt.<sup>2281</sup> In den meisten dieser Konstellationen wird die Ermittlungsbehörde das restriktiv auszulegende öffentliche Interesse verneinen und sodann das Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 i. V. m. § 376 StPO einstellen, ohne Untersuchungshandlungen durchgeführt zu haben.

Im Bereich der Online-Kommunikation fällt in diesem Zusammenhang die gesetzlich angelegte Nutzeranonymität (vgl. § 19 Abs. 2 TTDSG, Art. 5 ff. DS-GVO, § 24 BDSG) erschwerend ins Gewicht. Sie führt einerseits zu einem Rechtsdurchsetzungsdefizit und senkt deshalb andererseits die Hemmschwelle für die Verbreitung rechtswidriger „Fake News“.<sup>2282</sup> Generalpräventive Wirkungen der gesetzlich angeordneten Strafnormen sowie Angst vor zivilrechtlichen Folgen dringen nicht vergleichbar durch wie im analogen Kommunikationsraum. Im zivilrechtlichen Bereich wiegt das umso schwerer, weil Privatpersonen anders als die Ermittlungsbehörden über keine Ermittlungskompetenzen verfügen. Aber auch im strafrechtlichen Bereich bringen die behördlichen Ermittlungsbefugnisse den Betroffenen – wegen des bestehenden Vorbehaltes eines öffentlichen Interesses i. S. v. § 376 StPO – regelmäßig kaum Vorteile.

Aber selbst bei Annahme eines öffentlichen Interesses und der Vornahme von Untersuchungshandlungen stoßen auch die behördlichen, primär in § 100j StPO verankerten und modernen Ermittlungskompetenzen wegen der unionsrechtswidrig angeordneten Vorratsdatenspeicherung des § 176 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 TKG an ihre Grenzen.<sup>2283</sup> Gespeicherte Bestandsdaten von den als unentgeltlich eingestuften Netzwerknutzungsverträgen sind wegen Art. 5 DS-GVO unmittelbar nach Vertragsbeendigung vom Dienstanbieter zu löschen. Mangels bestehender Kündigungsfristen kann sich ein Nutzer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit nur wenigen für die Vertragsbeendigung erforderlichen „Klicks“ der Strafverfolgung entziehen.<sup>2284</sup> Im Kontext mit „Fake News“ wird hieran auch die Meldepflicht des § 3a NetzDG nichts ändern, da bloß die Volksverhetzung, nicht aber Ehrdelikte meldepflichtig sind. Die zivil- und strafrechtlichen Mittel gegen den Desinformationsverbreiter schließen weder das Rechtsdurchsetzungsdefizit, noch senken sie die Hemmschwelle für das Verbreiten von Desinformation. Das für den Betroffenen von „Fake News“ bestehende zivil- wie strafrechtliche Schutzvakuum ist im Zeitalter der zunehmenden, ubiquitären Internetkommunikation unbefriedigend.

<sup>2281</sup> Siehe Abschnitt „Materielles Strafrecht“ unter Punkt E. I. 2. a).

<sup>2282</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation zivil- und strafrechtlicher Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E. I. 3.

<sup>2283</sup> Ebd. Und Abschnitt „Ermittlungstechnische Mittel“ unter Punkt E. I. 2. b).

<sup>2284</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation zivil- und strafrechtlicher Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E. I. 3.

Im Übrigen zeigt sich, dass die rechtlichen Vorkehrungen – mit Ausnahme eines präventiven Unterlassungsanspruchs – ihre Wirkungen ganz überwiegend erst retrospektiv entfalten. Aus kognitionswissenschaftlicher Sicht ermöglichen sie daher „Primacy Effects“ sowie „Illusory Truth Effects“, wodurch die Glaubhaftigkeit von verbreiteten „Fake News“ verstärkt wird.<sup>2285</sup>

## 2. Regulierung von „Social Bots“: Gute Ansätze, zielverfehlende Umsetzung

Die Regulierung der häufig im Kontext von Desinformation stehenden „Social Bot“-Kommunikation *de lege lata* kann auch nach Einführung der besonderen Regelungen im MStV einen transparenten und nachvollziehbaren Meinungsbildungsprozess nicht sicherstellen und verbleibt weiterhin defizitär und stark lückenhaft.

### a) Die strafrechtliche Verfolgung des „Bot“-Verwenders ist nahezu ausgeschlossen

Eine strafrechtliche Verfolgung scheint nahezu ausgeschlossen. Neben den klassischen Äußerungsdelikten ließe sich eine qualifizierte Computersabotage gem. § 303b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB aufgrund der Verbreitung von „unfriedlichem Spam“ in Informationsintermediären i. S. d. § 303b Abs. 2 StGB, etwa durch ein massenhaftes Verbreiten bestimmter (Desinformations-)Beiträge in Nachteilszufügungsabsicht, durch die eine gezielte Beeinflussung des Ergebnisses des für den Intermediär wesentlichen und den „Bot“-Verwender fremden Datenverarbeitungsvorgangs entsteht, zwar materiell-rechtlich noch begründen.<sup>2286</sup>

Der zur Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens erforderliche Anfangsverdacht i. S. d. § 152 Abs. 2 StPO wird sich in diesem Zusammenhang aber oft nicht ergeben, weil der „Bot“ in aller Regel nicht von einem individuellen Nutzer unterschieden werden kann.<sup>2287</sup> Daher hängt die Strafverfolgung grundsätzlich von der Anzeigerstattung des Dienstes ab, in dem der Bot eingesetzt wurde. Es darf aber bezweifelt werden, ob ein wirtschaftlich agierender Anbieter Anzeigen erhebt, der zwar den Einsatz von „Bots“ leicht über sein „Application Programming Interface“ (API) nachvollziehen kann, aber nicht einmal seine eigenen, den „Bot“-Einsatz verbietenden AGB<sup>2288</sup> durchsetzt. Abschreckende Wirkungen gegen eine meinungsverzerrende „Bot“-Verwendung begründet die Strafnorm somit nicht.

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke i. S. d. § 106 Abs. 1, Abs. 2, § 16 UrhG ist für den „Boteinsatz“ als solchen nicht ausgeschlossen. Da hierfür jedoch eine Verletzung der AGB des Dienstes erforderlich ist, in dem der „Bot“ eingesetzt wird, lägen sie im Belieben des jeweiligen Anbieters und global für alle Dienste betrachtet daher nur uneinheitlich vor.<sup>2289</sup>

<sup>2285</sup> Siehe Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

<sup>2286</sup> Siehe Abschnitt „Strafrechtliche Vorkehrungen“ unter Punkt E. II. 1.

<sup>2287</sup> Siehe ebd.

<sup>2288</sup> Vgl. nur *Facebook*, Ziffer 3.2.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen i. V. m. den Gemeinschaftsstandards in Form der Richtlinie zu irreführendem Verhalten, auf: Facebook.com.

<sup>2289</sup> Siehe ebd.

*b) Kennzeichnungspflichten schützen grundsätzlich probat vor Meinungsverzerrungen*

Zur Stärkung der Integrität des Kommunikationsprozesses und der Vermeidung von Meinungsverzerrungen durch – auch desinformationsverbreitende – „Social Bots“ hat der Rundfunkgesetzgeber mit § 18 Abs. 3 MStV den „Bot“-Verwender auf erster Ebene und mit § 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV die soziale Netzwerke anbietenden Medienintermediäre und Videosharing-Dienste auf zweiter Ebene verpflichtet, „Bot“-Inhalte zu kennzeichnen. Dieser aner kennenswerte Ansatz stellt ein probates Mittel dar, das den Nutzer befähigen kann, verbreitete Inhalte hinreichend in Bezug auf ihre Glaubhaftigkeit würdigen zu können, da der Nutzer nunmehr weiß, ob ein Mensch oder ein Programm den Inhalt verbreitet hat.<sup>2290</sup>

*c) Die nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht verfehlt ihr Ziel in mehrfacher Hinsicht*

Die an den Bot-Verwender gerichtete Pflicht ist grundrechts- und unionsrechtskonform.<sup>2291</sup> Jedoch weist die Norm Schwächen auf, die ihren Zweck konterkarieren. Erstens ist aufgrund des umständlichen Wortlauts der Norm schon ihre Reichweite unklar, da sie nur Anbieter von Telemedien erfasst, die mittels eines Computerprogrammes automatisiert Inhalte verbreiten. Ob ein „Bot“-Programm ein eigenständiges Telemedium darstellt, ließe sich mit guten Gründen bestreiten, was Tür und Tor für eine Umgehung der Kennzeichnungspflicht öffnete.<sup>2292</sup>

Zweitens überlässt es der offene Wortlaut des § 18 Abs. 3 S. 2 MStV dem „Bot“-Verwender, in welcher Art und Weise er den Kennzeichnungshinweis gestaltet, etwa in Form eines „Hashtags“ und ganz am Ende eines Beitrages oder einer Fremdsprache.<sup>2293</sup> Diese dem Verwender eröffnete Möglichkeit könnte dazu führen, dass die Kennzeichnung nicht von allen Rezipienten wahrgenommen oder erkannt wird und die Gefahren für die Meinungsbildung nicht verringert werden.<sup>2294</sup>

Drittens – und das fällt am schwersten ins Gewicht – ist die Norm gerade nicht auf die in Wahlkämpfen westlicher Demokratien nachgewiesenen zentralen Beeinflussungen durch „Fake News“ verbreitende „Bots“ aus dem Ausland anwendbar, sondern gem. § 1 Abs. 7 MStV nur auf in Deutschland niedergelassene „Bot“-Verwender. Im Kontext mit Bürgern anderer EU-Mitgliedstaaten resultiert das aus dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL. Jedoch verbietet das Herkunftslandprinzip nicht, dass die Kennzeichnungspflicht Akteure außerhalb

<sup>2290</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflichten“ unter Punkt E. II. 2.

<sup>2291</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit Grundrechten“ unter Punkt E. II. 2. e) aa) und Abschnitt „Nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (i).

<sup>2292</sup> Siehe Abschnitt „Bot“ als Telemedium i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG“ unter Punkt E. II. 2. a) aa).

<sup>2293</sup> Siehe Abschnitt „Hinweispflicht, § 18 Abs. 3 S. 2 MStV“ unter Punkt E. II. 2. a) cc).

<sup>2294</sup> Siehe ebd.

der EU adressiert. Der deutsche Gesetzgeber erfasst mit seiner Pflicht somit eine der für die Regelung maßgebliche Konstellation nicht und lässt damit eine große Lücke für die nachgewiesenen Beeinflussungen aus dem EU-Ausland.<sup>2295</sup>

*d) Die netzwerkgerichteten Pflichten sind nicht auf die populären Dienste anwendbar*

Die soziale Netzwerke anbietende Medienintermediäre und Videosharing-Dienste adressierende Kennzeichnungspflicht (§ 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) soll nach dem § 1 Abs. 8 S. 1 (i. V. m. S. 3 Hs. 2) MStV angeordneten Marktprinzip alle entsprechenden Dienste unabhängig von ihrem Sitz erfassen, die ihr Angebot an Nutzer in Deutschland richten. Diese Pflicht ist zwar grundrechts<sup>2296</sup> aber nicht unionsrechtskonform, da sie gegen das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL verstößt.<sup>2297</sup> Nach dem Herkunftslandprinzip unterstehen die Dienste der Informationsgesellschaft, zu denen auch soziale Netzwerke zählen, nur dem Recht des Herkunftsstaates, also des Staates, in dem sie ihren Sitz haben. Ein Abrufstaat darf das Recht des Herkunftsstaates grundsätzlich nicht beschränken. Mit der Kennzeichnungspflicht aus dem MStV schränkt der deutsche Gesetzgeber jedoch gerade das Recht der Herkunftsstaaten ein, deren Rechtsordnungen keine entsprechende Pflicht vorsehen. So schränkt die Kennzeichnungspflicht etwa das nationale Recht des Staates Irland ein, in dem die zentralen, nutzerstarken Dienste *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter* oder *You Tube* ihren (europäischen) Sitz<sup>2298</sup> haben, da die irische Rechtsordnung bisher keine an soziale Netzwerke gerichteten Kennzeichnungspflichten vorhält. Eine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL hat der Gesetzgeber nicht begründet, weil er das hierfür erforderliche Verfahren nicht eingeleitet hat. Deshalb ist an dieser Stelle die umstrittene Frage unbeachtlich, ob – was diese Bearbeitung befürwortet – ein abstrakt-genereller Rechtssatz einen „bestimmten Dienst“ betrifft oder es hierfür stets einer konkret-individuellen Maßnahme bedarf.<sup>2299</sup> Die Kennzeichnungspflicht lässt sich also gerade auf diejenigen Dienste nicht anwenden, in denen die „Bot“-Verwendung vermehrt nachgewiesen wurde und empfindliche Schäden anrichten kann.<sup>2300</sup> Auch diese Kennzeichnungsregelung verfehlt mithin ihre anlassgebenden Adressaten.

<sup>2295</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>2296</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit Grundrechten“ unter Punkt E. II. 2. e) aa).

<sup>2297</sup> Siehe Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3 ECRL“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii) und Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nach dem Marktprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 und 3 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) und Art. 28a AVMD-RL (2018)“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iv).

<sup>2298</sup> Siehe *Anlage I–5*.

<sup>2299</sup> Siehe Abschnitt „Betroffenheit „eines bestimmten Dienstes“ der Informationsgesellschaft“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii) (3) (b).

<sup>2300</sup> Siehe Abschnitt „Social Bots“ unter Punkt B. V. 1. d).

Zudem ist die für den verbleibenden Anwendungsbereich bestehende Weichzeichnung des § 93 Abs. 4 MStV zu kritisieren, die die gewollte Kennzeichnungspflicht zu einer bloßen Bemühungspflicht des Dienstes abwertet.<sup>2301</sup> Die Dienste haben bloß „*dafür Sorge zu tragen*“, dass „Bot“-Content gekennzeichnet wird. Demgemäß lässt sich die Pflicht zweistufig auslegen: Auf erster Ebene müssen die Dienste bloß die Möglichkeit eröffnen, damit Nutzer ihre „Bot“-Verwendung kenntlich machen können. Erst auf zweiter Ebene müssen die Netzwerke selbst Kennzeichnungen vornehmen, namentlich dann, wenn ein Nutzer gegen seine Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV verstößt. „Proaktiv“, etwa durch Prüfung der Nutzer-eigenschaft im Rahmen der Veröffentlichung von Beiträgen, müssen die Netzwerke nicht kennzeichnen.

Welche Anforderungen an ein pflichtgemäßes Sorgetragen auf zweiter Stufe zu stellen sind, lässt die Norm offen.<sup>2302</sup> Da die Dienste aber nach der Gesetzesbegründung keinen lückenlosen Schutz sicherstellen müssen, weil sie zur Durchsetzung der nutzergerichteten Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV gerade nicht verpflichtet sein sollen, kann es sich lediglich um geringe Anforderungen in primär technischer Hinsicht handeln.<sup>2303</sup> Eine einheitliche Handhabung der unbestimmten Pflicht wird auf diese Weise nicht sichergestellt.<sup>2304</sup> Dem steht auch nicht entgegen, dass der den Diensten eingeräumte breite Handlungsspielraum dazu dienen könnte, einerseits eine Überkennzeichnung von natürlichen Nutzerinhalten zu vermeiden und andererseits technische Weiterentwicklungen der „Bot“-Software einzufangen und auch für ihre Kennzeichnung angemessen Sorge tragen zu können.<sup>2305</sup>

Auch die an die Dienste gerichteten Maßnahmen- und Bußgeldvorbehalte (§ 109 Abs. 1 und 2 sowie des § 115 Abs. 1 S. 2 Nr. 45 MStV) geben keinen besonderen Anreiz, die Anforderungen an ein Sorgetragen eigenverantwortlich zu erhöhen. Wegen der unklaren Formulierung der zu wahrenen Hauptpflicht aus § 93 Abs. 4 MStV – dem Dafürsorgetragen – dürften diese Vorbehalte weitgehend ins Leere laufen. Der Nachweis, wann gegen diese niedrighschwellige Pflicht verstoßen wurde, wird sich kaum führen lassen.<sup>2306</sup>

#### *e) Folgeschwere Lücken der netzwerkgerichteten Kennzeichnungspflicht*

Die Folge der Unanwendbarkeit der netzwerkgerichteten Pflicht auf die populären Netzwerke eröffnet wiederum weitere Lücken, durch die die überhaupt noch im Anwendungsbereich liegenden Adressaten der nutzergerichteten Kennzeichnungs-

<sup>2301</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>2302</sup> Siehe ebd.

<sup>2303</sup> Siehe Abschnitt „Erfasstes Verhalten“ unter Punkt E. II. 2. b) aa).

<sup>2304</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>2305</sup> Siehe ebd.

<sup>2306</sup> Siehe ebd.



pflicht ihre Pflicht umgehen können. Da die genannten Netzwerke nicht für die Kennzeichnungen Sorge tragen müssen, kann ein in Deutschland sitzender „Bot“-Nutzer seine nutzergerichtete Pflicht nach § 18 Abs. 3 NetzDG missachten, ohne befürchten zu müssen, dass seine fehlende Kennzeichnung durch das Netzwerk nachgeholt wird.<sup>2307</sup> Das eröffnet rücklings die Tür für ein Umgehen der Pflicht durch den überhaupt noch verbliebenen Adressatenkreis. Der beabsichtigte praktische Nutzen dieser Regulierung entwertet sich durch ihre Ausgestaltung vollständig selbst.<sup>2308</sup>

Die der aufsichtsführenden Landesmedienanstalt zur Verfügung stehenden Ermächtigungsgrundlagen zur Anordnung von Gegenmaßnahmen und Bußgeldern ändern hieran nichts, da sie die Umgehungen nicht verhindern können. Erstens besteht keine verlässliche Möglichkeit, „Bots“ von außen überhaupt zu identifizieren.<sup>2309</sup> Zweiten wird die zuständige Landesmedienanstalt die sich meist unter Scheinidentitäten versteckenden „Bot“-Betreiber nur schwer ermitteln können, da ihr für diese Fälle kein Auskunftsanspruch aus den §§ 21 ff. TTDSG zusteht.<sup>2310</sup> Insofern verliert drittens auch das Argument einer von Bußgeldern für einen Verstoß ausgehenden abschreckenden Wirkung stark an Gewicht.<sup>2311</sup> Viertens darf dem ungeachtet bezweifelt werden, dass sich ein Kennzeichnungspflichtiger durch eine bloße Bußgeldandrohung von seinem unter Umständen demokratiefeindlichen Vorhaben abschrecken ließe und in der Folge eine Kennzeichnung doch vornähme.<sup>2312</sup>

### 3. Rückschrittige deutsche Basisregulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten

Die seit dem Jahr 2007 bestehende Debatte um die Regulierung von sozialen Netzwerken hat schlussendlich dazu geführt, dass soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste nunmehr erstmals vereinzelt direkt regulatorisch adressiert werden, etwa durch den MStV und das NetzDG (vgl. § 1 Abs. 1, § 3d NetzDG).<sup>2313</sup> In Bezug auf „Fake News“ kann die rückschrittige allgemeine Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten nur einen geringfügigen Beitrag leisten.

So hat es der Gesetzgeber immer noch nicht geschafft, die seit jeher existierenden allgemeinen Probleme in dem durch Anonymität geprägten triangulären Dienstnutzungsverhältnis von Geschädigtem, Schädiger und Dienstbetreiber zu lösen.

---

<sup>2307</sup> Siehe ebd.

<sup>2308</sup> Siehe ebd.

<sup>2309</sup> Siehe Abschnitt „Erfasstes Verhalten“ unter Punkt E. II. 2. b) aa).

<sup>2310</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>2311</sup> Siehe ebd.

<sup>2312</sup> Siehe ebd.

<sup>2313</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten“ unter Punkt E. III. 6.

Auch weiterhin ist es oftmals un- oder erst mit einiger Verspätung möglich, den unmittelbaren in einem sozialen Medium Desinformation verbreitenden Schädiger in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Umstand resultiert in der Praxis eine fundamentale Verschiebung der primären rechtlichen Inanspruchnahme von der Ebene zwischen dem durch Desinformation in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten und dem unmittelbaren Schädiger hin auf die Ebene zwischen dem Geschädigten und den „Host-Providern“, zu denen auch soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste gehören. Aus dem Zivilrecht ergeben sich gegen den „Host-Provider“ Löschanträge aus der allgemeinen Störerhaftung (§ 1004 analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB) und Schadensersatzansprüche aus dem Vertrags- und Deliktsrecht.<sup>2314</sup> Ihre retrospektive Wirkung lässt die kognitionswissenschaftlichen Folgen verbreiteter Desinformation jedoch nicht entfallen.<sup>2315</sup>

Auch der neueingeführte und grundsätzlich begrüßenswerte § 21 Abs. 2 TTDSG, der einerseits die rechtlichen Voraussetzungen für eine Auskunftserteilung über Nutzerbestandsdaten von Schädigern an die Geschädigten durch die datenerhebenden sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste schafft und andererseits das ursprünglich zweistufige gerichtliche Verfahren zur Entscheidung über die Zulässigkeit und die Pflicht zur Erteilung der Bestandsdaten (vgl. § 14 Abs. 4 TMG a. F.<sup>2316</sup>) in ein zeitschonenderes einstufiges verkürzt hat, ändert an dieser Verschiebung der Rechtsdurchsetzung gegen den Dienstbetreiber nichts.<sup>2317</sup> Denn entweder dauert eine Auskunftserteilung nach wie vor zu lange oder ist häufig ohnehin faktisch unmöglich.<sup>2318</sup> Letzteres liegt daran, dass die Erhebung der persönlichen Nutzerdaten derweil keine Rechtspflicht ist. Sie stellt bloß eine fakultativ im Belieben der Anbieter stehende Möglichkeit dar, der sich soziale Netzwerke<sup>2319</sup> zwar in aller Regel bedienen, aber die erhobenen Nutzerdaten trotzdem nicht hinreichend verifizieren.<sup>2320</sup>

Auch die in § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV (i. V. m. § 97 S. 2 MStV) angeordnete, auf die verwendeten Filter- und Auswahlalgorithmen bezogene Transparenzpflicht wird ihr begrüßenswertes Ziel<sup>2321</sup>, die Stärkung der Nutzerautonomie und der unverzerrten

<sup>2314</sup> Siehe Abschnitt „Zivilrechtliche Ansprüche gegen die Dienste“ unter Punkt E. III. 1.

<sup>2315</sup> Siehe hierzu oben den Abschnitt „Kognitive Verarbeitung von Information“ unter Punkt B. III.

<sup>2316</sup> § 14 in der ab dem 1. Oktober 2017 geltenden Fassung, eingeführt durch Art. 2 des Gesetzes vom 1. September 2017, BGBl. I S. 3352.

<sup>2317</sup> Siehe Abschnitt „Auskunftsanspruch aus § 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG gegen die Dienste“ unter Punkt E. III. 3.

<sup>2318</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation zivil- und strafrechtlicher Vorkehrungen gegen Desinformationsverbreiter“ unter Punkt E. I. 3.

<sup>2319</sup> Vgl. beispielsweise *Facebook*, Ziffer 3.1 der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com. Siehe ferner *Twitter*, Ziffer 1 und 2 der ab dem 18. Mai 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, i. V. m. Ziffer 1.3 der Datenschutzrichtlinie vom 18. Mai 2023 auf: Twitter.com, jetzt X.com.

<sup>2320</sup> Siehe Abschnitt „Auskunftsanspruch aus § 21 Abs. 2 u. 3 TTDSG gegen die Dienste“ unter Punkt E. III. 3.

<sup>2321</sup> Siehe Abschnitt „Transparenzpflichten der Dienste nach § 6 TMG und § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV“ unter Punkt E. III. 5.

Meinungsbildung, nicht erreichen. Nutzer sollen nach ihr nachvollziehen können, wie die ihnen angezeigten Inhalte zustande kommen. Deshalb müssen soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste Informationen über die Kriterien der Aggregation, Selektion und Vermittlung von Inhalten leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar bereithalten. Ungeachtet der Unionsrechtswidrigkeit<sup>2322</sup> dieser auf dem Marktortprinzip basierenden Transparenzpflicht findet sich dieser gut gemeinte Ansatz in § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV wenig zielführend umgesetzt. Die Pflicht ist derart offen formuliert, das erstens schon unklar ist, wie detailliert die Information sein, und zweitens, was vor allem unter den Begriffen leicht wahrnehmbar und unmittelbar erreichbar verstanden werden muss. Diese Unklarheit beweist die praktische Handhabung der Dienste: Nur auf der Internetpräsenz von *YouTube* ließ sich eine Rubrik – aber auch nicht auf den ersten Blick – finden, die Kriterien der personalisierten Videovermittlung in höchst rudimentärer Weise aufzeigt.<sup>2323</sup>

#### 4. Die Regulierung von „Fake News“ obliegt maßgeblich den Diensten über ihre Community Standards

Aufgrund der defizitären staatlichen Regulierung *de lege lata* ist es überwiegend an den Diensten gegen „Fake News“ auf Grundlage ihrer Community Standards vorzugehen. Hieran ändert auch der DSA nichts. Im Gegenteil fordert Art. 14 Abs. 4 DSA die Dienste ausdrücklich zur Selbstregulierung über ihre AGB auf.

Die Dienste dürfen dabei Inhalte unter bestimmten Voraussetzungen löschen, selbst wenn sie nicht rechtswidrig sind. Im Netzwerknutzungsverhältnis ergibt sich über die vom BVerfG etablierten Grundsätze zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zwar keine dem Staat vergleichbare Grundrechtsbindung des Dienstes. Er unterliegt aber einer gesteigerten Pflicht zur Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Nutzerinteressen in Form der Meinungsfreiheit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes.<sup>2324</sup>

Zu eben diesem Ergebnis gelangte 2021 auch der BGH in seinen zwei Entscheidungen<sup>2325</sup> im Zusammenhang mit dem Dienst *Facebook*, nachdem sich eine stark divergierende fachgerichtliche Entscheidungspraxis zu dieser Frage abgezeichnet hatte. Dabei legte der BGH seinen Entscheidungen die vom BVerfG in seiner jüngeren Spruchpraxis – *Fraport-Entscheidung* 2011, einstweilige Anordnung zum „*Bierdosen-Flashmob für die Freiheit*“ 2015, *Stadionverbotsbeschluss* 2018, einstwei-

<sup>2322</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation: Gesetzliche Regulierung von sozialen Netzwerken und Video-sharing-Diensten“ unter Punkt E. III. 6.

<sup>2323</sup> Vgl. *Facebook*, Rubrik „Hilfebereich – Startseite – Wie funktioniert dein Feed“, auf Facebook.com; *YouTube*, Rubrik „Wie funktioniert *YouTube* – Produktmerkmale – Empfohlene Videos“, auf: YouTube.com.

<sup>2324</sup> Siehe Abschnitt „Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag“ unter Punkt E. IV. 5.

<sup>2325</sup> BGH, Urteile vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 und III ZR 192/20.

lige Anordnung zur *Entsperrung eines Facebook-Accounts* 2019 – mehrfach wiederholten Maßstäben der graduellen Grundrechtsbindung Privater zugrunde.<sup>2326</sup> Über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte kann je nach den Umständen des Einzelfalles, vor allem, wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder sogar gleichkommen.<sup>2327</sup> Inwiefern diese Voraussetzungen auf soziale Netzwerke zutreffen, ist anhand einer konkreten Abwägung der grundrechtlichen Interessen und Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Die hiesigen Voraussetzungen treffen in großen Teilen auf Netzwerkbetreiber zu, aber nicht vollständig. Die Netzwerkbetreiber halten mit ihren Diensten nicht die Rahmenbedingungen für die öffentliche Kommunikation bereit, die mit Post- oder Telekommunikationsdienstleistungen vergleichbar sind.<sup>2328</sup> Gleichwohl ergibt sich eine erkennbare Dysbalance zwischen den Nutzern und den Netzwerken, da Letztere für Nutzer unausweichlich<sup>2329</sup> und ihnen strukturell überlegen<sup>2330</sup> sind sowie über eine „*Quasi-Monopolstellung*“<sup>2331</sup> innerhalb ihres eigenen Marktes verfügen, den sie als offenes Forum<sup>2332</sup> für jedermann öffnen.

Die Anwendung dieser Maßstäbe mündet in einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht der grundrechtlichen Belange der Nutzer durch die Netzwerke, wobei sich auch die Netzwerke als Grundrechtsträger weiterhin auf ihre Grundrechte berufen können.<sup>2333</sup>

Nichtdestotrotz resultiert hieraus ein – nicht vorbehaltloser – Anspruch des Nutzers auf Zugang zu und zur Veröffentlichung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, den der Nutzer dem Netzwerk entgegenhalten kann, wenn es seine rechtmäßigen Inhalte löscht.<sup>2334</sup> Dies bedeutet, dass sich die digitale von den Netzwerkbetreibern festgelegte Netiquette in Form der grundsätzlich der Vertragsfreiheit unterliegenden Gemeinschaftstandards sowie der auf ihrer Grundlage erfolgenden Löschraxis der Netzwerke an diesen Maßstäben messen lassen müssen. Einschränkungen der Nutzeransprüche, etwa Zugangssperren oder Löschungen, erfordern deshalb tragfähige sachliche Gründe, die das Netzwerk in Form von objektiv, nachvollziehbaren Tatbe-

<sup>2326</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 179/20 –, juris, Rn. 55; Urteil vom 29. Juli 2021, – III ZR 192/20 –, juris, Rn. 67.

<sup>2327</sup> Siehe Abschnitt „Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte“ unter Punkt E. IV. 2.

<sup>2328</sup> Siehe Abschnitt „Übernahme der Bereitstellung der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation“ unter Punkt E. IV. 4. f).

<sup>2329</sup> Siehe Abschnitt „Das soziale Netzwerk und der Videosharing-Dienst als unausweichliches Desiderat für das „Onlife“ unter Punkt E. IV. 4. a).

<sup>2330</sup> Siehe Abschnitt „Strukturelle Ungleichheit von Netzwerk und Nutzer“ unter Punkt E. IV. 4. d).

<sup>2331</sup> Siehe Abschnitt „Die Marktmacht des jeweiligen Netzwerks“ unter Punkt E. IV. 4. b).

<sup>2332</sup> Siehe Abschnitt „Öffnung eines Verkehrs“ unter Punkt E. IV. 4. e).

<sup>2333</sup> Siehe Abschnitt „Auswirkungen mit Blick auf die Rechtfertigung von Löschungen und Zugangssperren durch Community Standards nach dem Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsvertrag“ unter Punkt E. IV. 5.

<sup>2334</sup> Siehe Abschnitt „Anspruch auf Veröffentlichung“ unter Punkt E. IV. 7. b).

ständen in ihren Gemeinschaftstandards verankern muss.<sup>2335</sup> Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass Netzwerke auch rechtmäßige Äußerungsinhalte löschen können, soweit dies den kollidierenden Grundrechtsinteressen angemessen Rechnung trägt.

Die in den Netzwerknutzungsvertrag über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte einstrahlende Meinungsfreiheit verpflichtet das Netzwerk zu einer verfahrensrechtlichen Absicherung der Nutzeransprüche. Danach unterliegt es einer Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und Anhörung des betroffenen Nutzers<sup>2336</sup>, einer Pflicht zur Mitteilung der entscheidungsrelevanten Gründe einer Maßnahme<sup>2337</sup> sowie zur Einrichtung eines Gegenvorstellungsverfahrens.<sup>2338</sup> Hierdurch wird sichergestellt, dass über die Gemeinschaftstandards nicht doch durch die Hintertür eine Praxis des „Overblockings“ ermöglicht wird.

### 5. Ergo: Die deutsche Regulierung *de lege lata* ist unzureichend

Die Unzulänglichkeit der deutschen Regulierung im Kampf gegen „Fake News“ basiert *summa summarum* auf zwei maßgeblichen Beobachtungen: Die Regulierung ist in Bezug auf die durch verbreitete Desinformation eintretenden kognitiven Effekte ineffektiv (a) und durch ihre großflächigen Verstöße gegen das Unionsrecht stark lückenhaft (b)).

#### a) Defizitäre Berücksichtigung kognitionswissenschaftlicher Folgen von „Fake News“

Der Gesetzgeber hat es noch immer nicht geschafft, ein einheitliches Begriffsverständnis der „Fake News“ herauszubilden. Dies wäre aber zwingend geboten, um die sich an der systematischen Meinungsverzerrung anschließenden kognitionswissenschaftlich eintretenden Effekte einfangen zu können. Stattdessen konzentriert sich die Regulierung *de lege lata* weit überwiegend auf die retrospektive Korrektur, Unterdrückung und Sanktionierung von rechtswidrigen „Fake News“. Die Regelungsinstrumente greifen aber oft nicht wechselseitig ineinander: Unmittelbare Schädiger können häufig nicht ermittelt werden, da der rechtlich geflissentlich ermöglichte Auskunftsanspruch gegen „Host-Provider“ zumeist faktisch leerläuft. Die Folge liegt in der Verschiebung der Ansprüche im Bereich der Online-Kommunikation von der direkten Geschädigten-Schädiger-Ebene auf die Ebene von Geschädigtem und „Host-Provider“ als dem mittelbaren Schädiger. Zwar verschwinden Falschmeldungen nachträglich oder werden korrigiert, was aber – sofern der ursprüngliche Rezipientenkreis im Rahmen der Kommunikation in sozialen Medien überhaupt von den Löschungen, Richtigstellungen oder *Dementis* erfährt – nicht zwingend dazu führt, dass auch die mit „Fake News“ konfrontierten Personen ihre bereits auf ihrer Grundlage gebildete Auffassung noch korrigieren („Primacy Effect“). Ein

<sup>2335</sup> Siehe Abschnitt „Nach außen erkennbare, zulässige Nutzungsbedingungen“ unter Punkt E. IV. 5. a).

<sup>2336</sup> Siehe Abschnitt „Pflicht zur Sachverhaltsermittlung mittels Anhörung“ unter Punkt E. IV. 6. a).

<sup>2337</sup> Siehe Abschnitt „Mitteilungspflicht“ unter Punkt E. IV. 6. b).

<sup>2338</sup> Siehe Abschnitt „Zivilrechtliches Gegenvorstellungsrecht/-verfahren“ unter Punkt E. IV. 6. c).

derart schnelles Unterdrücken von „Fake News“, dass sie kaum ein Rezipient wahrnehmen kann, könnte *de lege lata* allenfalls über das Beschwerdemanagement des NetzDG – in Kürze vollständig abgelöst durch das Beschwerdesystem des DSA – erzielt werden. Allerdings werden die von den Beschwerdesystemen erfassten Desinformationen in aller Regel keine derart offensichtlich rechtswidrigen Inhalte darstellen, die zu einem sofortigen Löschen drängen. Schon innerhalb einer kurzen Zeitspanne können sich Inhalte breitenwirksam und nicht mehr korrigierbar in der gesellschaftlichen Meinung perpetuieren.

Wenn die ursprünglichen Empfänger der Desinformation von den Gegenmaßnahmen erfahren, kann – je nach Art und Weise der Kenntnisnahme – die erneute Konfrontation mit den „Fake News“ ihre Wirkung noch verfestigen („Illusory Truth Effect“).<sup>2339</sup> Die primär retrospektive Ausrichtung der „Fake News“-Bekämpfung verdeutlicht, dass dem Gesetzgeber bei der Absicherung der Meinungsbildung bislang offenbar das utopische Ideal eines rein vernunftgesteuerten Menschen vorschwebte, der bei Konfrontation mit neuen Tatsachen sofort erneut in die Meinungsbildung eintritt. Meinungsbildung erfolgt aber nicht nach einem mathematischen Dreisatz oder stets rational. Einmal gebildete Meinungen lassen sich daher nur noch schwer korrigieren. Präventive Mechanismen finden sich außerhalb von Kennzeichnungspflichten bisher nicht.

Der Rechtsrahmen zur Bekämpfung von „Fake News“ ist *de lege lata* folglich stark lückenhaft, defizitär und ineffektiv. Der Gesetzgeber verkennt bisweilen, dass der mit der Desinformationsverbreitung verbundene Problemkreis ein mosaikartiges Konglomerat von unzähligen einzelnen Bestandteilen darstellt und reagiert auf den Paradigmenwechsel der Kommunikationsbedingungen von der klassisch analogen zur Online-Kommunikation nicht hinreichend.

#### *b) In großen Teilen desolate Umsetzung des Unionsrechts*

Generell setzte sich der deutsche Gesetzgeber bei seiner jüngeren Regulierung oft über das unionsrechtliche Herkunftslandprinzip hinweg, wozu er aufgrund der nicht mehr zeit- und zweckgemäßen EU-Internetdiensteregulierung auch gezwungen war. Die Evolution des Internets vom einstigen Konsumnetz hin zum heute ubiquitären „Mitmach-Web“ in zentralen Online-Kommunikationsräumen, in denen ein jeder Nutzer „Prosument“ ist, hatte den auf die früheren Kommunikationsbedingungen im fragmentierten Internet ausgelegten Regelungszweck des Herkunftslandprinzips der im Jahr 2000 in Kraft getretenen ECRL bereits vor mehr als einer Dekade überholt.<sup>2340</sup> Das hat der EU-Gesetzgeber bei Erlass des DSA implizit eingestanden,

<sup>2339</sup> Siehe Abschnitt „Menschliches Gedächtnis und die Aufnahme von (Fehl-)Information“ unter Punkt B. III. 1.

<sup>2340</sup> Siehe Abschnitt „Betroffenheit „eines bestimmten Dienstes“ der Informationsgesellschaft“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii) (3) (b).



indem er für „Host-Provider“ wie soziale Netzwerke das Marktortprinzip anordnete und das Herkunftslandprinzip primär nur für die dezentralen Internetöffentlichkeiten ohne Nutzerinhalte beibehielt, vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 DSA.

Dennoch ist dem deutschen Gesetzgeber sein unionsrechtswidriges Vorgehen vorzuwerfen. Es hat das bestehende Unionsrecht zu wahren. Dabei stellt sich offen die Frage, warum er es bei keiner seiner den koordinierten Bereich der ECRL betreffenden Regulierungen geschafft hat, die Ausnahmevorschrift zum Herkunftslandprinzip ordnungsgemäß anzustrengen. Er hätte lediglich die Verfahrensvorschrift aus Art. 3 Abs. 4 lit. b) ECRL einhalten müssen, um für die Anwendbarkeit seiner Vorschriften und Rechtssicherheit zu sorgen. Da er dies nicht tat, sind große Teile seiner jüngeren Regulierung vor allem auf diejenigen Dienste unanwendbar, denen die Regulierung primär gelten müsste: Die (nutzerstarken) sozialen Netzwerke.

Diese notorische Unfähigkeit, das Unionsrecht in Bezug auf die fundamentalen Regelungsadressaten zu wahren, rückt die deutsche Regulierung weder im Staatenverbund der EU noch speziell bei der Bekämpfung von „Fake News“ in ein gutes Licht. Schlussendlich entwertet sich die deutsche Regulierung mangels ihrer Anwendbarkeit auf die regulierungsbedürftigen Dienste in großen Teilen selbst. Das muss alles in allem als desolat bewertet werden.

## **IX. Vorzeitiger Nachruf zum NetzDG: Ein die Adressaten und „Fake News“ verfehlender „Etikettenschwindel“**

Das NetzDG verliert mit Geltungsbeginn des DSA für alle Dienste am 17. Februar 2024 – ab dem 25. August 2023 bereits für sehr große Online-Plattformen, wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok*, *Twitter*, oder *YouTube* – seinen Anwendungsbereich vollständig.<sup>2341</sup> An der desolaten Bekämpfung von „Fake News“ änderte es aber ohnehin allenfalls bedingt etwas. Denn das NetzDG „muss sowohl hinsichtlich seines persönlichen wie auch seines ursprünglich intendierten sachlichen Anwendungsbereiches als Etikettenschwindel bezeichnet werden.

Zum einen wird der in der Gesetzesbegründung genannte Zweck, die Bekämpfung von „Fake News“, kaum erreicht.<sup>2342</sup> Denn der enge Anwendungsbereich im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst nur ausgewählte Straftaten, nicht aber weitergehende meinungsverzerrende Desinformation. Der Gesetzgeber hat sich von Anfang nicht mit der allesentscheidenden Frage auseinandergesetzt, was unter dem Begriff „Fake News“ zu verstehen sein soll und bürdet das originäre Ziel des Gesetzes vielmehr den Diensten im Rahmen ihrer Selbstregulierung auf, ohne dabei die vieldiskutierte und Fachgerichte über Jahre hinweg beschäftigende Frage der Zulässigkeit von Löschungen auf Grundlage von Community Standards zum Anlass

<sup>2341</sup> Siehe Abschnitt „Inkrafttreten und Geltung, Art. 93 DSA“ unter Punkt F. V.

<sup>2342</sup> Siehe Abschnitt „*Etikettenschwindel*“: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“ unter Punkt E. V. 3.



zu nehmen, den Diensten Maßstäbe an die Hand zu geben.<sup>2343</sup> Im Gegenteil lässt es der Gesetzgeber offen auf eine die Kommunikationsgrundrechte verletzende „Overblocking“-Praxis der Dienste auf Grundlage ihrer Gemeinschaftstandards ankommen. Ein Mehrwert im grundrechtskonformen Kampf gegen „Fake News“ kann aus diesem Ansatz nur schwerlich gezogen werden.

Dabei war das NetzDG entgegen aller Kritiken seit seinem Inkrafttreten im Jahr 2017 mit den Kommunikationsgrundrechten der Dienstanutzer vereinbar.<sup>2344</sup> Der vom NetzDG gesetzte Anreiz zugunsten einer Praxis des „Overblockings“, die eine Gefahr für die Kommunikationsfreiheiten der Nutzer darstellt, lässt sich indes über eine grundrechtskonforme Auslegung des Netzwerknutzungsvertrages ausgleichen. Denn hierdurch wird die vom NetzDG perpetuierte Haftungs- bzw. Anspruchssymmetrie dadurch ausgeglichen, dass der Nutzer einen – wenngleich nicht vorbehaltlosen – Anspruch auf Veröffentlichung<sup>2345</sup> von Inhalten in den Diensten erhält, der rechtswidrigen Löschungen entgegengesetzt werden kann.

Zum anderen verfehlt das NetzDG die vom Gesetzgeber intendierten und regulierungsbedürftigen Adressaten.<sup>2346</sup> Denn in Bezug auf soziale Netzwerke, die nicht Videosharing-Dienste im Sinne des § 3d Abs. 1 Nr. 1 NetzDG sind, ist das NetzDG unionsrechtswidrig, so dass es sich auf *Facebook*, *Instagram* oder *Twitter de iure* nicht anwenden lässt. In Bezug auf Videosharing-Dienste ist es unionsrechtskonform, dafür aber grundsätzlich nur auf Dienste mit Sitz in Deutschland anwendbar, so dass etwa *TikTok* oder *YouTube* nicht adressiert werden.

Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass das NetzDG den Weg für die nachfolgende europäische Regulierung geebnet hat. Im Kampf gegen „Fake News“ stellt das NetzDG aufgrund seiner Zweckverfehlung aber dennoch nur einen wirkungslosen symbolpolitischen Akt dar.

## **X. Digital Services Act: Ein großer Schritt für die EU, ein kleiner gegen „Fake News“**

Die in den DSA gesetzte große Hoffnung einer umfassenden europäischen Regulierung der Online-Kommunikation lässt sich in Bezug auf die Bekämpfung der Desinformationsverbreitung eher als kleiner Hoffnungsschimmer bezeichnen.

<sup>2343</sup> Siehe Abschnitt „Das NetzDG setzt auf die Selbstregulierung der Dienste“ unter Punkt E. V. 4.

<sup>2344</sup> Siehe Abschnitt „NetzDG mit der Meinungsfreiheit der Nutzer vereinbar“ unter Punkt E. V. 1.

<sup>2345</sup> Siehe ebd. und Abschnitt „Anspruch auf Veröffentlichung“ unter Punkt E. IV. 7. b).

<sup>2346</sup> Siehe Abschnitt „Das NetzDG verfehlt seine Regelungsadressaten“ unter Punkt E. V. 2.

Der DSA lässt – ab seiner Geltung (Art. 93 DSA) – der NetzDG-Regulierung keinen Anwendungsbereich mehr.<sup>2347</sup> Begrüßenswert ist, dass der DSA – auch kleine – „Hosting“-Dienste wie soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste wegen des ihm zugrundeliegenden Marktortprinzips unabhängig von ihrem Sitz erfasst, wenn sie ihre Leistungen in der EU anbieten.<sup>2348</sup>

Der DSA übernimmt die Regulierungslogik des NetzDG und ordnet ein dem § 3 NetzDG vergleichbares Beschwerdemanagement mit Löschpflichten an.<sup>2349</sup> Der DSA stopft dabei maßgeblich die durch die Unionsrechtswidrigkeit bedingten Anwendbarkeitslücken des NetzDG und bezieht – weiter als das NetzDG – jedweden rechtswidrigen Inhalt ein.<sup>2350</sup> Insgesamt geht der umfangreiche DSA in Bezug auf das Löschen rechtswidriger Inhalte aber kaum über das im Vergleich relativ knapp gehaltene NetzDG hinaus, da die Novellierung des NetzDG durch das Einführen des weiten Beschwerdebegriffs von § 1 Abs. 4 NetzDG dazu geführt hat, dass alle beanstandeten Inhalte zunächst dem Beschwerdemanagement des NetzDG unterfallen; die Anbieter mussten Inhalte folglich unverzüglich zur Kenntnis nehmen (§ 3 Abs. 1 NetzDG), so dass – falls nicht die Löschpflichten aus § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 i. V. m. § 1 Abs. 3 NetzDG aktiviert wurden – das Löschregime nach der Allgemeinen Störerhaftung eingriff und wegen der in Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL – umgesetzt durch § 10 TMG – angeordneten „Host-Provider“-Haftung kein nennenswerter Unterschied mehr zwischen den parallel laufenden Löschregimen bestand.<sup>2351</sup> Da auch der DSA auf dem Institut der „Host-Provider“-Haftung aufbaut (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSA), werden sich der DSA und das NetzDG hinsichtlich der Zeiträume, die zwischen dem Melden und Löschen eines Inhalts liegen, nicht unterscheiden.<sup>2352</sup> Die einzige, offenbar durch das Vorbild des NetzDG beeinflusste Neuerung im Vergleich zur ECRL ist, dass die Dienste ein Beschwerdemanagement vorhalten müssen, in dem Nutzerbeschwerden unverzüglich wahrgenommen werden, um die Beschwerdebearbeitung zu beschleunigen. Diese schon in § 3 Abs. 1 NetzDG enthaltene Pflicht erweist sich daher nicht als bahnbrechender Fortschritt.

Ungeachtet seiner teils positiv zu bewertenden Ansätze – etwa die Präferenzresetfunktion (Art. 27 Abs. 3 i. V. m. Art. 38 DSA)<sup>2353</sup> – beinhaltet der DSA aus kommunikationsgrundrechtlicher Perspektive auch abzulehnende Regelungen, wie

<sup>2347</sup> Siehe Abschnitt „Anwendungsbereich und Verhältnis zu nationalen Regelungen“ unter Punkt F. I.

<sup>2348</sup> Siehe Abschnitt „Persönlicher Anwendungsbereich, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 lit. g) DSA“ unter Punkt F. I. 2, Abschnitt „Persönlicher Anwendungsbereich: Marktortprinzip, Art. 2 Abs. 1 DSA“ unter Punkt F. I. 3 und Abschnitt „Einheitliche statt einzelstaatliche Regulierung der Anbieter nach dem Marktortprinzip“ unter Punkt F. VI. 1.

<sup>2349</sup> Siehe Abschnitt „Melde- und Abhilfeverfahren, Art. 16 DSA“ unter Punkt F. II. 3. b) aa) (i).

<sup>2350</sup> Siehe Abschnitt „Illegale Inhalte und „Fake News“ unter Punkt F. I. 4. a).

<sup>2351</sup> Siehe Abschnitt „*Etikettenschwindel*“: Gesetz zur Bekämpfung von „Fake News“ unter Punkt E. V. 3.

<sup>2352</sup> Siehe Abschnitt „Melde- und Abhilfeverfahren, Art. 16 DSA“ unter Punkt F. II. 3. b) aa) (i).

<sup>2353</sup> Siehe Abschnitt „Algorithmtransparenz, Art. 27 DSA“ unter Punkt F. II. 3. b) bb) (viii), Abschnitt „Vorlegen einer Option zum jeweils verwendeten Empfehlungssystem, Art. 38 DSA“ unter Punkt F. II. 3. c) dd) und Abschnitt „Vorstoß durch Filterreset“ unter Punkt F. VI. 9.

beispielsweise die Möglichkeit der adressierten Dienste, Nutzerinhalte mittels automatisierter Technik zu löschen (Art. 16 Abs. 6 S. 2 DSA). Denn Algorithmen können keine kontextbezogene Auslegung von Äußerungsinhalten vornehmen, die aber gerade konstitutiv für die juristische Bewertung einer Aussage ist. Insoweit setzt sich der europäische Gesetzgeber sogar selbst in Widerspruch zu seiner Zwecksetzung aus Art. 1 Abs. 1 DSA, ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdigen Online-Umfeld zu schaffen, in dem die Grundrechte wirksam geschützt werden.

### **1. Die DSA-Löschpflicht optimiert den Kampf gegen „Fake News“ nur unerheblich**

Auch in Bezug auf „Fake News“ fällt das Resümee dürrig aus. Der europäische Gesetzgeber hatte die von „Fake News“ ausgehenden Gefahren zwar offenkundig im Blick (vgl. Art. 34 Abs. 1 S. 3 lit. c) DSA i. V. m. Erwägungsgrund 82 sowie die Erwägungsgründe 9, 69, 83 f., 88, 95, 104, 106, 108). Dennoch handelt es sich bei der Umsetzung im DSA wie schon beim deutschen NetzDG um „Augenwischerei“. Die Verbreitung von Desinformation wird nicht gebannt oder überhaupt ausdrücklich adressiert.<sup>2354</sup>

Nach der Löschpflicht des Art. 16 DSA sind Desinformationen nur zu löschen, wenn es sich bei ihnen um strafbare Inhalte handelt. Diese Rechtspflicht ist erstens kein Novum, sondern bestätigt nur das, was schon Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL seit dem Jahr 2000 vorschrieb. Zweitens wirkt auch dieser Mechanismus retrospektiv, so dass die für die Verbreitung von Desinformation erwiesenen kognitionswissenschaftlichen Erkenntnisse durchschlagen. Es besteht gleichwohl einerseits eine gewisse Hoffnung, dass die Beschwerdebearbeitung nach dem DSA in bestimmten Fällen so schnell erfolgen kann, dass nur wenige Rezipienten mit strafbarer Desinformation konfrontiert sind und die Gefahr von nachhaltigen Meinungsverzerrungen reduziert wird. Die DSA-Löschpflicht differenziert zwar für die Beschwerdebearbeitung nicht zwischen offensichtlich rechtswidrigen und rechtswidrigen Inhalten. In der Praxis dürfte sich diese Differenzierung aber aus sich heraus in dem Löschverhalten der Dienste abzeichnen: Steht einem Inhalt die Rechtswidrigkeit auf die Stirn geschrieben, dann handelt es sich mit anderen Worten um einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt, der unmittelbar bei Kenntnisnahme (Art. 6 DSA) gelöscht werden muss, da ansonsten gegen die Verpflichtung, rechtswidrige Inhalte zügig zu löschen, verstoßen würde.<sup>2355</sup>

Andererseits wird diese Hoffnung durch begründete Zweifel wieder gedämpft: Denn die wenigsten „Fake News“ werden offensichtlich rechtswidrig sein, so dass sich die Kenntniserlangung ihrer Rechtswidrigkeit bei der Beschwerdebearbeitung länger hinziehen kann.

<sup>2354</sup> Siehe Abschnitt „Der „Etikettenschwindel“ der Regulierung in Bezug auf „Fake News“ unter Punkt F. VI. 2.

<sup>2355</sup> Siehe ebd.

Drittens besteht – unabhängig davon, dass sich die Rechtswidrigkeit eines Inhalts sowohl aus dem nationalen als auch dem Unionsrecht ergeben kann – *de lege lata* keine Norm, die eine Desinformationsverbreitung untersagt, die gezielt demokratische Prozesse beeinträchtigen soll. Dementsprechend werden gerade diese Teile der Desinformationsverbreitung nicht erfasst und der Kampf gegen „Fake News“ in dieser Hinsicht nicht optimiert.<sup>2356</sup>

## **2. Die Verantwortung der Desinformationsunterbindung liegt weiter bei den privaten Diensten**

Statt einer austarierten Regelung im Umgang mit „Fake News“ bürdet der DSA den Diensteanbietern die Verantwortung der Bekämpfung von „Fake News“ auf, indem er evident auf die Selbstregulierung durch die Dienste setzt. So sind die Diensteanbieter dazu berufen, Gemeinschaftstandards aufzustellen, die bestimmte Inhalte untersagen und die Dienste im Falle der Verbreitung dieser Inhalte zum Löschen ermächtigt, Art. 14 DSA.

Welche Anforderungen die Entfernungen auf Grundlage der Gemeinschaftstandards erfüllen müssen, zeigt der DSA nur rudimentär in Art. 14 Abs. 4 DSA auf: Die Dienste müssen „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorgehen. Der DSA erlegt den Privaten hierdurch eine Grundrechtsabwägung auf, lässt sie aber über Maßstäbe, an denen sich diese Abwägung zu orientieren hat, im Dunkeln.<sup>2357</sup> Dabei mündeten viele der nationalen im Zusammenhang mit Inhaltslöschungen in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten geführten Rechtstreitigkeiten der letzten Jahre in der Frage, ob und, wenn ja, inwiefern, rechtmäßige, aber den Gemeinschaftstandards zuwiderlaufende Inhalte gelöscht werden dürfen.

Dies verdeutlicht bereits die Zweifel daran, ob die Privaten von der sehr abstrakten Maßgabe des Art. 14 Abs. 4 DSA tatsächlich auf die von ihnen beim Löschen nach Gemeinschaftstandards einzuhaltenden Anforderungen schließen können.

Vielmehr wäre es in Anbetracht der grundrechtssensiblen Fragen zu zulässiger Kommunikation angezeigt gewesen, die Anforderungen verständlich und unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung teils konträr beantworteten Fragen<sup>2358</sup> einheitlich auszuformulieren, um ein den Kommunikationsfreiheiten widersprechendes „Overblocking“ durch die Privaten über ihre Gemeinschaftstandards zu vermeiden. Denn nach den Privaten sind es erneut die Fachgerichte, die die unklaren Regelungen anhand der Unionsgrundrechte auslegen und richterrechtlich – unter

<sup>2356</sup> Siehe Abschnitt „Der „Etikettenschwindel“ der Regulierung in Bezug auf „Fake News“ unter Punkt F. VI. 2.

<sup>2357</sup> Siehe Abschnitt „Die zwei Seiten der Medaille der Ko-Regulierung bei unzureichend gesetzten Maßstäben“ unter Punkt F. VI. 3.

<sup>2358</sup> Siehe Abschnitt „(Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen“ unter Punkt E. IV. 6.

Umständen durch den EuGH – konkretisieren müssen. Dies befriedigt grundrechtlich nicht.<sup>2359</sup> Diese Unklarheiten sollte der europäische Gesetzgeber ausbessern und Nachbesserungen zum Schutz der Kommunikationsfreiheiten vornehmen.

Inwiefern sich der neuartige, sehr große Online-Plattformen i. S. d. Art. 33 DSA adressierende und auf eine eigenverantwortliche Selbstregulierung abzielende Risikobewertungs- und Risikominimierungsmechanismus (Art. 34 ff. DSA) positiv im Kampf gegen „Fake News“ auswirken wird, lässt sich zwar zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht vollumfänglich absehen. Er lässt aber hoffen, dass die Netzwerke Risikominimierungsmaßnahmen vornehmen, die den kognitionswissenschaftlichen Erkenntnissen im Zusammenhang mit der Desinformationsverbreitung Rechnung tragen. Da für diese Mechanismen allerdings keine Durchsetzungsmöglichkeiten bestehen und die Risikominimierung erheblich in das Geschäftsmodell des jeweiligen Dienstes eingreifen kann, bestehen jedenfalls begründete Zweifel daran, dass die Dienste eigenständig eine besonders wirksame, aber unter Umständen die Dienste stark einschränkende Selbstregulierung vornehmen werden.<sup>2360</sup>

Über das Novum des Krisenreaktionsmechanismus (Art. 36 DSA) können Dienste zwar verpflichtet werden, bestimmte Maßnahmen im Krisenfall vorzunehmen. Für die Bekämpfung von „Fake News“ wird dieses Institut aber schon konzeptionell keinen positiven Beitrag leisten können. Denn damit der Mechanismus ausgelöst werden kann, muss eine entsprechende, von der Kommission als solche eingestufte Krise bereits eingetreten sein.<sup>2361</sup> Liegt ein Krisenfall wegen verbreiteter „Fake News“ vor, sind zwingend auch die kognitionswissenschaftlichen Folgen ihrer Verbreitung in besonderer Weise eingetreten. Eine Korrektur der gebildeten Meinungen scheint dann nicht mehr möglich.

Die Ausarbeitung freiwilliger Krisenprotokolle (Art. 48 Abs. 2 DSA) durch die Dienste könnte zielführender sein, da diese Protokolle schneller eingreifen könnten. Auch sie sind aber ohne eine entsprechende Verpflichtungszusage der Dienste nicht verbindlich.<sup>2362</sup>

All das verdeutlicht, dass der EU-Gesetzgeber die Bekämpfung von „Fake News“ in das – uneinheitliche – Belieben der Netzwerke stellt und kaum Möglichkeiten hat, den Kampf aktiv zu beeinflussen. Dabei hätte man eine einheitliche Richtschnur der EU erwarten dürfen.

<sup>2359</sup> Siehe Abschnitt „Die zwei Seiten der Medaille der Ko-Regulierung bei unzureichend gesetzten Maßstäben“ unter Punkt F. VI. 3.

<sup>2360</sup> Siehe Abschnitt „Eigene Risikobewertungen als Grundlage weiterer Selbstbeschränkung?“ unter Punkt F. VI. 13.

<sup>2361</sup> Siehe Abschnitt „Krisenreaktionsmechanismen als effektive und rechtzeitige Mittel zur Krisenbewältigung?“ unter Punkt F. VI. 14.

<sup>2362</sup> Siehe Abschnitt „Kooperative Krisenbewältigung“ unter Punkt F. II. 3. c) bb) (iv).

## XI. Regulierungsvorschläge für den deutschen Gesetzgeber

Auch wenn unter den aktuellen Gegebenheiten mangels einer feststellbaren existenziellen Gefährdung des normativen Vielfaltsleitbildes eine gesetzgeberische Schutzpflicht noch nicht zweifelsfrei ausgelöst wird, ist der deutsche Gesetzgeber nicht gehindert, Schutzvorkehrungen zugunsten der durch „Fake News“ beeinträchtigten Rechtsgüter in Gesetzesform zu schaffen, damit Schutzpflichten gar nicht erst aktiviert werden.<sup>2363</sup> Dies ist im Zusammenhang mit der Verbreitung von Desinformation umso wichtiger, da eine einmal auf ihrer Grundlage gebildete Meinung nur noch schwer korrigierbar ist.<sup>2364</sup> Hierzu muss der Gesetzgeber gar nicht stets unmittelbar an der Desinformationsverbreitung selbst anknüpfen. Vielmehr zeigt sich etwa anhand des NetzDG, dass auch ein Gesetz, das eigens zur Bekämpfung von „Fake News“ (und „Hassrede“) geschaffen wurde, nicht unbedingt einen erheblichen Mehrwert gegen die Desinformationsverbreitung erbringen muss. Der Bezugsrahmen ist deutlich größer und wird oft in der bloßen Abstützung einer freien, unverzerrten Meinungsbildung zu suchen sein.

Dabei kann im Zeitalter der weltumspannenden Internetkommunikation nur eine die staatlichen Grenzen überschreitende Regulierung effektiv sein. Solche Gesetzesvorhaben, die auch Dienste mit Sitz in EU-Mitgliedstaaten erfassen, müssen das Unionsrecht wahren. Dies erschwert die nationalstaatliche Regulierung im Bereich der grenzüberschreitenden Internetkommunikationsangebote. Jede Regelung hat das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 Abs. 2 ECRL einzuhalten, wenn sie nicht den koordinierten Bereich des DSA (Art. 1 Abs. 1 und 2 DSA), aber den aus Art. 2 lit. h) ECRL betrifft, etwa weil Vorschriften das Verhalten des Diensteanbieters, die Qualität oder den Inhalt des Dienstes regeln, vgl. Art. 2 Abs. 3 DSA.

Das bedeutet, dass der deutsche Gesetzgeber Diensteanbietern mit Sitz in nicht-deutschen Mitgliedstaaten grundsätzlich keine Regelungen auferlegen darf, ohne dass der Herkunftsstaat vergleichbare Regeln vorhält. Will sich der deutsche Gesetzgeber über das Herkunftslandprinzip hinwegsetzen, muss er die Ausnahmenvorschrift des Art. 3 Abs. 4 ECRL bemühen.<sup>2365</sup> Dasselbe gilt nach Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018) für die Regulierung von Videosharing-Diensten. i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. b) aa) AVMD-RL (2018).<sup>2366</sup> Das verdeutlicht das Verlangen nach einer einheitlichen unionsrechtlichen Lösung, die auch der DSA nicht leisten wird.

<sup>2363</sup> Siehe Abschnitt „Staatliche Schutzpflichten für widerstreitende Verfassungsgüter“ unter Punkt G. I.

<sup>2364</sup> Siehe ebd.

<sup>2365</sup> Siehe zu den bestehenden Schwierigkeiten den Abschnitt „Netzwerkgerichtete Kennzeichnungspflicht nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4 MStV) und Art. 3“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iii).

<sup>2366</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 und 3 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) und Art. 28a AVMD-RL (2018)“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (iv).

Der Herkunftsstaat Irland, in dem einige populäre Dienste ihren (europäischen) Sitz<sup>2367</sup> haben, hält in seiner Rechtsordnung keine gesetzlichen Äquivalente für die hier vorgeschlagenen Maßnahmen vor, so dass der deutsche Gesetzgeber – soweit der koordinierte Bereich der ECRL betroffen ist – stets die Ausnahmvorschrift des Art. 3 Abs. 4 ECRL bemühen muss.

Unter diesen Maßgaben und Berücksichtigung des bestehenden regulatorischen Verbesserungsbedarfs werden dem deutschen Gesetzgeber folgende Regulierungsvorschläge für „Social Bots“ (1.) sowie soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste (2.) angeraten:

### 1. „Social Bots“: Nachbesserung bestehender Kennzeichnungspflichten

Im Zusammenhang mit der „Social Bot“-Kommunikation ist dem Gesetzgeber vor allem zur Überarbeitung der schon in § 18 Abs. 3 MStV für den „Bot“-Verwender und in § 93 Abs. 4 und § 97 S. 2 MStV für soziale Netzwerke betreibende Medienintermediäre und Videosharing-Dienste angeordneten Kennzeichnungspflichten zu raten. Hierzu stehen ihm unterschiedliche verfassungs- und unionsrechtskonforme Optionen zur Verfügung, um eine transparente, unverzerrte Meinungsbildung abzusichern.

#### *a) Kennzeichnungspflichten und das Herkunftslandprinzip*

Kennzeichnungspflichten für „Social Bots“ betreffen nicht den koordinierten Bereich des DSA. Die Frage, unter welchen Maßgaben der deutsche Gesetzgeber die „Social Bot“-Kommunikation – auch von „Bot“-Verwendern, die in anderen Mitgliedstaaten sitzen – unionsrechtskonform regeln kann, hängt davon ab, ob das Herkunftslandprinzip überhaupt gilt. Hierfür müsste das „Bot“-Programm einen Dienst der Informationsgesellschaft i. S. d. Art. 2 lit. a) ECRL darstellen, was jedoch nicht einheitlich beantwortet werden kann. Denn dies setzt grundsätzlich die Entgeltlichkeit des Dienstes voraus, was von der konkreten Ausgestaltung durch den jeweiligen „Bot“-Hersteller abhängt.<sup>2368</sup> Soweit die Entgeltlichkeit angenommen wird, kann der Gesetzgeber die „Social Bot“-Kommunikation nur unter den Voraussetzungen der Ausnahme zum Herkunftslandprinzip (Art. 3 Abs. 4 ECRL) regulieren, da wiederum nicht alle Mitgliedstaaten, beispielsweise Irland<sup>2369</sup>, die „Bot“-Kommunikation regulieren.

<sup>2367</sup> Vgl. *Anlage 1–5*.

<sup>2368</sup> Siehe Abschnitt „Nutzergerichtete Kennzeichnungspflicht aus § 18 Abs. 3 MStV“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (i).

<sup>2369</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht“ unter Punkt G. II. 1.a).



*b) Klarstellung, in welcher Art und Weise die Kennzeichnung erfolgen muss*

Ungeachtet des Herkunftslandprinzips sind gesetzliche Klarstellungen unions- und grundrechtlich zulässig, die festlegen, in welcher Art und Weise eine „Bot“-Kennzeichnung erfolgen muss, damit sichergestellt werden kann, dass der Zweck der Kennzeichnungspflichten nicht leerläuft.<sup>2370</sup> Mit dieser Nachjustierung könnte vermieden werden, dass eine Kennzeichnung für den Rezipienten nicht wahrnehmbar am Ende eines Beitrages mittels „Hashtags“ in einer fremden Sprache erfolgt. Die geringinvasiven Eingriffe in die Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender und die Berufsfreiheit der Netzwerk- und Videosharing-Dienstanbieter sind durch das überwiegende Interesse an einer transparenten Meinungsbildung verfassungsmäßig gerechtfertigt.<sup>2371</sup>

*c) Kennzeichnungsfristen für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste*

Unions- und grundrechtskonform könnten den sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten Fristen zur Erkennung und Kennzeichnung von „Bot“-Content auferlegt werden, nach denen sie „Bot“-Aktivität „alsbald“ erkennen und ihre Inhalte anschließend „unverzüglich“ kennzeichnen müssten. Das würde die Anforderungen an ihre bloß bestehende „Bemühungspflicht“ konkretisieren. Unionsrechtlich wäre das Herkunftslandprinzip nach den obigen Maßnahmen zu berücksichtigen. Art. 15 ECRL stünde einer solchen Regelung nicht im Wege, da für die Netzwerke und Videosharing-Dienste keine allgemeine Nachforschungspflicht hinsichtlich rechtswidriger Inhalte besteht; die „Bot“-Nutzung als solche ist nicht rechtswidrig. Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL stünde nicht entgegen, weil sein Anwendungsbereich schon gar nicht eröffnet ist, da es bei der Kennzeichnung nicht um ein Löschen von Inhalten geht.<sup>2372</sup> Die leichten Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber und in die Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender unterliegen dem herausgehobenen Interesse an einer unverzerrten Meinungsbildung.<sup>2373</sup>

*d) Erweitern der nutzergerichteten Kennzeichnungspflicht auf ausländische „Bot“-Nutzer*

Eine allgemeine, auf jeden Nutzer ungeachtet seines Herkunftsortes erweiterte Kennzeichnungspflicht wäre – unter Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips – unions- und grundrechtlich unbedenklich, nicht aber ein Kennzeichnungszusatz nur für nichtdeutsche Nutzer<sup>2374</sup>, dass der entsprechende „Bot“ aus dem Ausland

<sup>2370</sup> Siehe Abschnitt „Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung“ unter Punkt G. II. 3. a).

<sup>2371</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit der Klarstellungen zur Art und Weise der Kennzeichnung“ unter Punkt G. II. 3. a) bb) (iv).

<sup>2372</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit Unionsrecht“ unter Punkt G. II. 3. b) aa).

<sup>2373</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt G. II. 3. b) bb).

<sup>2374</sup> Siehe ebd. und Abschnitt „Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht“ unter Punkt G. II. 3. c) aa).

verwendet wird. Letzterem stünde unionsrechtlich – neben dem Herkunftslandprinzip – das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV entgegen.<sup>2375</sup> Grundrechtlich stünde die Meinungsfreiheit des „Bot“-Verwenders aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG aufgrund der stigmatisierenden Wirkung der Kennzeichnung sowie und der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG mangels sachlicher Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von „Bot“-Nutzern aus dem Ausland entgegen.<sup>2376</sup>

*e) Erweitern der Dienstpflicht auf nichtgewinnorientierte Videosharing-Dienste*

Um auch nichtgewinnorientierte Videosharing-Dienste zu erfassen, die bloß aufgrund ihrer fehlenden Gewinnorientierung kein soziales Netzwerk i. S. d. § 1 Abs. 1 NetzDG darstellen, kann der Gesetzgeber in unions-<sup>2377</sup> und grundrechtskonformer<sup>2378</sup> Weise den Anwendungsbereich der Kennzeichnungspflichten auf Videosharing-Dienste erweitern. Unionsrechtlich muss für die Videosharing-Dienste i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. b) aa) AVMD-RL (2018) das Herkunftslandprinzip aus Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL (2018) i. V. m. Art. 3 Abs. 2 ECRL beachtet werden, so dass bei einer deutschen Regulierung die Ausnahmenvorschrift des Art. 3 Abs. 4 ECRL ausgelöst werden muss.<sup>2379</sup> Weitere unionsrechtliche Vorgaben für Videosharing-Dienste, etwa aus Art. 28b AVMD-RL (2018) sind nicht betroffen. Grundrechtlich besteht auch in diesen Diensten ein herausgehobenes Interesse an einer unverzerrten Meinungsbildung, während die Erweiterung der Pflicht auf nichtgewinnorientierte Dienste nichts an der Eingriffsintensität für Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender ändert. Der unter Umständen höheren Eingriffsintensität in die Berufsausübungsfreiheit der Betreiber nichtgewinnorientierter Dienste kann verfassungsgemäß begegnet werden, indem eine Mindestnutzerzahl, etwa die Zahl der aktiven oder registrierten Nutzer im Inland, für die Geltung der Pflicht festgesetzt wird, die sicherstellt, dass ein etwaiger Erfüllungsaufwand aufgefangen werden kann.

<sup>2375</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht“ unter Punkt G. II. 3. c) aa).

<sup>2376</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt G. II. 3. c) bb).

<sup>2377</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit Unionsrecht“ unter Punkt G. II. 3. d) aa).

<sup>2378</sup> Siehe Abschnitt „Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit der Anbieter von Videosharing-Diensten aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Meinungsfreiheit der „Bot“-Verwender aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG“ unter Punkt G. II. 3. d) bb).

<sup>2379</sup> Siehe Abschnitt „Kennzeichnungspflicht für Videosharing-Dienste nach dem Marktortprinzip (§ 1 Abs. 8 S. 1 und 3 MStV i. V. m. § 93 Abs. 4, § 97 S. 2 MStV) und Art. 28a AVMD-RL (2018)“ unter Punkt E. II. 2. e) bb) (v).

## 2. Soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste

Dem bislang bei der Regulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste zurückhaltend agierenden deutschen Gesetzgeber stehen zahlreiche unions- und grundrechtskonforme Handlungsoptionen zur Abstützung einer pluralen, unverzerrten, desinformationsfreien Meinungsbildung im Rahmen der Online-Kommunikation zur Verfügung.

### *a) Rechte für Faktenprüfer als den Widersachern der „Fake News“*

Exemplarisch könnte er die Wirkung von Desinformation und damit auch ihren Verbreitungsgrad schnell und effizient senken, indem er unabhängige, staatsfreie Fakten-Check-Agenturen mit gesetzlichen Zugangs-, Kennzeichnungs- und Auskunftsrechten zu sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten ausstattet. Unabhängige Faktenprüfungen können insoweit einen großen Beitrag bei der Vermeidung einer durch „Fake News“ beeinträchtigten Meinungsbildung leisten. Die Zugangs-, Kennzeichnungs- und Auskunftsrechte würden sicherstellen, dass Prüfungen effizient stattfinden, Inhalte rasch enttarnt und die Kennzeichnungen schnellstmöglich von Rezipienten wahrgenommen werden können.<sup>2380</sup> Durch die Einrichtung eines internationalen Faktenprüfungsnetzwerks könnten Prüfungen noch zeit- und ressourcenökonomischer vonstattengehen.<sup>2381</sup>

Die Möglichkeit eines kurzfristigen Enttarnens von wertfreier und wissenschaftlich erwiesener Desinformation durch Kennzeichnungen hätte den Vorteil, dass die kognitionswissenschaftlichen Wirkungen der Desinformationsverbreitung bei den nach der Kennzeichnung mit dem Inhalt in Berührung gelangenden Nutzern nicht mehr eintreten. Diese Maßnahme hätte also nicht bloß retrospektive, sondern in Teilen auch prospektive Wirkung und könnte kognitiv eintretende „Primacy Effects“ verringern. Mit dem Kennzeichnungsrecht sollte die Pflicht des Dienstbetreibers einhergehen, den früheren Rezipienten der „Fake News“ die falsifizierende Kennzeichnung mitzuteilen.

Die Zugangs- und Kennzeichnungsrechte fallen nicht in den koordinierten Bereich des Art. 1 Abs. 1 DSA, jedoch in den des Art. 2 lit. h) ECRL, so dass der deutsche Gesetzgeber das Herkunftslandprinzip beachten, respektive für die hier näher betrachteten Dienste mangels bestehender gesetzlicher Äquivalente im Herkunftsland Irland<sup>2382</sup> eine Ausnahme gem. Art. 3 Abs. 4 ECRL etablieren müsste.<sup>2383</sup> Zugangsrechte wären mit der Berufsausübungsfreiheit der Netzwerk- und Videosharing-Diensteanbieter vereinbar. Der geringinvasive Eingriff, der durch die nach dem Geschäftsmodell von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten selbst-

<sup>2380</sup> Siehe Abschnitt „Arbeitsweise und Aufgaben“ unter Punkt G. III. 2. a).

<sup>2381</sup> Siehe Abschnitt „Internationales Fakten-Check-Netzwerk“ unter Punkt G. III. 2. a) aa) (i).

<sup>2382</sup> Siehe *Anlage 1–5*.

<sup>2383</sup> Siehe Abschnitt „Kompetenzen von Faktenprüfern“ unter Punkt G. III. 2. b).

bindende Öffnung des Dienstangebotes für jedermann noch verringert wird, kann durch den hohen Stellenwert der Faktenprüfungen für den herausragenden Belang einer unverzerrten Meinungsbildung verfassungsmäßig gerechtfertigt werden.<sup>2384</sup>

Die Kennzeichnungsrechte lassen sich in engen Grenzen mit Grundrechten vereinbaren. Das überragende Interesse an einer unverzerrten Meinungsbildung in den teils als Vehikel zur Desinformationsverbreitung verwendeten nutzerstarken Internetöffentlichkeiten überwiegt das Interesse an der Meinungsfreiheit derjenigen, deren Inhalte als falsifiziert gekennzeichnet werden, und an der Berufsausübungsfreiheit der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste. Der Meinungsfreiheit kommt in diesem Zusammenhang ein geringes Gewicht zu, da die Verbreitung von falschen Informationen nicht schutzwürdig ist.<sup>2385</sup> Zwingend dürfen Kennzeichnungen der Wechselwirkungslehre entsprechend nur bei wissenschaftlicher Unrichtigkeit eines verbreiteten wertfreien Inhalts erfolgen.<sup>2386</sup> Andernfalls wären Gefahren für die demokratische Meinungsbildung zu befürchten. Der Eingriff der Kennzeichnungspflicht in die Berufsausübungsfreiheit der Dienste wiegt erstens nicht schwer, da die Kennzeichnungspflicht primär eine Organisationspflicht für die Dienste darstellt, die dazu verpflichtet, Kennzeichnungen zuzulassen und die Resultate der Faktenprüfungen bei den jeweils vermittelten Inhalten mitanzuzeigen. Sie müssten bloß einen Kennzeichnungsmechanismus schaffen, ohne aber den Faktenprüfern Zugang zu sensiblen Geschäftsdaten zu geben.<sup>2387</sup> Dieser Eingriff ist durch vernünftige Belange des Allgemeinwohls – hier: dem Schutz einer unverzerrten Meinungsbildung – gerechtfertigt, da Nutzer befähigt werden, ihre Meinung auf wahre Information zu gründen, was nicht zuletzt in den non-permeablen Filterblasen von nicht zu überschätzendem Wert ist.<sup>2388</sup>

Das Auskunftsrecht für Faktenprüfer zielt darauf ab, eine kostenfreie und kurzfristige Auskunft gegenüber Behörden zu ermöglichen, damit Faktenprüfungen schnell und effizient erfolgen können. Hierzu kann ein Auskunftsanspruch orientiert an den Rechten aus § 5 MStV (für Rundfunkveranstalter), der wegen § 18 Abs. 4 MStV auch für journalistisch-redaktionelle Telemedien gilt, geschaffen werden, nach dem grundsätzlich alle staatlichen Stellen den Medienvertretern zur Auskunft verpflichtet sind. Die bestehenden Auskunftsrechte können weder direkt noch analog für Faktenprüfer herangezogen werden. Sie gelten nur für Presse- und Rundfunkvertreter, was die Faktenprüfer mit ihrer „bloß“ mittelbar der Meinungsbildung dienenden, nicht publizistischen Funktion nicht sind.<sup>2389</sup> Auch greift nicht der aus

<sup>2384</sup> Siehe Abschnitt „Angemessenheit des Zugangsanspruchs“ unter Punkt G. III. 2. b) aa) (ii) (4).

<sup>2385</sup> Siehe Abschnitt „Kommunikationsgrundrechte der Dienstanutzer“ unter Punkt G. III. 2. b) bb) (iii) (4) (b).

<sup>2386</sup> Ebd.

<sup>2387</sup> Siehe Abschnitt „Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber“ unter Punkt G. III. 2. b) bb) (iii) (4) (c).

<sup>2388</sup> Ebd.

<sup>2389</sup> Siehe Abschnitt „Auskunftsrechte“ unter Punkt G. III. 2. b) cc).

Gründen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Länder gegenüber Bundesbehörden aus der Pressefreiheit unmittelbar abgeleitete, auf einen Minimalstandard begrenzte Auskunftsanspruch von Pressevertretern gegenüber Bundesbehörden.<sup>2390</sup>

Allerdings hat der EGMR kürzlich ein Auskunftsrecht unmittelbar aus der Informationsfreiheit des Art. 10 EMRK abgeleitet, um der Gesellschaft die Meinungsbildung über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu ermöglichen. Dieses kann dem Grunde nach auf Faktenprüfer Anwendung finden und hat vier Voraussetzungen<sup>2391</sup>: Erstens muss das Informationersuchen erforderlich sein, um eine der anderen Kommunikationsfreiheiten nach Art. 10 EMRK auszuüben, etwa, wenn der Auskunftersuchende die Information benötigt, um journalistische oder andere Tätigkeiten im Zusammenhang mit öffentlicher Meinungsbildung vorzubereiten. Zweitens müssen die Informationen von öffentlichem Interesse sein. Drittens muss sich die Tätigkeit des Auskunftersuchenden auf Angelegenheiten im öffentlichen Interesse beziehen. Dies trifft neben Journalisten auch auf Faktenprüfer zu, da sie eine unverzerrte Meinungsbildung anhand wissenschaftlich geprüfter Information ermöglichen wollen. Viertens müssen die ersuchten Informationen bereits verfügbar und ohne weiteres zugänglich sein.

Das BVerfG hat einen solchen unmittelbar aus den Kommunikationsfreiheiten abgeleiteten Anspruch gegenüber staatlichen Behörden noch nicht ausdrücklich angenommen.<sup>2392</sup> Seine konventionsfreundliche Rechtsprechung spricht indes für die Anerkennung, da der Rechtsprechung des EGMR eine „*faktische Orientierungs- und Leitfunktion*“ zukommt, die als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten dient.<sup>2393</sup>

Ungeachtet dessen sollte sowohl der Bundes- als auch die Landesgesetzgeber ein entsprechendes Auskunftsrecht gegenüber Bundes- und Landesbehörden über vorhandene Information schaffen. Dieses begegnet im Übrigen keinen unionsrechtlichen Bedenken. Es fiele weder in den koordinierten Bereich des Art. 1 Abs. 1 DSA noch in den des Art. 2 lit. h) ECRL.

#### *b) Mitteilungspflichten bei erfolgten Richtigstellungen und Dementis*

Ebenso wie bei der nachträglichen Mitteilung vorgenommener falsifizierender Kennzeichnungen sollte der Gesetzgeber anordnen, die früheren Rezipienten einer Desinformation über die gegen den Desinformationsverbreiter durchgesetzten zivilrechtlichen Richtigstellungen oder *Dementis* in Kenntnis zu setzen.

<sup>2390</sup> Siehe ebd.

<sup>2391</sup> Siehe ebd.

<sup>2392</sup> Implizit einen Anspruch aus der Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG andeutend, BVerfGE 145, 365, 372 f. Rn. 20 – Informationszugang Archivgut. Zu seiner Reichweite, ebd., 375 ff. Rn. 24 ff.

<sup>2393</sup> Siehe Abschnitt „Auskunftsrechte“ unter Punkt G. III. 2. b) cc).

Da diese Pflicht nicht den koordinierten Bereich des Art. 1 Abs. 1 DSA betrifft, sondern den des Art. 2 lit. h) ECRL muss der Gesetzgeber das unionsrechtliche Herkunftslandprinzip berücksichtigen. Grundrechtlich stößt die Mitteilungspflicht nicht auf Bedenken; die Abwägung der widerstreitenden Interessen verläuft vollständig parallel zu der Situation, in der Rezipienten von Inhalten nachträglich vorgenommene falsifizierende Kennzeichnungen mitgeteilt werden. Überdies lässt sich diese Pflicht durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen abstützen, da Ansprüche auf Richtigstellung und *Dementis* nur bei das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzenden unwahren Tatsachenbehauptungen bestehen.<sup>2394</sup>

### *c) Ausgestaltung des Rahmens von Dienstnutzungsverträgen*

Spiegelbildlich zu den Versäumnissen im NetzDG und DSA wäre es bloß konsequent, den gesetzlichen Rahmen der Netzwerknutzungsverträge auszugestalten, und die hier im Rahmen der Auslegung des Vertrages im Einklang mit der Verfassung zutage geförderten Erkenntnisse zum angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen rechtssicher gesetzlich klar- und festzustellen, um einerseits den divergierenden fachgerichtlichen Entscheidungen eine einheitliche Linie und andererseits den betroffenen Nutzern als Laien nachvollziehbare Vorgaben zur Durchsetzung ihrer Rechte an die Hand zu geben.<sup>2395</sup>

In Ermangelung gesetzlich klarer Vorgaben sollte der Gesetzgeber namentlich die sich aus dem Dienstnutzungsvertrag in Verbindung mit der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ergebenden – nicht vorbehaltlosen – Ansprüche des Nutzers auf Zugang zu und Veröffentlichung in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten<sup>2396</sup> ebenso wie die Maßstäbe für diese Dienste zum Entwerfen von und zum Löschen von Inhalten nach Gemeinschaftstandards<sup>2397</sup> nebst den verfahrensrechtlichen Absicherungen in Abstützung der Kommunikationsgrundrechte<sup>2398</sup> gesetzlich festlegen, um den Diensten die Optionen einer zulässigen Selbstregulierung – auch im Zusammenhang mit „Fake News“ – aufzuzeigen.

Die Rahmenbedingungen sollte primär der europäische Gesetzgeber schaffen, da die namentlich geforderten Anordnungen den koordinierten Bereich des DSA i. S. d. Art. 1 Abs. 1 DSA betreffen, der mangels vorhandener Öffnungsklauseln kei-

<sup>2394</sup> Siehe Abschnitt „Ansprüche auf Gegendarstellung, Widerruf und Richtigstellung“ unter Punkt G. III. 4.

<sup>2395</sup> Siehe Abschnitt „Die Selbstregulierung der sozialen Netzwerke und Videosharing-Dienste durch sog. Community Standards“ unter Punkt E. IV.

<sup>2396</sup> Siehe Abschnitt „Konkrete Anspruchspositionen im Rahmen von Netzwerk- bzw. Videosharing-Dienstnutzungsverträgen“ unter Punkt E. IV. 7.

<sup>2397</sup> Siehe Abschnitt „Nach außen erkennbare, zulässige Nutzungsbedingungen“ unter Punkt E. IV. 5. a).

<sup>2398</sup> Siehe Abschnitt „(Zivilrechtliche) Auswirkungen mit Blick auf prozedurale Anforderungen“ unter Punkt E. IV. 6.

ne parallelen nationalen Regelungen zulässt (Erwägungsgründe 4 und 9 DSA).<sup>2399</sup> Für die Zwischenzeit bis zur Geltung des DSA hat es der deutsche Gesetzgeber indes versäumt, Übergangsregelung schaffen, die diese Maßgaben berücksichtigt. Dabei hätten Übergangsregelungen eine gewisse Strahlkraft entfalten können, die sich allgemein auf die spätere Anwendung der DSA-Vorschriften, etwa beim Löschen nach Gemeinschaftstandards und der hierfür erforderlichen (unions-)grundrechtlichen Abwägung, auswirkt.

*d) „Klarnamenspflicht im Innenverhältnis“ zugunsten durchsetzbarer  
Auskunftsansprüche*

Die Durchsetzbarkeit des momentan oftmals faktisch leerlaufenden Auskunftsanspruchs des Geschädigten über die Bestandsdaten seines Schädigers gegen den Dienstbetreiber aus § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG könnte der Gesetzgeber in unions- und grundrechtskonformer Weise absichern, indem er eine „Klarnamenspflicht für das Innenverhältnis“, also bloß zwischen Dienstbetreiber und Nutzer, statuiert, nach der der Dienstanbieter die personenbezogenen Nutzerdaten erheben und verifizieren muss.

Eine auf das Marktortprinzip setzende Klarnamenerhebungs- und Verifizierungspflicht für soziale Netzwerke und Videosharing-Dienste ließe sich unionsrechtlich ohne Kollision mit dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip begründen, da eine solche Regelung wegen Art. 1 Abs. 5 lit. b) ECRL i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Datenschutz-Richtlinie<sup>2400</sup> schon gar nicht in den Anwendungsbereich der ECRL fiel. Da das Erheben, Verifizieren und Speichern der persönlichen Nutzerdaten der Begründung und Erfüllung des Dienstnutzungsvertrages dient, ist es unionsrechtlich gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO zulässig.

Grundrechtlich überwiegt das Interesse an der Rechtsdurchsetzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und die Meinungsfreiheit des Nutzers, dessen Daten erhoben werden, sowie die Berufsausübungsfreiheit der zur Datenerhebung verpflichteten Dienstbetreiber.

<sup>2399</sup> Siehe Abschnitt „Die zwei Seiten der Medaille der Ko-Regulierung bei unzureichend gesetzten Maßstäben“ unter Punkt F. VI. 3.

<sup>2400</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31 vom 23. November 1995.



Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung schützt zwar die Entscheidung des Einzelnen, wem er seine Daten gegenüber preisgibt.<sup>2401</sup> Dieses Interesse ist im Internet, in dem Nutzer teils unbemerkt persönliche Daten hinterlassen, wegen der Gefahr missbräuchlicher Verwendung von hoher Bedeutung.<sup>2402</sup>

Jedoch ist dieses Interesse gegenüber dem an der Rechtsdurchsetzung in den anonymen sozialen Medien verringert: Einerseits ist die Datenerhebung durch die Dienste zugunsten der Vertragsdurchführung ohnehin zulässig (Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO). Andererseits dürfen sie nur im Falle einer vom Nutzer begangenen Rechtsverletzung i. S. d. § 1 Abs. 3 NetzDG herausgegeben werden.<sup>2403</sup> Die bloße Datenerhebung macht den Nutzer noch nicht zum „gläsernen Menschen“, da den Gefahren einer missbräuchlichen Datenverwendung begegnet werden kann und muss, indem dem datenerhebenden Privaten besondere Anforderungen an die Datensicherheit auferlegt werden. Diese müssen einem am Stand der Fachöffentlichkeit orientierten und sich an die Entwicklungen anpassenden Standard entsprechen, der unter spezifischer Berücksichtigung der Besonderheiten der durch eine Datenspeicherung geschaffenen Datenbestände ein besonders hohes Maß an Sicherheit gewährleistet.<sup>2404</sup>

Kehrseite einer nicht verpflichtenden Datenerhebung und Verifikation ist das partielle Leerlaufen der Rechtsordnung in sozialen Medien. Dabei legt der Auskunftsanspruch des § 21 Abs. 2 TTDSG bereits den Grundstein für die Rechtsdurchsetzung im anonymen Internet. Die Rechtsordnung lässt dabei aber Lücken, die die intendierte Rechtsdurchsetzung vollständig aushebeln können. Denn sie vertraut offenkundig darauf, dass die Anbieter registrierungspflichtiger sozialer Medien die richtigen Nutzerdaten auch erheben. Dies geschieht in der Praxis indes häufig nicht.<sup>2405</sup> Die Missbrauchsgefahr ist offenkundig. Die – insbesondere zivilrechtliche – Rechtsdurchsetzung des Geschädigten gegenüber dem Schädiger hängt daher von der „Klarnamenspflicht im Innenverhältnis“ ab.<sup>2406</sup> Andernfalls könnte sich derjenige, der Rechtsverletzungen begeht, hinter dem Argument des Datenschutzes vor einer rechtlichen Inanspruchnahme verstecken.

Auch die Meinungsfreiheit unterliegt dem Interesse an einer effektiven Rechtsdurchsetzung. Abschreckenden Effekten für die Meinungskundgabe durch die Datenerhebung kann durch die genannten Anforderungen vor missbräuchlicher

<sup>2401</sup> Siehe Abschnitt „Eingriff in die Schutzbereiche des Allgemeine Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der Meinungsfreiheit der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG)“ unter Punkt G. III. 5. a) bb) (i).

<sup>2402</sup> Siehe Abschnitt „Allgemeines Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“ unter Punkt G. III. 5. a) bb) (iii) (4) (a).

<sup>2403</sup> Siehe ebd.

<sup>2404</sup> Siehe ebd.

<sup>2405</sup> Siehe Abschnitt „Klarnamenspflicht (Real Name Statute)“ unter Punkt G. III. 5.

<sup>2406</sup> Siehe ebd.

Datenverwendung begegnet werden. Unmittelbar auf das Äußerungsverhalten hat die Datenerhebungs- und Verifizierungspflicht keine Auswirkungen, da die von der Meinungsfreiheit geschützte Modalitätenwahlfreiheit<sup>2407</sup> bestehen und eine anonyme oder unter einem Pseudonym abgegebene Äußerung weiterhin möglich bleibt.<sup>2408</sup> Für die Weitergabe der Daten setzt die verfassungskonforme Übermittlungsbefugnis aus § 21 TTDSG zudem die Verwirklichung besonderer Straftatbestände voraus, also ein die Rechtsordnung beeinträchtigendes Verhalten, das in der Verantwortung des Äußernden liegt. Demgegenüber macht die Datenerhebung und -verifizierung die Rechtsdurchsetzung in der Regel überhaupt erst möglich.

Auch der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber wäre durch das herausragende Interesse an der effektiven Rechtsdurchsetzung gerechtfertigt.<sup>2409</sup> Ein Erheben und Speichern der persönlichen Daten fällt grundsätzlich ohnehin an, sobald der Dienst eine Registrierung voraussetzt. Bei der Datenerhebungspflicht handelt es sich folglich um einen bloß geringinvasiven Eingriff.<sup>2410</sup> Die darüber hinausgehende Datenverifizierungspflicht löst grundsätzlich ebenfalls keinen erheblichen Aufwand für die Betreiber aus.<sup>2411</sup> Bedenken an dieser Annahme könnte der Gesetzgeber mit einer Abstufung der Geltung der Pflicht anhand der Zahl aktiver oder registrierter Nutzer im Inland begegnen.<sup>2412</sup> Jedenfalls kommt den Betreibern in ihrer „quasi-monopolartigen“ Stellung im Rahmen ihres zentralen Kommunikationsraumes eine besondere Bedeutung für die Wahrung der (Grund-)Rechte ihrer Nutzer zu.<sup>2413</sup> Ihr Verhalten bestimmt zudem maßgeblich über die Rechtsdurchsetzung.<sup>2414</sup> Dabei steht es dem Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums zu, Private im Rahmen ihrer Berufsausübung zur Absicherung von Gemeinwohlbelangen zu verpflichten und die hierfür erforderlichen (finanziellen) Lasten zu tragen, die überhaupt erst als Folge kommerzieller Aktivitäten regelungsbedürftig geworden sind, um die hiermit verbundenen Kosten marktwirtschaftlich umlegen.<sup>2415</sup>

### 3. Kleinteiliges Regulierungsmosaik

Alles in allem gibt es nicht „die Lösung“ gegen die Verbreitung von „Fake News“. Vielmehr kann dem Phänomen nur mit einem kleinteiligen Mosaik an Regelungen begegnet werden, in dem die bei der Desinformationsverbreitung kollidierenden

<sup>2407</sup> Siehe Abschnitt „Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG“ unter Punkt G. III. 5. a) bb) (iii) (4) (b).

<sup>2408</sup> Siehe ebd.

<sup>2409</sup> Siehe Abschnitt „Berufsausübungsfreiheit der Dienstbetreiber, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG“ unter Punkt G. III. 5. a) bb) (iii) (4) (c).

<sup>2410</sup> Siehe ebd.

<sup>2411</sup> Siehe ebd.

<sup>2412</sup> Siehe ebd.

<sup>2413</sup> Siehe ebd.

<sup>2414</sup> Siehe ebd.

<sup>2415</sup> Siehe ebd.

Rechtsgüter, insbesondere die freie Meinungsbildung und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auf der einen und die Meinungsfreiheit auf der anderen Seite, hinreichend abgesichert werden. In einem umfassenden Konzept kann es nicht allein darum gehen, unmittelbar der verbreiteten Desinformation als solcher entgegenzutreten. Sowohl der Bundes- und die Landesgesetzgeber als auch der europäische Gesetzgeber müssen vielmehr in einem größeren Bezugsrahmen denken, in den etwa auch hier nicht erörterte Fragen der positiven Vielfaltsanforderungen, der Werberegulierung, der Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet, der Ausformung des Bildungsauftrages in Sachen Medienkompetenz oder der Absicherung der Presse unter Berücksichtigung der sich ständig entwickelnden tatsächlichen Umstände einzustellen sind.

Diese Ausarbeitung kann für die künftige Regulierung nur einen Startpunkt bieten, nicht aber das Phänomen der „Fake News“ vollständig bereinigen. Die hier aufgezeigten Optionen haben keinen Absolutheitsanspruch. Neben ihnen sind weitere denkbar.

## XII. Ausblick

Da die Online-Kommunikation dem ständigen Wandel unterliegt, muss eine künftige Internetdiensteregulierung stets dynamisch auf die sich erneuernden Kommunikationsbedingungen reagieren. Dies fällt nicht immer leicht, da der Gesetzgeber zunächst die technisch neuen Rahmenbedingungen der Kommunikation sachverständig klären muss, bevor er in die mitunter schwierigen Abwägungsprozesse eintreten kann. Dies verdeutlicht, dass die Gesetzgebung stets ein Stück weit den Problemen hinterherläuft und sich teils bereits neue Probleme ergeben, bevor alte geregelt sind.

In der kommenden Zeit ist damit zu rechnen, dass das Gesetzgebungsverfahren zur vollharmonisierenden KI-Verordnung (KI-VO-E)<sup>2416</sup> alsbald seinen Abschluss finden wird. Der Entwurf zur KI-VO sieht mit Art. 52 Abs. 1 auch die Kennzeichnung von „Social Bots“ vor – nach dem aktuellen Entwurfstext des EU-Parlaments jedoch stiefmütterlich. Es fehlt an klaren Verantwortlichkeiten für die Kennzeichnung. Dies könnte dazu führen, dass es im Ergebnis bei demselben Kennzeichnungsdefizit bleibt, das auch schon nach § 18 Abs. 3 MStV bestand. Denn wenn der Anbieter des Systems kein für die Rezipienten erkennbares Siegel am „Bot“ anbringt, müsste er selbst – was praktisch kaum möglich erscheint – die Nutzung kennzeichnen oder es bleibt wie bisher bei der Kennzeichnung durch den Nutzer

<sup>2416</sup> Europäisches Parlament, Gesetz über künstliche Intelligenz, Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 14. Juni 2023 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021) 206 – C9-0146/2021 – 2021/0106/COD), P9\_TA(2023) 0236. Ursprünglich: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz, COM(2021) 206 final.

des „Bots“. Das Umgehungspotential dieser Regelung ist unverkennbar. Dass die Rechtsaufsicht Nutzerverstöße im Kontext mit immer menschenähnlicher wirkenden „Bots“ zeitnah erkennt, ist kaum denkbar. Hierfür benötigt die Behörde Zugang zu entsprechenden Nutzungsdaten der Online-Plattformen sowie enorme Ressourcen für die Datenprüfung. Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, warum nicht zusätzlich auch die Online-Plattformen zur Vornahme von Kennzeichnungen adressiert werden. Denn diese haben den ersten und effizientesten Zugriff auf die eingesetzten „Social Bots“. Plattformen könnten unter Zuhilfenahme automatisierter Mittel „Bots“ in aller Regel auf einfache Weise aufspüren und kennzeichnen.<sup>2417</sup> In Abgrenzung zur deutschen Kennzeichnungspflicht nach § 93 Abs. 4 MStV hätte man anstelle einer bloßen Bemühenspflicht eine Gewährleistungsverantwortung schaffen und auf diese Weise ein sicheres Mittel im Kampf gegen die unerkannte Einflussnahme auf die Meinungsbildung errichten können.<sup>2418</sup> Der EU-Gesetzgeber hätte gut daran getan, eine entsprechende Pflicht überhaupt in Betracht zu ziehen, was indes während des Gesetzgebungsverfahrens zur KI-VO als auch zum DSA vollständig unterblieben ist. Dabei muss darauf hingewiesen werden, dass eine entsprechende Regelung in den koordinierten Bereich des DSA (Art. 1 Abs. 2 lit. b) DSA) fallen würde, da eine Kennzeichnungsgewährleistungspflicht eine Sorgfaltspflicht für bestimmte Vermittlungsdienste darstellen würde.<sup>2419</sup> Insoweit besteht im Bereich des DSA dringender Nachholbedarf für den europäischen Gesetzgeber.

Ob es bei der aktuellen Entwurfsfassung zur KI-VO bleibt oder ob nicht doch auf die wesentlich sicherere Fassung aus dem ursprünglichen Entwurf der Kommission<sup>2420</sup>, der den Anbieter zum Anbringen eines für Rezipienten erkennbares Siegels verpflichtete, zurückgegriffen wird, wird das Trilogverfahren zeigen. Sicher ist nur, dass die KI-VO die europäische Gesetzgebung nach dem DSA um ein weiteres – im Bereich der „Social Bot“-Regulierung bislang eher brüchiges – Mosaikteil ergänzen wird. Die Internetdiensteregulierung wird damit zunehmend einheitlich durch die EU gestaltet, was zu befürworten ist. Gemessen an der Größe des europäischen (Nutzer-)Marktes, etwa für die Anbieter sozialer Netzwerke, darf vermutet werden, dass sich die Betreiber den unionrechtlichen Vorgaben annehmen und sich nicht vom europäischen Markt zurückziehen werden.

Welche Neuerungen oder Änderungen im hier betrachteten Regelungsbereich zeitnah noch folgen werden, lässt sich gerade in Anbetracht der Dynamik der Materie nicht absehen. Ungeachtet dessen, ist es wichtig, dass die Wirksamkeit der Regelungen nach bestimmten Zeitabständen wiederkehrend evaluiert wird, wie dies derweil gem. Art. 84 Abs. 3 lit. bg) und Abs. 4 KI-VO-E nur für Verhaltensanforderungen in Bezug auf Basismodelle i. S. d. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1c) KI-VO-E sowie

<sup>2417</sup> Siehe Abschnitt „Evaluation der gesetzlichen Beschränkung des Einsatzes von „Bots“ unter Punkt E. II. 4.

<sup>2418</sup> Siehe Abschnitt „Erfasstes Verhalten“ unter Punkt E. II. 2. b) aa).

<sup>2419</sup> Siehe Abschnitt „Mangelnde Einbeziehung von Kennzeichnungspflichten“ unter Punkt F. VI. 15.

<sup>2420</sup> COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD).

deren Rechtsrahmen (Art. 28b KI-VO-E) und Hochrisiko-KI-Systeme i. S. d. Art. 6 Abs. 1 und 2 KI-VO-E vorgesehen ist. Hiervon sind „Social Bots“ nicht zwingend erfasst. Allerdings zeigt sich etwa an der Debatte um das im November 2022 veröffentlichte Programm ChatGPT, dass „Social Bots“ inzwischen als (generative) Basismodelle (Art. 28b Abs. 4 KI-VO-E) ausgestaltet sein können. Jedenfalls für deren Regulierung dürften die Evaluationsergebnisse daher von unschätzbarem Wert sein und maßgeblich über weiteren Änderungsbedarf der europäischen Gesetzgebung mitentscheiden.

### XIII. „Reprise“

Um abschließend auf die eingangs erwähnten, mit *Voltaire* assoziierten Worte zurückzukommen, gilt auch in der heutigen Zeit, in der mittels Online-Kommunikation auf leichte und breitenwirksame Weise – auch unter Zuhilfenahme von „Fake News“ – ein empfindlicher Schaden herbeigeführt werden kann, der Kern dieser Philosophie fort: Jeder muss seine Meinung frei äußern und sich frei mitteilen können, egal wie verachtenswert und abscheulich die Äußerung sein und auf welcher fehlerhaften Tatsachengrundlagen sie sich stützen mag. Freie Kommunikation ist und bleibt die Grundlage unserer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft. Die altruistische Aussage, „*sein Leben dafür zu geben*“, ist zwar überzeichnet formuliert. Dennoch darf sich der Staat den Aussagegehalt gerade in der heutigen Zeit im übertragenen Sinne zunutze machen: Er muss alles daransetzen, dass tatsächlich jeder seine Meinung auch frei artikulieren kann und möchte. Eine florierende Debattenkultur wirkt positiv gegen die von der Kommunikation ausgehenden Gefahren, gerade auch in demokratischen Zusammenhängen. Staatliche Hoheitsträger müssen Kritik aushalten und dürfen nicht direkt damit drohen, ihre Kritiker mundtot zu machen – unabhängig davon wie irrational die Kritik auch sein mag.

Dies verlangt die Herstellung offener Kommunikationsgegebenheiten einerseits und den Schutz aller Kommunikationsteilnehmer vor rechtswidriger Kommunikation andererseits. Das Recht muss sich denjenigen entgegenstellen, die mit Kommunikation die Rechtsgüter Dritter, etwa durch Ehrverletzungen, beeinträchtigen wollen. Denn die grundrechtliche Verwirklichung des Einen darf nur soweit reichen, wie andere Grundrechtsträger nicht in ihren Grundrechten verletzt werden. Ebendies bezweckte *Voltaire* in Zeiten, in denen es nur die analoge Kommunikation gab. Der Gesetzgeber ist daher in der heutigen Zeit dazu berufen, einen Ordnungsrahmen zu entwerfen, der auf kommunikationstechnische Neuerungen reagieren kann und die grundrechtlichen Spannungsfelder in einen angemessenen Ausgleich bringt.

# Literaturverzeichnis

Alle verwendeten Internetquellen wurden zuletzt am 26. Juli 2023 abgerufen.

## A. Dokumente

Bitkom: Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 20. April 2017, S. 1–23, abrufbar unter: <http://bit.ly/2m055cD> (zit.: *Bitkom*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S.).

Böhmermann, Jan: Gedicht „Schmähkritik“, in: Sendung *Neo Magazin Royale* (jetzt: ZDF Magazin Royale), Beitrag vom 31. März 2016, abrufbar unter: <https://www.bild.de/video/clip/recep-tayyip-erdogan/boehmermanns-erdogan-gedicht-45152028.bild.html> (zit.: *Böhmermann*, „Schmähkritik“, in: Sendung *Neo Magazin Royale* (jetzt: ZDF Magazin Royale), Beitrag vom 31. März 2016).

Bundesregierung: Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 5. April 2017, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&t=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&t=2) (zit.: BReg, Begründung des Gesetzentwurfs zum NetzDG, S.).

- Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) : Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle, Band 5/I und II: Ausschuß für Grundsatzfragen, Berlin 1993, De Gruyter (zit.: Sitzung des Gremiums vom Datum, in: BT/BA, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten und Protokolle, Band, S.).
- Eifert, Martin: Unterrichtung durch die Bundesregierung – Evaluationsgutachten über die Wirksamkeit des Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst sowie über den Erfüllungsaufwand und Stellungnahme der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 19/24615, Seite 1–626 (zit.: *Eifert*, Evaluationsgutachten in BT-Drs. 19/22610, S.).
- Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542, Seite 1–162 (zit.: Dreizehnter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit vom 19. März 2013, BT-Drs. 17/12542, S.).
- Facebook: Nutzungsbedingungen ab dem 5. Juli 2023, auf: Facebook.com, abrufbar unter: <https://www.facebook.com/legal/terms> (zit.: *Facebook*, Ziffer der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Facebook.com).
- dass.: Ad-Targeting, auf: Facebook.com. abrufbar unter: <https://www.facebook.com/business/products/ads/ad-targeting> (zit.: Facebook, Ad-Targeting, auf: Facebook.com).
- FirstDraft: Über uns, auf: Firstdraftnews.org, abrufbar unter: <https://de.firstdraftnews.org/uber-uns/> (zit.: *First Draft*, Über uns, auf: Firstdraftnews.org).
- Google: Rubrik „Empfohlene Videos“: Angaben zur Funktionsweise der Filteralgorithmen, auf: YouTube.com abrufbar unter: [https://www.youtube.com/intl/ALL\\_de/howyoutubeworks/product-features/recommendations/](https://www.youtube.com/intl/ALL_de/howyoutubeworks/product-features/recommendations/) (zit.: *YouTube*, Rubrik „Empfohlene Videos“, auf: YouTube.com).
- dies.: Startleitfaden zur Suchmaschinenoptimierung (SEO), auf: Support.Google.com, abrufbar unter: <https://support.google.com/webmasters/answer/7451184?hl=de> (zit.: Google, Startleitfaden zur Suchmaschinenoptimierung (SEO), auf: Support.Google.com).
- dies.: AdSense, auf: Google.de, abrufbar unter: <https://www.google.de/intl/de/adsense/start/how-it-works/#/> (zit.: Google, AdSense, auf: Google.de).
- dies.: Nutzungsbedingungen von YouTube ab dem 5. Januar 2022, auf: YouTube.com, abrufbar unter: <https://www.youtube.com/t/terms> (zit.: *YouTube*, Ziffer der ab dem 5. Januar 2022 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: YouTube.com).
- Google/YouTube: Stellungnahme an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDGE), Seite 1–46, abrufbar unter: <http://bit.ly/2m055cD> (zit.: Google/YouTube, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S.).



- International Center for Not-for-Profit Law: International Center for Not-for-Profit Law, Civic Freedom Monitor – Nigeria: Updates, Beitrag auf: ICNL.org, abrufbar unter: <https://www.icnl.org/resources/civic-freedom-monitor/nigeria> (zit.: ICNL, Civic Freedom Monitor – Nigeria, Beitrag auf: ICNL.org).
- Instagram: Nutzungsbedingungen ab dem 26. Juli 2022, auf: Instagram.com, abrufbar unter: <https://www.instagram.com/legal/terms/> (zit.: *Instagram*, Ziffer der ab dem 5. Juli 2023 gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Instagram.com).
- National People’s Congress Standing Committee (NPC) : Decisions on Strengthening the Protection of Network (NPC) Information, auf: Gov.cn, Beschluss vom 28. Dezember 2012, abrufbar unter: [http://www.gov.cn/jrzq/2012-12/28/content\\_2301231.htm](http://www.gov.cn/jrzq/2012-12/28/content_2301231.htm) (zit.: NPC, Decisions on Strengthening the Protection of Network Information auf: Gov.cn, Beschluss vom 28. Dezember 2012).
- Office of the Central Cyberspace Affairs Commissions: Rules for the administration of Internet forum community services, auf: Cac.gov.cn, Ankündigung vom 25. August 2017, abrufbar unter: [http://www.cac.gov.cn/2017-08/25/c\\_1121541536.htm](http://www.cac.gov.cn/2017-08/25/c_1121541536.htm) (zit.: Office of the Central Cyberspace Affairs Commissions, Rules for the administration of Internet forum community services, auf: Cac.gov.cn, Ankündigung vom 25. August 2017).
- Regierungschefs der Länder: Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (MStV), abrufbar unter: [https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Medienstaatsvertrag\\_Begru\\_\\_ndung.pdf](https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Medienstaatsvertrag_Begru__ndung.pdf) (zit.: Rundfunkgesetzgeber, Begründung zum MStV, S.).
- Schwartzmann, Rolf: 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 vom 19. Juni 2017, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/510886/002a8ce4b15005b96318abacee89199d/schwartzmann-data.pdf> (zit.: *Schwartzmann*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, S.).
- SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP: Koalitionsvertrag: „Mehr Fortschritt wagen“: Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten, abrufbar unter: [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf) (zit.: SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag der Regierungsparteien „Mehr Fortschritt wagen“ 2021–2025, S.).
- Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas: Gesetzesentwurf vom 25. Januar 2022 zur Online Safety and Media Regulation Bill 2022 (Bill 6 of 2022)) und Gesetzgebungsverfahren, auf: Oireachtas.ie, abrufbar unter: <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2022/6/> (zit.: Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas, Online Safety and Media Regulation Bill 2022 (6/2022)).

- dass.: Gesetzesentwurf vom 6. Dezember 2017 zur Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017 (Bill 150 of 2017) und Gesetzgebungsverfahren, auf: Oireachtas.ie, abrufbar unter: <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2017/150/> (zit.: Tithe an Oireachtais Houses of the Oireachtas, Online Advertising and Social Media (Transparency) Bill 2017 (Bill 150/2017)).
- Twitter: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Archiv, auf: Twitter.com, jetzt X.com, abrufbar unter: <https://twitter.com/de/tos> und <https://twitter.com/de/tos/previous> (zit.: *Twitter*, Ziffer der ab dem Datum gültigen Nutzungsbedingungen, auf: Twitter.com, jetzt X.com).
- United Nations: Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe Representative on Freedom of the Media (OSCE), the Organization of American States (OAS), Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples' Rights, Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, Joint Declaration on Freedom of Expression and „Fake News“, Disinformation and Propaganda of 3 March 2017, FOM.GAL/3/17 (zit.: United Nations, Joint Declaration on Freedom of Expression and „Fake News“, Disinformation and Propaganda of 3 March 2017, FOM.GAL/3/17).
- U. S. Department of Justice: Report On The Investigation Into Russian Interference In The 2016 Presidential Election of Special Counsel Robert S. Mueller, Volume I, Submitted Pursuant to 28 C.F.R. § 600.8(c), Washington, D. C. 2019 (zit.: U. S. Department of Justice, Report On The Investigation Into Russian Interference In The 2016 Presidential Election, Vol., p.).
- Weiden, Henrike: Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz, Gutachten zum Entwurf des Digital Services Act im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung Für die Freiheit, auf: Freiheit.org, Gutachten aus 02/2022, auffindbar unter: <https://shop.freiheit.org/#!/Publikation/1201> (zit.: *Weiden*, Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz, S.).

## B. Monographien und Kommentare

- Akintoye/Beck/Hardcastle: Public-Private-Partnerships, Managing Risks and Opportunities, Oxford 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Akintoye/Beck/Hardcastle, Public-Private-Partnerships, S.).
- Albrecht, Peter-Alexis/Kirsch, Stefan/Neumann, Ulfrid/Sinner, Stefan (Hrsg.) : Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, Berlin 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner, FS Kargl, S.).
- Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.) : Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I, Tübingen 1930; Band II, Tübingen 1932 (zit.: *Bearbeiter*, in: Anschütz/Thoma, HbdtStR I/II, S.).

- Bäcker, Matthias/Lisken, Hans/Denninger, Erhard/Graulich, Kurt (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts, 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bäcker/Lisken/Denninger/Graulich, HbdPolR, Kap., Rn.).
- Bechthold, Rainer/Bosch, Wolfgang: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: §§ 1–96, 185, 186 – Kommentar, 10. Auflage, München 2021 (zit.: *Bechthold/Bosch*, GWB-Kommentar, § Rn.).
- Binder, Reinhart/Vesting, Thomas (Hrsg.): Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Binder/Vesting, Rundfunkrecht, Gesetz, § Rn.).
- Bloch, Anna: Meinungsvielfalt contra Medienmacht: Aktuelle Entwicklungen und Reformbestrebungen im Medienkonzentrationsrecht, Berlin 2013.
- Böttcher, Reinhard/Hueck, Götz/Jähnke, Burkhard (Hrsg.): Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996 (zit.: *Bearbeiter*, in: Böttcher/Hueck/Jähnke, FS Odersky, S.).
- Brand, Torsten: Der Rundfunk im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Berlin 2002 (zit.: *Brand*, Rundfunk i. S. d. Art. 5 GG, S.).
- Burmeister, Joachim (Hrsg.): Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997 (zit.: *Bearbeiter*, in: Burmeister, FS Stern, S.).
- Byford, Jovan: Conspiracy Theories: A Critical Introduction, London 2011 (zit.: *Byford*, Conspiracy Theories, S.).
- Carretero, Stephanie/Vuorikari, Riina/Punie, Yves: DigComp 2.1 The Digital Competence Framework for Citizens With eight proficiency levels and examples of use, Luxembourg 2017 (zit.: *Carretero/Vuorikari/Punie*, The Digital Competence Framework for Citizens, S.).
- Cohen-Almagor, Raphael: Speech, Media and Ethics: The Limit of Free Expression – Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know, New York 2001 (zit.: *Cohen-Almagor*, Speech, Media and Ethics, S.).
- Constantopoulos, Dēmētrios/Wehberg, Hans (Hrsg.): Festschrift für Rudolf Laun zum 70. Geburtstag. Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie. Hamburg 1953 (zit.: *Bearbeiter*, in: Constantopoulos/Wehberg, FS Laun, S.).
- Cornils, Matthias: Die Ausgestaltung der Grundrechte – Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Heidelberg 2005 (zit.: *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S.).
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.): EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Band I: Kapitel 1–19, 3. Auflage, Tübingen 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar, Kap. Rn.).

- Eifert, Martin/Gostomzyk, Tobias (Hrsg.) : Netzwerkrecht – Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, S.).
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.) : Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz: GG, 52. Edition (Stand: 15. August 2022), München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (Ed.), Art. Rn.).
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 2: §§ §§ 38–79b StGB, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erb/Schäfer, MüKo StGB, Bd., § 38 Rn.).
- Feldmüller, Christian: Die Rechtsstellung ausländischer Staaten und sonstiger juristischer Personen des ausländischen öffentlichen Rechts im deutschen Verwaltungsprozessrecht (Univ.-Diss. 1998 Münster), Berlin 1999 (zit.: *Feldmüller*, Die Rechtsstellung ausländischer Staaten, S.).
- Fischer, Thomas (Hrsg.) : Beck'sche Kurzkommentare – Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, 69. Auflage, München 2022 (zit.: *Fischer*, in: ders., StGB, Gesetz, § Rn.).
- Flügge, Maximilian: Spannungsfeld Auftrag – Konvergenz: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland, Dresden 2009 (zit.: *Flügge*, Spannungsfeld Auftrag – Konvergenz, S.).
- Frankfurt, Harry: On Bullshit, Princeton (New Jersey) 2005, Princeton University Press (zit.: *H. Frankfurt*, On Bullshit, S.).
- Garton Ash, Timothy: Free Speech – Ten Principles for a Connected World, London 2016 (zit.: *Garton Ash*, Free Speech, S.).
- Gawlick, Günter (Hrsg.) : Baruch de Spinoza – Theologisch-Politischer Traktat, Hamburg 1984 (zit.: *Baruch de Spinoza*, Theologisch-Politischer Traktat, S.).
- Gerdemann, Simon: Transatlantic Whistleblowing: Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland, Tübingen 2018 (zit.: *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, Rn.).
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hrsg.) : Beck'scher Onlinekommentar zum Informations- und Medienrecht, 37. Edition (Stand: 1. August 2022), München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR (Ed.), Gesetz, § Rn.).
- Giere, Katrin: Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), (Univ.-Diss. Leipzig 2021), Baden-Baden 2021 (zit.: *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, S.).
- Görz, Günther/Nebel, Bernhard: Künstliche Intelligenz, Frankfurt a. M. 2015 (zit.: *Görz/Nebel*, Künstliche Intelligenz, Kap.).
- Gotzmann, Claudia: Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unter besonderer Berücksichtigung ihrer Organisation als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts, München 2003 (zit.: *Gotzmann*, Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, S.).

- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § Rn.).
- Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung (StPO) mit Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) und Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra), 44. Edition (Stand: 1. April 2022), München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: *Graf*, BeckOK StPO, (Ed.), Gesetz, § Rn.).
- Gröpl, Christoph/Windthorst, Kay/v. Coelln, Christian (Hrsg.): Studienkommentar Grundgesetz, 5. Auflage, München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: *Gröpl/Windthorst/v. Coelln*, SK-GG, Art. Rn.).
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.): Beck-Online Großkommentar: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Stand: 1. November 2021–15. September 2022, München 2018 (zit.: Bearbeiter, in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, BeckOGK BGB (Stand:), Gesetz, § Rn.).
- Habermas, Jürgen: Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022 (zit.: *Habermas*, Strukturwandel, S.).
- Häberle, Peter (Hrsg.): Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 1 n. F. (1951), Tübingen 2010 (zit.: Bearbeiter, in: Häberle, JöR 1951, S.).
- Haenelt, Karin: PageRank: Der Google-Ranking-Algorithmus – Ordnung einer Menge verlinkter Dokumente auf der Basis der Verlinkungsstruktur, Eine Einführung mit Erläuterungen der mathematischen Grundlagen, auf: Fraunhofer.de, Vortrag vom 29. Februar 2016, abrufbar unter: [http://kontext.fraunhofer.de/haenelt/kurs/fohlen/Haenelt\\_PageRank.pdf](http://kontext.fraunhofer.de/haenelt/kurs/fohlen/Haenelt_PageRank.pdf) (zit.: *Haenelt*, PageRank: Der Google-Ranking-Algorithmus, S.).
- Hall, Evelyn Beatrice: The Friends of Voltaire, London 1906 (zit.: *Hall*, The Friends of Voltaire, S.).
- Hamacher, Andreas: Der Rundfunkbegriff im Wandel des deutschen und europäischen Rechts, Berlin 2015 (zit.: *Hamacher*, Der Rundfunkbegriff im Wandel des Rechts, S.).
- Hans, Silke/Ukrow, Jörg/Knapp, Daniel/Cole, Mark:(Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, Saarbrücken 2017 (zit.: *Hans/Ukrow/Knapp/Cole*, Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, S.).
- Hartl, Korbinian: Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht, Heidelberg 2017 (zit.: *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht, S.).
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 63. Edition, (Stand: 1. August 2022), München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: Hau/Poseck, BeckOK (Ed.), BGB, § Rn.).
- Hegelich, Simon: Social Media im Wahlkampf: Die digitale Revolution der Meinungsbildung, Gutachten für die Hanns-Seidel-Stiftung e. V., München 2018 (zit.: *Hegelich*, Social Media im Wahlkampf, S.).

- Heilmann, Stefan: Anonymität für User-Generated Content? Verfassungsrechtliche und einfach-gesetzliche Analyse der Informationspflichten für journalistisch-redaktionelle Angebote und andere Telemedien in §§ 5 TMG, 55 RStV (Univ.-Diss. Hamburg 2012), Baden-Baden 2013 (zit.: *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, S.).
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans Hugo (Hrsg.) : Maunz/Herzog/Scholz-Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Art. 1–5, Band 3: Art. 17–28 GG, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Herzog/Scholz (EL), GG Bd., Art. Rn.).
- Heyne, Moritz: Deutsches Wörterbuch, Band 1: A – G, Leipzig 1890; Band 2: H – Q, Leipzig 1892 (zit.: *Moritz Heyne*, Deutsches Wörterbuch Band, Sp.).
- Hilgendorf, Eric: Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, Berlin 1998, Duncker Humblot (zit.: *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, S.).
- Hill, Werner/Hufen, Friedhelm/Müller, Gerda/Ullmann, Eike (Hrsg.) : Meinungsfreiheit. Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission. Jahrestagung vom 27. September bis 29. September in Hamburg, Heidelberg 1998 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hill/Hufen/Müller/Ullmann, Meinungsfreiheit, S.).
- Hillgruber, Christian/Waldhoff, Christian (Hrsg.) : 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, Göttingen 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz, S.).
- Hobbes, Thomas: Leviathan or The Matter, Form, Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil, London 1651 (zit.: *T. Hobbes*, Leviathan, S.).
- Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.) : Nomos Kommentar – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. Rn.).
- Huber, Peter Michael/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.) : Kommentar zum Grundgesetz (ehemals von Mangoldt (Begr.)/Klein/Starck), Band I: Präambel, Artikel 1 bis 19 GG; Band II: Art. 20–82 GG, jeweils 8. Auflage (in Erscheinung), München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Voßkuhle/Huber, GG Band, Art. Rn.).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.) : Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Der Verfassungsstaat, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2004; Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2005; Band IV: Aufgaben des Staates, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2006; Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992; Band VII: Freiheitsrechte, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2009; Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR Band, § Rn.).
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 17. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. Rn.).



- Jauernig, Othmar (Begr.) : Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO – Kommentar, 18. Auflage München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB, Gesetz, § Rn.).
- Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (zit.: *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte S.).
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1–37 StGB; Band 3: §§ 80–184j) StGB; Band 4: §§ 184–262 StGB, jeweils 3. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB Band, StGB, § Rn.).
- von Jhering, Rudolf: Der Kampf um's Recht, 3. Auflage, Wien 1873, (*von Jhering*, Der Kampf um's Recht, S.).
- Kälin, Walter: Grundrechte im Kulturkonflikt: Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000 (zit.: *Kälin*, Grundrechte im Kulturkonflikt, S.).
- Kahl, Jonas: Elektronische Presse und Bürgerjournalismus – Presserechtliche Rechte und Pflichten von Wortmedien im Internet, Baden-Baden 2013 (zit.: *Kahl*, Elektronische Presse und Bürgerjournalismus, S.).
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.) : Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 216. Ergänzungslieferung, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK (EL), GG, Art. Rn.) .
- Kant, Immanuel: Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: AA VIII: Abhandlungen nach 1781, Seite 423–430 (zit.: *Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, AA VIII , S. Zeile).
- ders.: Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, Berlinische Monatsschrift 1784, Seite 481–494 (zit.: *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, S.).
- ders.: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Berlinische Monatsschrift, 1793, S. 201–284 (zit.: *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, S.).
- Kaplan, Jerry: Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know, New York 2016 (zit.: *Kaplan*, Artificial Intelligence, S.).
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz: Kommentar EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. Rn.).
- Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno (Hrsg.) : Computerrechts-Handbuch: Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 35. Ergänzungslieferung 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kilian/Heussen, Handbuch Computerrecht, Teil Rn.).
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.) : Nomos-Kommentar: Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1–79 StGB; Band 2: §§ 80–231 StGB, jeweils 5. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK StGB Band, § Rn.).



- Klein, Hans Hugo: Die Grundrechte im demokratischen Staat: Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1974 (zit.: *H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S.).
- Kloepfer, Michael (Hrsg.): Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S.).
- Kluth, Winfried/Schulz, Wolfgang: Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Oktober 2014, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Institut Nr. 30 (zit.: *Kluth/Schulz*, Konvergenz und regulatorische Folgen, S.).
- Knauer, Christoph (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 3 Teil 1: §§ 333–499 StPO, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Knauer, MüKo StPO Band, StPO, § Rn.).
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 1: §§ 1–150 StPO; Band 2: §§ 151–332 StPO, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo StPO Band, StPO, § Rn.).
- Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.): Vom Recht, das mit uns geboren ist: Aktuelle Probleme des Naturrechts, Berlin 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: K-A-S, Vom Recht, das mit uns geboren ist, S.).
- Kunisch, Johann Kaspar: Rundfunk im Internet und der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks: Eine Untersuchung zur Rundfunkqualität von Internetdiensten und der Einhaltung des Staatsfreiheitsgrundsatzes bei der Aufsicht über Internetdienste im Schutzbereich der Rundfunkfreiheit (Univ.-Diss. Köln), München 2011 (zit.: *Kunisch*, Rundfunk im Internet, S.).
- Kutscha, Martin/Thomé, Sarah: Grundrechtsschutz im Internet?, Baden-Baden 2013, Nomos (zit.: *Kutscha/Thomé*, Grundrechtsschutz im Internet, S.).
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch: StGB – Kommentar, 29. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, StGB, § Rn.).
- Lampi, Ville Matias: Looking Behind the Text-To-Be-Seen: Analysing Twitter Bots as Electronic Literature (zit.: *Lampi*, Analysing Twitter Bots as Electronic Literature, S.).
- Langville, Amy N./Meyer, Carl D.: Google's PageRank and Beyond: The Science of Search Engine Rankings, Princeton-Oxford 2006 (zit.: *Langville/Meyer*, Google's PageRank and Beyond, S.).
- Laslett, Peter (Hrsg.): Locke: Second Treatise of Government, Cambridge 1988 (zit.: *J. Locke*, Second Treatise on Government, S.).
- Lee, Simon F.: The Cost of Free Speech, London 1990 (zit.: *Lee*, The Cost of Free Speech, S.).

- Leggewie, Claus: *Anti-Europäer – Breivik, Dugin, al-Suri & Co.*, Berlin 2016 (zit.: *Leggewie, Anti-Europäer*, S.).
- Liesching, Marc/Funke, Chantal/Hermann, Alexander/Kneschke, Christin/Michnick, Carolin/Nguyen, Linh/Prüßner, Johanna/Rudolph, Sarah/Zschammer, Vivien: *Das NetzDG in der praktischen Anwendung – Eine Teilevaluation des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes*, Berlin, 2021 (zit.: *Liesching et al.*, *Das NetzDG in der praktischen Anwendung*, S.).
- Lindgren, Astrid: *Hej, Pippi Langstrumpf!* – Das große Astrid-Lindgren-Liederbuch, Hamburg 2007 (zit.: *Lindgren, Hej, Pippi Langstrumpf*, S.).
- Ludwigs, Markus/Remien, Oliver (Hrsg.) : *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU*, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ludwigs/Remien, *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU*, S.).
- Luhmann, Niklas: *Die Realität der Massenmedien* (Neue Bibliothek der Sozialwissenschaften), 4. Auflage, Wiesbaden 2010 (zit.: *Luhmann, Die Realität der Massenmedien*, S.).
- Mager, Ute: *Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Tübingen 2003 (zit.: *Mager, Einrichtungsgarantien*, S.).
- Maireder, Axel/Ausserhofer, Julian/Schumann, Christina/Taddicken, Monika (Hrsg.) : *Digitale Methoden in der Kommunikationswissenschaft*, Band 2, Berlin 2015, Digital Communication Research.de, abrufbar unter: [dx.doi.org/10.17174/dcr.v2.0](https://dx.doi.org/10.17174/dcr.v2.0) (zit.: *Bearbeiter*, in: Maireder/Ausserhofer/Schumann/Taddicken, *Digitale Methoden in der Kommunikationswissenschaft*, S.).
- McNair, Brian: *Fake News: Falsehood, Fabrication and Fantasy in Journalism*, New York 2017 (zit.: *McNair, Fake News in Journalism*, S.).
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.) : *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I: *Entwicklung und Grundlagen*, Heidelberg 2004; Band II: *Allgemeine Lehren I*, Heidelberg 2006; Band IV: *Einzelgrundrechte I*, Heidelberg 2011; Band V: *Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II*, Heidelberg 2013; Band VI/1: *Europäische Grundrechte I – Heidelberg 2010*; Band VIII: *Landesgrundrechte in Deutschland*, Heidelberg 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Merten/Papier, *HbdGR Band, §, Rn.*).
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan (Hrsg.) : *Handkommentar: EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, *EMRK, Art. Rn.*).
- Mohabbat Kar, Resa/Thapa, Basanta E. P./Parycek, Peter (Hrsg.) : *(Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft*, Berlin 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Mohabbat/Thapa/Parycek, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft*, S.).

- Möller, Thomas: Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA (Univ.-Diss. Mannheim 2015), Baden-Baden 2016 (zit.: *Möller*, Der grundrechtliche Schutzbereich, S.).
- Müller-Franken, Sebastian: Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat: Verfassungserwartungen und Verfassungsvoraussetzungen einer gefürchteten Freiheit, Paderborn 2013 (zit.: *Müller-Franken*, Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat, S.).
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.) : Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 19. neubearbeitete Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO-Kommentar, Gesetz, § Rn.).
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.) : Grundgesetz Kommentar, Band 1: Präambel, Art. 1–69 GG, 7. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. Rn.).
- Neuberger, Christoph/Lobigs, Frank: Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung: Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Berlin 2010 (zit.: *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, S.).
- Neumann, Franz Leopold/Nipperdey, Carl Hans/Scheuner, Ulrich (Hrsg.) : Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Berlin 1954 (zit.: *Bearbeiter*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, HbGR, S.).
- Nolde, Malaika/Sieber, Ulrich: Sperrverfügungen im Internet – Nationale Rechtsdurchsetzung im globalen Cyberspace?, Berlin 2008 (zit.: *Nolde/Siebers*, Sperrverfügungen im Internet, S.).
- Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.) : Perspektiven des geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann, FS Schricker).
- Orwell, George: 1984, London 1949, 21. Auflage, Zürich 2973 (zit.: *G. Orwell*, 1984, S.).
- Paal, Boris/Pauly, Daniel A. (Hrsg.) : Beck'sche Kompaktcommentare: Datenschutzgrundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, Gesetz, Norm, Rn.).
- Pille, Jens-Ullrich: Meinungsmacht sozialer Netzwerke (Univ.-Diss., Hamburg 2015), Baden-Baden 2016 (zit.: *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S.).
- Pohle, Heinz: Der Rundfunk als Instrument der Politik: Zur Geschichte des deutschen Rundfunks von 1923/38, Hamburg 1955 (zit.: *Pohle*, Der Rundfunk als Instrument der Politik, S.).

- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.) : Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1: §§ 1–354 ZPO, 5. Auflage, München 2016; Band 3: 946–1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage, München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: Rauscher/Krüger, MüKo ZPO Band, Gesetz, § Rn.).
- Redeker, Helmut: IT-Recht, 6., neubearbeitete Auflage, München 2017, C. H. Beck (*Redeker*, IT-Recht, Rn.).
- Rosenfeld, Michel/Andras, Sajo (Hrsg.) : The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Rosenfeld/Sajo, Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, S.).
- Rühl, Ulli F. H.: Tatsachen – Interpretationen – Wertungen: Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit, (Univ.-Habil. Bielefeld, 1997), Baden-Baden 1998 (zit.: *Rühl*, Tatsachen, S.).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage, München 2021; Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432 BGB, 9. Auflage, München 2022; Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Auflage, München 2020; Band 8: Sachenrecht §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 8. Auflage, München 2020; Band 13: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–253), 8. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, MüKo BGB Band, § Rn.).
- Scaife, Laura: Handbook of Social Media and the Law, New York 2015 (zit.: *Scaife*, Handbook of Social Media, S.).
- Schirmacher, Käthe: Voltaire, Paderborn 2015 (zit.: *Schirmacher*, Voltaire, S.).
- Schlachte, Christoph/Lobodda, Stephan: Führung und Wertschöpfung – Resonanz erzeugen, innovativ sein, zukunftsfähig bleiben, 1. Auflage, Heidelberg 2017 (zit.: *Schlachte/Lobodda*, Führung und Wertschöpfung, S.).
- Schliesky, Utz/Hoffmann, Christian/Luch, Anika D./Schulz, Sönke E./Borchers, Kim Corinna: Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet – Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2014 (zit.: *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung, S.).
- Schönke, Adolf (Begr.)/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 30. neu bearbeitete Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB, § Rn.).
- Schulz, Wolfgang/ Held, Thorsten/ Laudien, Arne: Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation: Rechtliche Anforderungen an Zugangsoffenheit und Transparenz bei Suchmaschinen im WWW (Schriftenreihe Medienforschung der LfM), 1. Auflage, Berlin 2005 (zit.: *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation, S.).

- Schulze, Reiner (Hrsg.) : Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schulze, HK-BGB, Gesetz, § Rn.).
- Seibert-Fohr, Anja/Villiger, Mark E. (Hrsg.) : Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation, Baden-Baden 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Seibert-Fohr/Villiger, Judgements of the ECtHR, S.).
- Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andreas (Hrsg.) : The Charter of the United Nations – A Commentary, Volume 1, 3. Auflage, Oxford 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Simmer/Khan/Nolte/Paulus/Fassbender, UN Charter Commentary, Art. Rn.).
- Spinder, Gerald/Schmitz, Peter (Hrsg.) : Telemediengesetz: TMG mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) – Kommentar, 2. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schmitz, TMG, Gesetz, § Rn.).
- Spinder, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.) : Kommentar: Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Gesetz, § Rn.).
- Staben, Julian: Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung: Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments, Tübingen 2016 (*Staben*, Abschreckungseffekt, S.).
- Stadler, Thomas: Haftung für Informationen im Internet, 2. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 2005 (zit.: *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn.).
- Szoka, Berin/Marcus, Adam (Hrsg.) : The next Digital Decade: Essays on the future of the internet, Washington D. C. 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Szoka/Marcus, The next Digital Decade, S.).
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.) : Kommentar: DS-GVO – BDSG – TTDSG, 4. Auflage, Frankfurt a. M. 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG, Gesetz, § Rn.).
- Triepel, Heinrich: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen – Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925 (zit.: *Bearbeiter*, in: Triepel, Festgabe für das Preußische OVG, S.).
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas (Hrsg.) : Heidelberger Kommentar: Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I Art. 1–37 GG, Heidelberg 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. Rn.).
- v. Feuerbach, Paul Johann Anselm: Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers: Nebst einer nähern Prüfung der Kleinischen Strafrechtstheorie; Als Anhang zu der Revision des peinlichen Rechts, Chemnitz 1800 (zit.: *v. Feuerbach*, Ueber die Strafe als Sicherungsmittel, S.).
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.) : Beck'scher Online-Kommentar zum StGB 54. Edition (Stand: 1. August 2022), München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: *v. Heintschel-Heinegg*, BeckOK StGB (Ed.), Gesetz, § Rn.).

- v. Liszt, Franz: Der Zweckgedanke im Strafrecht, Marburg 1882 (zit.: *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, S.).
- Voßkuhle, Andreas: Rechtsschutz gegen den Richter, 1. Auflage, München 1996 (zit.: *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S.).
- Walter, Christian/Grünewald, Benedikt: Beck'scher Online-Kommentar Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 13. Edition (Stand: 1. Juni 2022), München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Walter/Grünewald, BeckOK-BVerfGG (Ed.), § Rn.).
- Wissenschaftlicher Rat der Dudenredaktion (Hrsg.): Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 7: Pekt. – Schi., 3. Auflage, Berlin 1999 (zit.: Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache VII, S.).
- Woolley, Samuel C./Guilbeault, Douglas R.: Computational Propaganda in the United States of America: Manufacturing Consensus Online, Working Paper No. 2017.5 (Computational Propaganda Research Project), University of Oxford (zit.: *Woolley/Guilbeault*, Computational Propaganda in the USA, S.).
- Wunderlich, Nina: Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Der Schutz der Wirtschaftsteilnehmer gegenüber Eingriffen der Gemeinschaft in ihre berufliche Freiheit (Univ.-Diss. Freiburg i. Br. 2017), Baden-Baden 2017 (zit.: *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S.).
- Zimmer, Anja: Hate Speech im Völkerrecht – Rassendiskriminierende Äußerungen im Spannungsfeld zwischen Rassendiskriminierungsverbot und Meinungsfreiheit, Frankfurt am Main 2001 (zit.: *Zimmer*, Hate Speech im Völkerrecht, S.).

## C. Aufsätze

- Beaujean, Daniela: Gewinner und Verlierer der Medienkonvergenz, MultiMedia und Recht 1/2018, Seite 3–6 (zit.: *Beaujean*, MMR 2018, S.).
- Beck, Wolfgang: Freundschaft im Dienst sozialer Netzwerke, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 4/2019, Seite 112–115 (zit.: *Beck*, ZRP 2019, S.).
- Bernreuther, Friedrich: Zur Interessenabwägung bei anonymen Meinungsäußerungen im Internet, in: Archiv für Medien- und Kommunikationsrecht 3/2011, Seite 218–223 (zit.: *Bernreuther*, AfP 2011, S.).
- Bethge, Herbert: Der Grundrechtseingriff, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1998, Band 57, Seite 7–56 (zit.: *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S.).
- Beurskens, Michael: „Hate-Speech“ zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht, in: Neue Juristische Wochenschrift 47/2018, Seite 2418–2420 (zit.: *Beurskens*, NJW 2018, S.).



- Blitz, Marc Jonathan: Lies, Line Drawing, and Deep Fake News – Symposium: Falsehoods, Fake News, and the First Amendment: Panel 1: Falsehoods and the First Amendment, *Oklahoma Law Review* 2018–2019, Band 71, Seite 59–112 (zit.: *Blitz*, *Oklahoma Law Rev.* 71 (2018–2019), S.).
- Blöcher, Danja/Salomon, Tim: In Zeiten der Zeitenwende: Der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine, in: *Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht – Sonderausgabe* 1/2022, Seite 1–7 (zit.: *Blöcher/Salomon*, *GZS-Sonderausgabe* 1/2022, S.).
- Bode, Leticia/Vraga, Emily K.: In Related News, That Was Wrong: The Correction of Mis-information Through Related Stories Functionality in Social Media, in: *Journal of Communication* (4/2015) Vol. 65, Pages 619–638 (zit.: *Bode/Vraga*, *Journal of Communication*, 65 (2015), S.).
- Boehme-Neßler, Volker: Vertrauen im Internet – Die Rolle des Rechts, *MultiMedia und Recht* 07/2009, Seite 439–444 (zit.: *Boehme-Neßler*, *MMR* 2009, S.).
- Brauneck, Anja: Das Problem einer „adäquaten Rezeption“ von Satire mit Anmerkungen zum Beschluss des LG Hamburg vom 17.5.2016 im Fall Böhmermann, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 8/9/2016, Seite 710–715 (zit.: *Brauneck*, *ZUM* 2016, S.).
- Breunig, Christian/van Eimeren, Birgit: 50 Jahre „Massenkommunikation“: Trends in der Nutzung und Bewertung der Medien, in: *Media Perspektiven* 2015/Heft 11, Seite 505–525 (zit.: *Breunig/van Eimeren*, *Media Perspektiven* 2015, S.).
- Brugger, Winfried: Hassrede, Beleidigung, Volksverhetzung, *Juristische Arbeitsblätter* 2006, Seite 687–692 (zit.: *Brugger*, *JA* 2006, S.).
- ders.: Kants System der Redefreiheit, in: *Der Staat* 2007 (Band 46), Seite 515–540 (zit.: *Brugger*, *Der Staat* 46 (2007), S.).
- Bund Deutscher Schiedsmänner und Schiedsfrauen e. V.: Über den schleichenden Tod der Privatklage, in: *Schiedsamtzeitung* 10/2000 (Sonderheft), Band 71, Seite 1–7 (zit.: *Bund Deutscher Schiedsmänner und -frauen*, *Schiedsamtzeitung* 2000 (71) Sonderheft, S.).
- Busch, Christoph/Mak, Vanessa: Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation, in: *Journal of European Consumer and Market Law* 3/2021, Seite 109–115 (zit.: *Busch/Mak*, *EuCML* 2021, S.).
- Büscher, Wolfgang: Soziale Medien, Bewertungsplattformen & Co – Die lauterkeitsrechtliche Haftung von Internetdienstleistern, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Beilage* 5/2017, Seite 433–441 (zit.: *Büscher*, *GRUR* 2017, S.).
- Cagé, Julia: Medien, Macht, Demokratie – Wettbewerb und Konzentration auf dem Medienmarkt, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 30–32/2016, Seite 28–33 (zit.: *Cagé*, *APuZ* 30–32/2016, S.).
- Calliess, Christian: Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, *JuristenZeitung* 7/2006 Seite 321–330 (zit.: *Calliess*, *JZ* 2006, S.).



- Cannie, Hannes/Voorhoof, Dirk: The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? in: Netherlands Quarterly of Human Rights 1/2011, Band 29, Seite 54–83 (zit.: *Cannie/Voorhoof*, Netherlands Quarterly of Human Rights 29 (2011), S.).
- Caspar, Johannes: Klarnamenpflicht versus Recht auf pseudonyme Nutzung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 8/2015, Seite 233–236 (zit.: *Caspar*, ZRP 2015, S.).
- Chopin, Thierry: Le „moment populiste“: vers une Europe „post-libérale“?, in: Question d'Europe n°414, S. 1–8, 12 décembre 2016, Foundation Robert Schuman, abrufbar unter: <https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qq-414-fr.pdf> (zit.: *T. Chopin*, Question d'Europe n° 414, S.).
- Corn, Gary P./Taylor, Robert: Sovereignty in the Age of Cyber, American Journal of International Law Unbound 2017, Volume 111, Seite 207–212 (zit.: *Corn/Taylor*, AJIL Unbound 111 (2017), S.).
- Dankert, Kevin/Dreyer, Stephan: Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess, in: Kommunikation & Recht 2/2017, Seite 73–78 (zit.: *Dankert/Dreyer*, K&R 2017, S.).
- Danwerth, Christopher: Analogie und teleologische Reduktion – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2/2017, Seite 230–249 (zit.: *Danwerth*, ZfPW 2017, S.).
- Degenhart, Christoph: Verfassungsfragen der Internet-Kommunikation – Wie die Rundfunkfreiheit in die Online-Welt hineinstrahlt, in: Computer & Recht 4/2011, Seite 231–237 (zit.: *Degenhart*, CR 2011, S.).
- Diehl, Paula: Populismus und Massenmorden, Aus Politik und Zeitgeschichte 5–6/2012, Seite 16–22 (zit.: *Diehl*, APuZ 2012, S.).
- Dilling, Olaf: Persönlichkeitsschutz durch Selbstregulierung in der Wikipedia, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 5/2013, Seite 380–389 (zit.: *Dilling*, ZUM 2013, S.).
- ders./Holznagel, Bernd/Picot, Arnold: Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 11/2016 Seite 920–947 (zit.: *Dörr/Holznagel/Picot*, ZUM 2016, S.).
- ders./Natt, Alexander: Suchmaschinen und Meinungsvielfalt, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 11/2014, Seite 829–847 (zit.: *Dörr/Natt*, ZUM 2014, S.).
- Drexel, Josef: Economic Efficiency versus Democracy: On the Potential Role of Competition Policy in Regulating Digital Markets in Times of Post-Truth Politics, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16–16 (zit.: *Drexel*, MPIIC Research Paper No. 16–16, S.).
- ders.: Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen: Wie weit reichen die Mittel der Medienregulierung?, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 7/2017, Seite 529–543 (zit.: *Drexel*, ZUM 2017, S.).

- Efrony, Dan/Shany, Yuval: A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyber-operations and Subsequent State Practice, *American Journal of International Law Unbound* 4/2018, Volume 112, Seite 583–657 (zit.: *Efrony/Shany*, *AJIL* 112 (2018), S.).
- Egli, Patricia/Rechsteiner, David: Social Bots und Meinungsbildung in der Demokratie, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)* 2/2017, Seite 249–258 (zit.: *Egli/Rechsteiner*, *AJP/PJA* 2017, S.).
- Eisenreich, Georg: Digital Services Act – ein wirksames Instrument gegen Hass und Hetze im Netz?, in: *Recht Digital* 6/2021, Seite 289–293 (zit.: *Eisenreich*, *RD* 2021, S.).
- Fehling, Michael/Overkamp, Philipp: Entscheidungsbesprechung Beschleunigter Atomausstieg nach Fukushima, *BVerfG*, Urt. v. 6.12.2016–1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, in: *Zeitschrift für das Juristische Studium* 4/2017, Seite 486–494 (zit.: *Fehling/Overkamp*, *ZJS* 2017, S.).
- Feldmann, Thorsten: Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, in: *Kommunikation und Recht* 5/2017, Seite 292–297 (zit.: *Feldmann*, *K&R* 2017, S.).
- ders./Heidrich, Joerg: Rechtsfragen des Ausschlusses von Usern aus Internetforen – Praktische Analyse der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ausschluss, in: *Computer und Recht* 6/2006, Seite 406–412 (zit.: *Feldmann/Heidrich*, *CR* 2006, S.).
- Fettke, Peter: Umsatzsteuer, Zoll und Künstliche Intelligenz – Eine Einführung, in: *Mehrwertsteuerrecht* 11/2018, Seite 463–471 (zit.: *Fettke*, *MwStR* 2018, S.).
- Gerecke, Martin/Stark, Gabriele Lisa: Ein neues Medienrecht für Deutschland, *Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 6/2021, Seite 816–822 (zit.: *Gerecke/Stark*, *MMR* 2021, S.).
- Gersdorf, Hubertus: Ausländischer Staatsfunk auf deutschem Boden – bedingt abwehrbereit?, *Kommunikation & Recht* 2022 (Beilage 1 zu Heft 7/8/2022), Seite 41–49 (zit.: *Gersdorf*, *K&R* 2022 (Beilage 1 zu Heft 7/8/2022), S.).
- ders.: Hate Speech in sozialen Netzwerken, in *MultiMedia und Recht* 7/2017, Seite 439–447 (zit.: *Gersdorf*, *MMR* 2017, S.).
- Gesmann-Nuissl, Dagmar: Künstliche Intelligenz – den ersten Schritt vor dem zweiten tun!, in: *Innovations- und Technikrecht* 3/2018, Seite 105–106 (zit.: *Gesmann-Nuissl*, *InTer* 2018, S.).
- Gielen, Nico/Uphues, Steffen: Digital Markets Act und Digital Services Act. Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14/2021, Seite 627–637 (zit.: *Gielen/Uphues*, *EuZW* 2021, S.).
- Gilbert, Daniel Todd: How Mental Systems Believe, in: *American Psychologist* 2/1991, Band 46, Seite 107–119 (zit.: *D. Gilbert*, *American Psychologist* 46 (1991), S.).

- Glaser, Andreas: Grundrechtlicher Schutz der Ehre im Internetzeitalter, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 22/2012, Seite 1432–1438 (zit.: *Glaser*, NVwZ 2012, S.).
- Gleß, Sabine/Weigend, Thomas: Intelligente Agenten und das Strafrecht, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3/2014, Band 126, Seite 561–591 (zit.: *Gleß/Weigend*, ZStW 126 (2014), S.).
- Goldman, Eric: Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism, *Yale Journal of Law and Technology* 2006 Volume 8, Issue 1, Article 6. Auch abrufbar unter: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol8/iss1/6> (zit.: *E. Goldman*, *Yale Journal of Law and Technology* Vol. 8 (2006), S.).
- Greve, Holger/Schärdel, Florian: Der digitale Pranger – Bewertungsportale im Internet, in: *MultiMedia und Recht* 10/2008, Seite 644–650 (zit.: *Greve/Schärdel*, MMR 2008, S.).
- Grevier, Pauline: La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, in: *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* Octobre 2014, Band 45, Seite 105–112 (zit.: *Grevier*, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* 45 (2014), S.).
- Grimm, Dieter: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 27/1995, Seite 1697–1705 (zit.: *Grimm*, NJW 1995, S.).
- Grünwald, Andreas/Nüßing, Christoph: Vom NetzDG zum DSA: Wachablösung beim Kampf gegen Hatespeech? Diskussionsstand zu beiden Gesetzesvorhaben und deren Vereinbarkeit, in: *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 4/2021, Seite 283–287 (zit.: *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, S.).
- Guggenberger, Nikolas: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 4/2017, Seite 98–101.
- ders.: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 36/2017, Seite 2577–2582 (zit.: *Guggenberger*, NJW 2017, S.).
- Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1972, Band 30, Seite 43–141 (zit.: *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S.).
- Hain, Karl-E.: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt, *Bitburger Gespräche* 2007, Band 48, Seite 21–35 (zit.: *Hain*, *Bitburger Gespräche* 48 (2007), S.).
- Handel, Timo: Hate Speech – Gilt deutsches Strafrecht gegenüber ausländischen Anbietern sozialer Netzwerke? Untersuchung der §§ 3, 9 StGB unter Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips, in: *MultiMedia und Recht* 4/2017, Seite 227–231 (zit.: *Handel*, MMR 2017, S.).
- Härting, Niko: Löschpflicht für Hasskommentare?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 07/2015, Seite 222 (zit.: *Härting*, ZRP 2015, S.).

- ders./Adamek, Max Valentin: Digital Services Act – ein Überblick, in: Computer und Recht 3/2021, Seite 165–170 (zit.: *Härting/Adamek*, CR 2021, S.).
- Hartleb, Florian: Populismus als Totengräber oder Korrektiv der Demokratie?, Aus Politik und Zeitgeschichte 5–6/2012, Seite 22–29 (zit.: *Hartleb*, APuZ 2012, S.).
- Heckmann, Dirk: Persönlichkeitsschutz im Internet, in: Neue Juristische Wochenschrift 36/2012, Seite 2631–2635 (zit.: *Heckmann*, NJW 2012, S.).
- Herdegen, Gerhard: „Soldaten sind Mörder“, in: Neue Juristische Wochenschrift 45/1994, Seite 2933–2935 (zit.: *G. Herdegen*, NJW 1994, S.).
- Hettinger, Michael/Bender, Elias: Die Aussagedelikte (§§ 153–162 StGB), in: Juristische Schulung 7/2015, Seite 577–585 (zit.: *Hettinger/Bender*, JuS 2015, S.).
- Höch, Dominik: Nachbessern: ja, verteufeln: nein. Das NetzDG ist besser als sein Ruf, in: Kommunikation und Recht 5/2017, Seite 289–292 (zit.: *Höch*, K&R 2017, S.).
- Hochhuth, Martin: Schatten über der Meinungsfreiheit: Der „Babycaust“-Beschluss des BVerfG bricht mit der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2007, Seite 192–195 (zit.: *Hochhuth*, NJW 2007, S.).
- Hoeren, Thomas: Anonymität im Web – Grundfragen und aktuelle Entwicklungen, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 8/2010, Seite 251–253 (zit.: *Hoeren*, ZRP 2010, S.).
- ders.: Personenbezogene Daten als neue Währung der Internetwirtschaft, in: Wirtschaft und Wettbewerb 5/2013, Seite 463 (zit.: *Hoeren*, WuW 2013, S.).
- Hoffmann, Christian/Schulz, Sönke E./Borchers, Kim Corinna: Grundrechtliche Wirkungsdimensionen im digitalen Raum – Bedrohungslagen im Internet und staatliche Reaktionsmöglichkeiten, in: MultiMedia und Recht 2/2014, Seite 89–95 (zit.: *Hoffmann/Schulz/Borchers*, MMR 2014, S.).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 1/2017, Band 142, Seite 1–42 (zit.: *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), S.).
- ders.: Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, in: Archiv des öffentlichen Rechts 4/2012, Band 137, Seite 509–544 (zit.: *Hoffmann-Riem*, AöR 137 (2012), S.).
- Hofmann, Franz: Disziplinarität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität am Beispiel der Grundsätze „mittelbarer Verantwortlichkeit“, in: JuristenZeitung 15–16/2018, Seite 746–754 (zit.: *F. Hofmann*, JZ 2018, S.).
- ders.: Mittelbare Verantwortlichkeit im Internet – Eine Einführung in die Intermediärhaftung, in: Juristische Schulung 8/2017, Seite 713–719 (zit.: *F. Hofmann*, JuS 2017, S.).
- Höld, Florian: Das Vorabentscheidungsverfahren nach dem neuen NetzDG – Rechtliches Neuland bei der Bekämpfung von Kriminalität in sozialen Netzwerken, in: MultiMedia und Recht 12/2017, Seite 791–795 (zit.: *Höld*, MMR 2017, S.).

- Hollis, Duncan: The Influence of War; The War for Influence, *Temple International & Comparative Law Journal* [TempleIntl&CompLJ] 1/2018, Volume 32, Seite 31–46 (zit.: *Hollis*, TempleIntl&CompLJ 32 (2018), S.).
- Holznagel, Bernd: Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL: Vortrag auf der 7. Urheberrechtskonferenz der Initiative Urheberrecht am 11.11.2019 in Berlin, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 1/2020, Seite 1–7 (zit.: *B. Holznagel*, ZUM 2020, S.).
- ders.: Phänomen „Fake News“ – Was ist zu tun? Ausmaß und Durchschlagskraft von Desinformationskampagnen, in: *MultiMedia und Recht* 1/2018, Seite 18–22 (zit.: *B. Holznagel*, MMR 2018, S.).
- ders.: Die Zukunft der Mediengrundrechte in Zeiten der Konvergenz (Editorial), in: *MultiMedia und Recht* 1/2011, Seite 1–2 (zit.: *B. Holznagel*, MMR 2011, S.).
- ders.: Internetdienstefreiheit und Netzneutralität, in: *Archiv für Medien- und Kommunikationsrecht* 6/2011, Seite 532–539 (zit.: *B. Holznagel*, AfP 2011, S.).
- Holznagel, Daniel: Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz? – Eine Untersuchung zur zivilrechtlichen Einordnung des Vertrags über die Nutzung von UGC-Plattformen sowie der AGB-rechtlichen Zulässigkeit von „Lösch- und Sperrklauseln“, in: *Computer & Recht* 6/2018, Seite 369–378 (zit.: *D. Holznagel*, CR 2018, S.).
- Hong, Matthias: Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht* 2010, Band 70, Seite 73–126 (zit.: *Hong*, ZaöRV 70 (2010), S.).
- Hönig d’Orville, Melanie: Die Perspektive der Länder: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der „Medienstaatsvertrag“ – Angemessene Instrumente für die Regulierungsherausforderungen? Vortrag auf dem Symposium „Medienrecht 4.0 – Eine zeitgemäße Modernisierung des Rundfunkrechts?“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 9. November 2018 in München, in: *Zeitschrift für Medien- und Urheberrecht* 2/2019, Seite 104–109 (zit.: *Hönig d’Orville*, ZUM 2019, S.).
- Huster, Stefan: Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, *Neue Juristische Wochenschrift* 08/1996, Seite 487–491 (zit.: *Huster*, NJW 1996, S.).
- Jacobs, Wolfgang: Von Gerüchten, Unwahrheiten und anderen alternativen Fakten, in: *Der Sachverständige* 3/2017, Seite 41–42 (zit.: *Jacobs*, DS 2017, S.).
- Janal, Ruth: Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Act, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2/2021, Seite 227–274 (zit.: *Janal*, ZEuP 2021, S.).

- Kaesling, Katharina: Evolution statt Revolution der Plattformregulierung, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 3/2021, Seite 177–184 (zit.: *Kaesling*, ZUM 2021, S.).
- Kalbhenn, Jan Christopher: Medien- und wettbewerbsrechtliche Regulierung von Messenger-Diensten, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 4/2022, Seite 266–277 (zit.: *Kalbhenn*, ZUM 2022, S.).
- ders./Hemmert-Haslwick, Maximilian: EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 3/2021, Seite 184–194 (zit.: *Kalbhenn/Hemmert-Haslwick*, ZUM 2021, S.).
- Kau, Marcel: Polizeiliches Filmverbot im Spannungsverhältnis von Kunst- und Meinungsfreiheit – der sog. „Mohammed-Film“ im Lichte von Art. 5 GG, Archiv des öffentlichen Rechts 1/2015, Band 140, Seite 31–88 (zit.: *Kau*, AöR 140 (2015), S.).
- Kersten, Jens: Anonymität in der liberalen Demokratie, in: Juristische Schulung 3/2017, Seite 193–203 (zit.: *Kersten*, JuS 2017, S.).
- Keßler, Oliver: Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz: Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Handelns informationstechnischer Systeme, in: MultiMedia und Recht 9/2017, S. 589–594 (zit.: *Keßler*, MMR 2017, S.).
- Kimminich, Otto: Die Freiheit, nicht zu hören, in: Der Staat 1964 (Band 3), Seite 61–84 (zit.: *Kimminich*, Der Staat 3 (1964), S.).
- Kirn, Stefan/Müller-Hengstenberg, Claus: Intelligente (Software-)Agenten: Von der Automatisierung zur Autonomie? – Verselbstständigung technischer Systeme, in: MultiMedia und Recht 4/2014 Seite 225–232 (zit.: *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, S.).
- Klaas, Arne: Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz, MultiMedia und Recht 02/2019, Seite 84–90 (zit.: *Klaas*, MMR 2019, S.).
- Klass, Nadine: FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht: Einleitung zum gleichnamigen Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7. Februar 2020 in München, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 7/2020, Seite 353–355 (zit.: *Klass*, ZUM 2020, S.).
- Kluge, Steffen: Klarnamenspflicht bei Facebook – Rechtliche Grenzen und Möglichkeiten, in: Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband 2016, Seite 107–121 (zit.: *Kluge*, DSRITB, S.).
- Köhler, Michael: Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten, in: Neue Juristische Wochenschrift 40/1985, S. 2389–2391 (zit.: *Köhler*, NJW 1985, S.).
- Körper, Torsten: Google im Fokus des Kartellrechts, in: Wettbewerb in Recht und Praxis 7/2012, Seite 761–772 (zit.: *Körper*, WRP 2012, S.).



- Koreng, Ansgar: Meinungsmarkt und Netzneutralität – Kommunikationsgrundrechtliche Aspekte des diskriminierungsfreien Netzzugangs, in: *Computer & Recht* 11/2009, Seite 758–760 (zit.: *Koreng*, CR 2009, S.).
- ders.: Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Neue Wege im Kampf gegen „Hate Speech“?, in: *Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* 9/2017, Seite 203–205 (zit.: *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S.).
- Kraetzig, Viktoria/Lennartz, Jannis: Grundrechtsschutz durch Algorithmus?: Das Urheberrecht als Menetekel automatisierter Rechtsdurchsetzung, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 35/2022, Seite 2524–2530 (zit.: *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, S.).
- Krause, Benjamin: IP-Tracking durch Ermittlungsbehörden: Ein Fall für § 100 g StPO? – Zugleich Besprechung des BGH-Beschl. v. 23.9.2014–1 BGs 210/14, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 3/2016, Seite 139–144 (zit.: *B. Krause*, NStZ 2016, S.).
- Kreile, Johannes: Vorschläge zur Vielfaltsicherung bei Suchmaschinen im Rundfunkstaatsvertrag, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 4/2017, S. 268–278 (zit.: *J. Kreile*, ZUM 2017, S.).
- Krüger, Uwe: Medien im Mainstream – Problem oder Notwendigkeit, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 30–32/2016, Seite 22–27 (zit.: *U. Krüger*, APuZ 30–32/2016, S.).
- Krupar, Felix: Die rechtliche Behandlung algorithmischer Kommunikate, in: *Tagungsband Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik 2017*, Seite 275–289 (zit.: *Krupar*, DSRITB 2017, S.).
- Kühling, Jürgen: „Fake News“ und „Hate Speech“ – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 6/2021, Seite 461–472 (zit.: *Kühling*, ZUM 2021, S.).
- ders.: Im Dauerlicht der Öffentlichkeit – Freifahrt für personenbezogene Bewertungsportale!?, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 7/2015, Seite 447–450 (zit.: *Kühling*, NJW 2015, S.).
- ders./Gauß, Nicolas: Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 12/2007, Seite 881–889 (zit.: *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, S.).
- Kuhlmann, Simone/Trute, Hans-Heinrich: Die Regulierung von Desinformationen und rechtswidrigen Inhalten nach dem neuen Digital Services Act, in: *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht* 3/2022, Seite 115–122 (zit.: *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, S.).
- Kuß, Christian/Lehmann, Daniel: Digital Services Act – Entwurf eines einheitlichen Rechtsrahmens für die EU-Digitalkwirtschaft, in: *Der Betrieb* 12/2021, Seite 605–610 (zit.: *Kuß/Lehmann*, DB 2021, S.).



- Leminen, Seppo: Coordination and Participation in Living Lab Networks, in: *Technology Innovation Management Review* 3/2013, Band 11, Seite 5–14, <http://doi.org/10.22215/timreview/740> (zit.: *Leminen*, TIMR 11 (2013), S.).
- Lent, Wolfgang: Elektronische Presse zwischen E-Zines, Blogs und Wikis – Was sind Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten?, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 12/2013, Seite 914–920 (zit.: *Lent*, ZUM 2013, S.).
- ders.: Aktuelle Rechtsfragen der Gegendarstellung in elektronischen Presseangeboten, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 11/2016, Seite 954–960 (zit.: *Lent*, ZUM 2016, S.).
- Libertus, Michael: Rechtliche Aspekte des Einsatzes von Social Bots de lege lata und de lege ferenda, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 1/2018, Seite 20–26 (zit.: *Libertus*, ZUM 2018, S.).
- Liesching, Marc: EU-Kommission: Medienstaatsvertrag verstößt gegen EU-Recht, auf: Beck-Community, Artikel vom 29. April 2020, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2020/04/29/eu-kommission-medienstaatsvertrag-verstoest-gegen-eu-recht> (zit.: *Liesching*, MStV verstößt gegen EU-Recht, auf: Beck-Community, Artikel vom 29. April 2020).
- ders.: Das Herkunftslandprinzip nach E-Commerce- und AVMD-Richtlinie, in: *Beilage MultiMedia und Recht* 6/2020, Seite 3–27 (zit.: *Liesching*, MMR 2020, S.).
- ders.: Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG – Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte, in: *MultiMedia & Recht* 2018, Seite 26–30 (zit.: *Liesching*, MMR 2018, S.).
- Lippold, Matthias/Nölscher, Patrick: Tagungsbericht der 66. Jahrestagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristen-Kommission in Göttingen vom 21.–23. Oktober 2023: Künstliche Intelligenz – Herausforderungen und Chancen, in: *JuristenZeitung* 11/2023, Seite 513–514 (zit.: *Lippold/Nölscher*, JZ 2023, S.).
- Löber, Lena Isabell/Roßnagel, Alexander: Kennzeichnung von Social Bots – Transparenzpflichten zum Schutz integrier Kommunikation, in: *MultiMedia und Recht* 8/2019, Seite 493–498 (zit.: *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, S.).
- Lochocki, Timo: Immigrationsfragen: Sprungbrett rechtspopulistischer Parteien, Aus Politik und Zeitgeschichte 5–6/2012, Seite 30–36 (zit.: *Lochocki*, APuZ 2012, S.).
- Lorenz, Bernd: Anonymität im Internet? – Zur Abgrenzung von Diensteanbietern und Nutzern, in: *Verbraucher und Recht* 3/2014, Seite 83–90 (zit.: *B. Lorenz*, VuR 2014, S.).
- Masing, Johannes: Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, in: *JuristenZeitung* 10/2015, Seite 477–487 (zit.: *Masing*, JZ 2015, S.).
- Matsuda, Mari J.: Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story, *The Michigan Law Review* 8/1989, Band 87, Seite 2320–2381 (zit.: *Matsuda*, *Michigan Law Review* 87 (1989), S.).

- Meskouris, Johannes: Der Stolpe-Beschluss des BVerfG in rechtsvergleichender Betrachtung. Der Schutz vor gerichtlichen Verurteilungen zur Unterlassung von Meinungsäußerungen nach dem Grundgesetz und nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, in: *Der Staat* 03/2009, Band 48, Seite 355–385 (zit.: *Meskouris*, *Der Staat* 48 (2009), S.).
- Michael, Lothar: Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2/2010, Seite 155–166 (zit.: *Michael*, *ZJS* 2010, S.).
- Milker, Jens: „Social Bots“ im Meinungskampf: Wie Maschinen die öffentliche Meinung beeinflussen und was wir dagegen unternehmen können, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 3/2017, Seite 216–222 (zit.: *Milker*, *ZUM* 2017, S.).
- ders.: Social-Bots: Gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Prüfstand, in: *Innovations- und Technikrecht (InTer)* 4/2017, Seite 199–207 (zit.: *Milker*, *InTer* 2017, S.).
- Milstein, Alexander: Search Engine Bias als Rechtsproblem, in: *Computer & Recht* 11/2013, Seite 721–727 (zit.: *Milstein*, *CR* 2013, S.).
- ders./Lippold, Matthias: Suchmaschinenergebnisse im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 4/2013, Seite 182–187 (*Milstein/Lippold*, *NVwZ* 2013, S.).
- Misselwitz, Charlotte: Narrative Spiegelung als Interventionsstrategie, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 5–6/2012, Seite 49–54 (zit.: *Misselwitz*, *APuZ* 2012, S.).
- ders./Zwiffelhoffer, Lara: Zulässigkeit einer rundfunkrechtlichen Opt-in-Regulierung – Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen optionaler Regime im deutschen Rundfunkrecht, in: *MultiMedia & Recht* 2015, Seite 161–166 (zit.: *Möllers/Zwiffelhoffer*, *MMR* 2015, S.).
- Mörsdorf, Oliver: Beitragslöschungen und Kontensperrungen nach den „Hausregeln“ sozialer Netzwerke, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 43/2021, Seite 3158–3161 (zit.: *Mörsdorf*, *NJW* 2021, S.).
- Muckel, Stefan: Weitreichender Schutz der Meinungsfreiheit: Schmähkritik als seltene Ausnahme, *Juristische Arbeitsblätter* 10/2016, Seite 797–798 (zit.: *Muckel*, *JA* 2016, S.).
- Muhle, Florian: Kommunikation: Socialbots: Gefahr für die Meinungsbildung im Internet?, in: *Verbandszeitschrift des VHW – Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V. – Forum für Wohnen und Stadtentwicklung* 5/2018 (November), Seite 245–247 (zit.: *Muhle*, *VHW-FWS* 2018, S.).
- Müller, Jann-Heinrich/Nölscher, Patrick: NPD – Verfassungsfeindlich, aber nicht verfassungswidrig?!, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2/2017 (Band 72), S. 293–316 (zit.: *Müller/Nölscher*, *ZÖR* 2017, S.).

- Müller-Terpitz, Ralf: Filter als Gefahr für die Meinungspluralität? – Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Einsatz von Filtertechnologien: Vortrag auf dem Symposium „FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7.2.2020 in München, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 7/2020, Seite 365–374 (zit.: *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, S.).
- ders.: Einbindung von Intermediären in das medienrechtliche System der Vielfaltsicherung, in: *Archiv für Medien- und Kommunikationsrecht* 5/2017, Seite 380–384 (zit.: *Müller-Terpitz*, AfP 2017, S.).
- ders.: „Leben in Würde“: Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten, in: *JuristenZeitung* 1/2019, S. 1–11 (zit.: *Nettesheim*, JZ 2019, S.).
- Neuhoff, Heiko: Die Dynamik der Medienfreiheit am Beispiel von Presse und Rundfunk, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 5/2012, Seite 371–383.
- Nölscher, Patrick: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 4/2020, Seite 301–312 (zit.: *Nölscher*, ZUM 2020, S.).
- Nolte, Georg: Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 7/2017, Seite 552–565 (zit.: *Nolte*, ZUM 2017, S.).
- Ory, Stephan: Der Medienstaatsvertrag – Neuer Wein in neuen Schläuchen? Vortrag auf dem Symposium „Medienrecht 4.0 – Eine zeitgemäße Modernisierung des Rundfunkrechts?“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 9. November 2018 in München, in: *Zeitschrift für Medien- und Urheberrecht* 2/2019, Seite 135–153 (zit.: *Ory*, ZUM 2019, S.).
- Öztürk, Asiye: Editorial, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 5–6/2012, Seite 2 (zit.: *Öztürk*, APuZ 2012, S.).
- Paal, Boris P.: Vielfaltsicherung bei Intermediären – Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, in: *MultiMedia und Recht* 9/2018, Seite 567–572 (zit.: *Paal*, MMR 2018, S.).
- ders.: Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2010, Mohr-Siebeck (zit.: *Paal*, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht*, S.).
- ders./Hennemann, Moritz: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter: Regulierungsinstrumente für einen gefährungsadäquaten Rechtsrahmen, in: *JuristenZeitung* 13/2017, Seite 641–652 (zit.: *Paal/Hennemann*, JZ 2017, S.).
- dies.: Meinungsvielfalt im Internet: Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3/2017, Seite 76–79 (zit.: *Paal/Hennemann*, ZRP 2017, S.).
- Papier, Hans-Jürgen/Schröder, Meinhard: „Gebiet des Rundfunks“ – Gutachten zu „Presseähnlichen Angeboten“, *epd medien*, 60/2010, Seite 16–33 (zit.: *Papier/Schröder*, *epd medien* 2010, S.).

- Paul, Christopher/Matthews, Miriam: The Russian “Firehose of Falsehood” Propaganda Model: Why It Might Work and Options to Counter It, in: *Perspectives* 2016, Seite 1–16, abrufbar unter: <https://www.rand.org/pubs/perspectives/PE198.html> (DOI: 10.7249/PE198) (zit.: *Paul/Matthews*, *Perspectives* 2016, S.).
- Paulus, Andreas/Nölscher, Patrick: Rundfunkbegriff und Staatsferne im Konvergenzzeitalter, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 03/2017, Seite 177–186 (zit.: *Paulus/Nölscher*, *ZUM* 2017, S.).
- Peifer, Karl-Nikolaus: Fake News und Providerhaftung – Warum das NetzDG zur Abwehr von Fake News die falschen Instrumente liefert, in: *Computer & Recht* 12/2017, Seite 809–813 (zit.: *Peifer*, *CR* 2017, S.).
- Pieper, Fritz-Ulli: Künstliche Intelligenz: Im Spannungsfeld von Recht und Technik, in: *Innovations- und Technikrecht* 1/2018, Seite 9–15 (zit.: *F. U. Pieper*, *InTer* 2018, S.).
- ders.: Künstliche Intelligenz: Im Spannungsfeld von Recht und Technik, in: *Tagungsband Deutsche Stiftung für Recht und Informatik 2017 (Herbstakademie)*, Seite 555–571 (zit.: *Pieper*, *DSRITB* 2017, S.).
- Pille, Jens-Ullrich: Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit im Internet, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 49/2018, Seite 3545–3550 (zit.: *Pille*, *NJW* 2018, S.).
- Pöttker, Horst: Pressefreiheit in Deutschland. Nutzen, Grenzen, Gefährdungen, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 30–32/2016, Seite 9–15 (zit.: *Pöttker*, *APuZ* 30–32/2016, S.).
- Price, Charles: The Study of Assimilation, in: *Migration 1969*, Volume 2, *Sociological Studies* (zit.: *Price*, *The Study of Assimilation* (1969), S.).
- Priester, Karin: Wesensmerkmale des Populismus, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 5–6/2012, Seite 3–9 (zit.: *Priester*, *APuZ* 2012, S.).
- Raue, Benjamin: Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken – Ansprüche von Nutzern sozialer Netzwerke gegen die Löschung ihrer Beiträge, in: *JuristenZeitung* 20/2018, Seite 691–670 (zit.: *B. Raue*, *JZ* 2018, S.).
- ders./Steinebach, Martin: Uploadfilter – Funktionsweisen, Einsatzmöglichkeiten und Parametrisierung: Vortrag auf dem Symposium „FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7. Februar 2020 in München, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 7/2020, Seite 355–364 (zit.: *Raue/Steinebach*, *ZUM* 2020, S.).
- Reichwald, Julian/Pfisterer, Dennis: Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge – Möglichkeiten und Grenzen autonomer Handlungen, in: *Computer & Recht* 3/2016, Seite 208–212 (zit.: *Reichwald/Pfisterer*, *CR* 2016, S.).
- Richter, Philipp: Ein anonymes Impressum? – Profile in sozialen Netzwerken zwischen Anbieterkennzeichnung und Datenschutz, in: *MultiMedia und Recht* 8/2014, Seite 517–521 (zit.: *Richter*, *MMR* 2014, S.).

- Röttgen, Charlotte/Juelicher, Tim: Der BOT, das unbekannte Wesen – Ein rechtlicher Überblick, in: Tagungsband Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik 2017, Seite 227–241 (zit.: *Röttgen/Juelicher*, DSRITB 2017, S.).
- Rozenblit, Leonid/Keil, Frank: The Misunderstood Limits of Folk Science: An Illusion of Explanatory Depth, in: *Cognitive Science* 5/2002, Band 26, Seite 521–562 (zit.: *Rozenblit/Keil*, *Cognitive Science* 26 (2002), S.).
- Rupp, Hans Heinrich: „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ der Grundrechte, *JuristenZeitung* 6/2001, Seite 271–277 (zit.: *Rupp*, JZ 2001, S.).
- Savary, Fiona: Der Digital Services Act steht vor der Tür: ein Meilenstein in der Regulierung von Online-Plattformen?, in: *Betriebs-Berater* 01/2022, Seite 1 (zit.: *Savary*, BB 2022, S.).
- Scaife, Laura: The interrelation of platform providers and users in the regulation of Twitter and offensive speech – is there a right to be offensive and offended at content?, in: *Communications Law* 2013, Seite 128–134 (zit.: *Scaife*, *Communications Law* 2013, S.).
- Schack, Haimo: Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, *MultiMedia und Recht* 03/2000, S. 135–140 (zit.: *Schack*, MMR 2000, S.).
- Schaefer, Jan: Die Babycaust-Entscheidung des BVerfG – Anmerkung zu BVerfG NJW 2006, S. 3769 ff., in: *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg* (StudZR), 2/2008, S.351–360 (zit.: *Schaefer*, StudZR 2008, S.).
- Scheuner, Ulrich: Pressefreiheit, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1965, Band 22, Seite 1–100 (zit.: *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S.).
- Schiff, Alexander: Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen, in: *MultiMedia und Recht* 6/2018, Seite 366–371 (zit.: *Schiff*, MMR 2018, S.).
- Schmid, Gregor/Grewe, Max: Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Online-dienste“? Auswirkungen des Kommissionsentwurfs für die Digitalwirtschaft, in: *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 4/2021, Seite 279–282 (zit.: *Schmid/Grewe*, MMR 2021, S.).
- Schmidt, Carolin Louisa: Die Selbstregulierung der Presse im Wandel – Der Deutsche Presserat, seine Kritiker und Lösungsmöglichkeiten, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 22/2018, Seite 1460–1468 (zit.: *C. L. Schmidt*, DVBl. 2018, S.).
- Schmitt Glaeser, Walter: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG (Schluß), *Archiv des Öffentlichen Rechts* 1972, Band 97, Seite 276–298 (zit.: *Schmitt Glaeser*, AÖR 97 (1972), S.).
- ders.: Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 14/1996, Seite 873–879 (zit.: *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, S.).

- Schmitt, Friedrich: Telemedienauftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nach dem Grundgesetz, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 11/2018, Seite 769–773 (zit.: *F. Schmitt*, NVwZ 2018, S.).
- Schröder, Meinhard: Rahmenbedingungen der staatlichen Regulierung, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 08/2018, Seite 465–472 (zit.: *Schröder*, DVBl. 2018, S.).
- Schulz, Wolfgang: Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs, in: *Archiv für Medien- und Kommunikationsrecht* 5/2017, Seite 373–379 (zit.: *W. Schulz*, AfP 2017, S.).
- Schütz, Raimund: Regulierung in der digitalen Medienwelt, *MultiMedia und Recht* 01/2018, Seite 36–39 (zit.: *Schütz*, MMR 2018, S.).
- Schwartzmann, Rolf: Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Beilage* 14/2017, Seite 317–319 (zit.: *Schwartzmann*, GRUR-Prax 2017, S.).
- ders./Mühlenbeck, Robin L.: NetzDG und das virtuelle Hausrecht sozialer Netzwerke, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 6/2020, Seite 170–172 (zit.: *Schwartzmann/Mühlenbeck*, ZRP 2020, S.).
- Schwarz, Kyrill-A.: Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz, *Juristische Arbeitsblätter* 4/2017, Seite 241–244 (zit.: *K.-A. Schwarz*, JA 2017, S.).
- Skupin, Florian: FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht: Tagungsbericht zu dem gleichnamigen Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7. Februar 2020 in München, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 7/2020, Seite 514–519 (zit.: *Skupin*, ZUM 2020, S.).
- Shum, Heung-yeung/He, Xiao-dong/Li, Di: From Eliza to XiaoIce: challenges and opportunities with social chatbots, in: *Frontiers of Information Technology & Electronic Engineering* 19 (1/2018), Seite 10–26 (zit.: *Shum/He/Li*, *Frontiers of Information Technology & Electronic Engineering* 19 (2018), S.).
- Siara, Carsten: Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien – Rundfunk und rundfunkähnliche Telemedien im Internet, in: *MultiMedia und Recht* 6/2020, Seite 370–373 (zit.: *Siara*, MMR 2020, S.).
- Schaller, Christian: Der Angriff auf die Ukraine im Lichte des Völkerrechts, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 12/2022, Seite 832–836 (zit.: *Schaller*, NJW 2022, S.).
- Sieber, Ulrich/Liesching, Marc: Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, in: *MultiMedia und Recht-Beilage* 8/2007, Seite 1–30 (zit.: *Sieber/Liesching*, MMR-Beil. 2007, S.).
- Smend, Rudolf: Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1928, Band 4, Seite 6–97 (zit.: *Smend*, VVDStRL 4 (1928), S.).
- Spindler, Gerald: Ein europäischer Neuanfang in der Haftung und Plattformregulierung durch den Digital Service Act?, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 9/2022, Seite 593–594 (zit.: *Spindler*, GRUR 2022, S.).



- ders.: Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act. Teil 2: Große und besonders große Plattformen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 5/2021, Seite 653–662 (zit.: *Spindler*, GRUR 2021, S.).
- ders.: Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke – Eine Untersuchung der zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, in: Computer & Recht 4/2019, Seite 238–247 (zit.: *Spindler*, CR 2019, S.).
- ders.: Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 6/2017, Seite 474–487 (zit.: *Spindler*, ZUM 2017, S.).
- ders.: Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?, Computer & Recht 12/2015, Seite 766–776 (zit.: *Spindler*, CR 2015, S.).
- ders.: Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Beilage 1/2014, Seite 101–108 (zit.: *Spindler*, GRUR-Beilage 2014, S.).
- Stadler, Thomas: Verstoßen Facebook und GooglePlus gegen deutsches Recht? – Ausschluss von Pseudonymen auf Social-Media-Plattformen, in: Zeitschrift für Datenschutzrecht 02/2011, Seite 57–59 (zit.: *Stadler*, ZD 2011, S.).
- Stark, Birgit: Meinungsbildung im Netz: Die Macht der Algorithmen, in: MultiMedia und Recht 11/2017, Seite 721–722 (zit.: *Stark*, MMR 2017, S.).
- Steinbach, Armin: Social Bots im Wahlkampf, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 4/2017, Seite 101–105 (zit.: *Steinbach*, ZRP 2017, S.).
- Sümmermann, Philipp: MStV – Pflichten für Telemedien: Journalistische Sorgfalt und Social Bots, auf: Telemedicus.info, Beitrag vom 22. Oktober 2020, abrufbar unter: <https://tlmd.in/-5426> (zit.: *Sümmermann*, MStV und Social Bots, auf: Telemedicus.info, Beitrag vom 22. Oktober 2020).
- Thieme, Werner: Über die Wahrheitspflicht der Presse, in: Die Öffentliche Verwaltung 1980, Seite 149–154 (zit.: *Thieme*, DÖV 1980, S.).
- Timofeeva, Yulia A.: Hate Speech Online: Restricted or Protected? Comparison of Regulations in The United States and Germany, Journal of Transnational Law & Policy 2/2003 (Vol. 12), Seite 253–286 (zit.: *Timofeeva*, JTLP 2003, S.).
- Tsesis, Alexander: Hate in Cyberspace: Regulation Hate Speech on the Internet, 38 San Diego Law Review 2001, Seite 817–874 (zit.: *Tsesis*, San Diego Law Review 2001, S.).
- Turing, Allan M.: Computing Machinery and Intelligence, in: Mind: A Quarterly Review of Psychology and Philosophy 1950, Band 59, Seite 433–460 (zit.: *A. M. Turing*, Mind 59 (1950), S.).



- Vesting, Thomas: Soziale Geltungsansprüche in der fragmentierten Öffentlichkeit: Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, in: Archiv des öffentlichen Rechts 1997, Band 122, Seite 337–371 (zit.: *Vesting*, AöR 122 (1997), S.).
- Wahlster, Wolfgang: Künstliche Intelligenz als Grundlage autonomer Systeme, in: Informatik-Spektrum 5/2017, Seite 409–418 (zit.: *Wahlster*, Informatik-Spektrum 2017, S.).
- Waldrop, M. Mitchell: News Feature: The genuine problem of fake news, in: Proc Natl Acad Sci 48/2017 (Vol. 114), Seite 12631–12634, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1073/pnas.1719005114> (zit.: *Waldrop*, PNAS 2017, S.).
- Wanckel, Endress: Die Durchsetzung von presserechtlichen Unterlassungsansprüchen, in: Neue Juristische Wochenschrift 46/2009, Seite 3353–3356 (zit.: *Wanckel*, NJW 2009, S.).
- Weberling, Johannes: Medienrechtliche Bedingungen und Grenzen des Roboterjournalismus, in: Neue Juristische Wochenschrift 11/2018, Seite 375–739 (zit.: *Weberling*, NJW 2018, S.).
- Wiese, Gunther: Bewertungsportale und allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: Juristen-Zeitung 12/2011, Seite 608–617 (zit.: *Wiese*, JZ 2011, S.).
- Wimmers, Jörg/Heymann, Britta: Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, Zeitschrift für das gesamte Medienrecht/Archiv für Presserecht 02/2017, Seite 93–102 (zit.: *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S.).
- Worms, Christoph/Gusy, Christoph: Verfassung und Datenschutz, in: Datenschutz und Datensicherheit 2/2012, Seite 92–99 (zit.: *Worms/Gusy*, DuD 2012, S.).
- Yang, Xin/Li, Yuezun/Lyu, Siwei: Exposing Deep Fakes Using Inconsistent Head Poses, in: International Conference on Acoustics, Speech and Signal Processing 2019 (ICASSP), Seite 8261–8265 (zit.: *Yang/Li/Lyu*, ICASSP 2019, S.).

## D. Lehrbücher

- Beater, Axel: Medienrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2016 (zit.: *Beater*, Medienrecht, Rn.).
- Cormen, Thomas H./Leiserson, Charles E./Rivest, Ronald L./Stein, Clifford: Introduction to Algorithms, 3. Edition, Massachusetts 2010, MIT Press (zit.: *Cormen/Leiserson/Rivest/Stein*, Algorithms, S.).
- Delgado, Richard/Stefancic, Jean: Understanding Words that Wound, Colombia 2004 (zit.: *Delgado/Stefancic*, Understanding Words that Wound, S.).
- Ehlers, Dirk: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin 2014 (zit.: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, S.).

- Han, Petrus: Soziologie der Migration: Erklärungsmodelle, Fakten, Politische Konsequenzen, Perspektiven, 3. Auflage, Stuttgart 2010 (*Han*, Soziologie der Migration, S.).
- Hesse, Konrad: Die Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999 (zit.: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, § Rn.).
- Ipsen, Knut (Begr.)/Epping, Volker/Heintschel von Heinegg, Wolfgang (Hrsg.): Völkerrecht, 7. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: K. Ipsen, Völkerrecht, § Rn.).
- Kloepfer, Michael: Verfassungsrecht, Band 2: Grundrechte, München 2010 (zit.: *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § Rn.).
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Karlsruhe 2016 (zit.: *Medicus*, BGB AT, S.).
- Michael, Lothar/Morlok, Martin: Grundrechte, 8. Auflage, Baden-Baden 2022, Nomos (zit.: *Michael/Morlok*, Grundrechte, § Rn.).
- v. Arnould, Andreas: Völkerrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2022 (zit.: *v. Arnould*, Völkerrecht, § Rn.).

## E. Zeitungsartikel und Elektronische Presse

- Albrecht, Florian: Bekämpfung von Fake News: Lügen und lügen lassen, Artikel vom 30. Dezember 2016, auf: Legal Tribune Online, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fake-news-abwehrzentrale-desinformation-kommentar-recht-auf-luege/> (zit.: *Albrecht*, Bekämpfung von Fake News: Lügen und lügen lassen, Artikel vom 30. Dezember 2016, auf: Legal Tribune Online).
- Amos, Maximilian: Meinungsfreiheit im Internet – Im Staate Facebook, auf: LTO.de, Artikel vom 24. September 2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/meinungsfreiheit-internet-facebook-loeschungen-gerichte-entscheidungen/> (zit.: *M. Amos*, Im Staate Facebook, auf: LTO.de, Artikel vom 24. September 2018).
- Ballweg, Silke: Mit Faktencheck gegen Fake News, Artikel vom 5. Februar 2017, auf: Deutschlandfunk.de, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/soziale-medien-mit-faktencheck-gegen-fake-news.724.de.html?dram:Article\\_id=378182](https://www.deutschlandfunk.de/soziale-medien-mit-faktencheck-gegen-fake-news.724.de.html?dram:Article_id=378182) (zit.: *Ballweg*, Mit Faktencheck gegen Fake News, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 5. Februar 2017).
- Bauckhage, Christian: Vortrag Künstliche Intelligenz, auf: Zentrum für LehrerInnenbildung (ZfL) Uni Köln, Vortrag auf der Tagung „Diggy17 – Enter Next Level Learning“ vom 27. September 2017, abrufbar unter: <http://zfl.uni-koeln.de/diggi17.html> (zit.: *Bauckhage*, Vortrag Künstliche Intelligenz (ab), auf: Zentrum für LehrerInnenbildung (ZfL) Uni Köln, Vortrag auf der Tagung „Diggy17 – Enter Next Level Learning“ vom 27. September 2017).

- Bender, Justus: Bender, Nun sag, wie hast du's mit den Islamthesen?, auf: FAZ.net, Artikel vom 27. Oktober 2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/umstrittene-aussagen-relativierung-von-glasers-thesen-in-der-afd-15266725.html> (zit.: *Bender*, Nun sag, wie hast du's mit den Islamthesen?, auf: FAZ.net, Artikel vom 27. Oktober 2017).
- ders.: Was sind eigentlich „Fake News“, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 3. März 2017, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/ueber-fake-news-zweiter-teil-was-sind-eigentlich-fake-news.2852.de.html?dram:Article\\_id=380135](https://www.deutschlandfunk.de/ueber-fake-news-zweiter-teil-was-sind-eigentlich-fake-news.2852.de.html?dram:Article_id=380135) (zit.: *Bertolaso*, Was sind eigentlich „Fake News“, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 3. März 2017).
- Beuth, Patrick: Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt, auf: Spiegel Online, Artikel vom 27. Juli 2018, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/netzdg-so-oft-sperren-facebook-youtube-und-twitter-a-1220371.html> (zit.: *P. Beuth*, Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt, auf: Spiegel Online, Artikel vom 27. Juli 2018).
- Beuth, Patrick/Brost, Marc/Dausend, Peter/Dobbert, Steffen/Hamann, Götz: Krieg ohne Blut, auf: Zeit Online, Artikel vom 26. Februar 2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2017/09/bundestagswahl-fake-news-manipulation-russland-hacker-cyberkrieg> (zit.: *Beuth/Brost/Dausend/Dobbert/Hamann*, Krieg ohne Blut, auf: Zeit Online, Artikel vom 26. Februar 2017).
- Brost, Marc/Fehse, Lea/Geis, Matthias/Hähnig, Anne/Lau, Mariam/Lukas, Julius/Machowecz, Martin/Mania-Schlegel, Josa/Middelhoff, Paul/Schönian, Valerie/Wefing, Heinrich: Hau ab!, in: Die Zeit (Heft Nr. 38), Seite 6, Artikel zum Titelthema „Warum rückt das Land eher nach rechts?“ vom 14. September 2017 (zit.: *Brost et al.*, Hau ab!, in: Die Zeit (Nr. 38), Artikel vom 14. September 2017, S.).
- Brönstrup, Carsten: Forscher: Ausländer nehmen Deutsche keine Jobs weg, auf: Tagesspiegel.de, Artikel vom 19. November 2006, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/forscher-auslaender-nehmen-deutschen-keine-jobs-weg/776456.html> (zit.: *Brönstrup*, Forscher: Ausländer nehmen Deutsche keine Jobs weg, auf: Tagesspiegel.de, Artikel vom 19. November 2006).
- Booth, Robert/Weaver, Matthew/Hern, Alex/Smith, Stacey/Walker, Shaun: Russia used hundreds of fake accounts to tweet about Brexit, data shows, auf: The Guardian.com, Artikel vom 14. November 2017, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/14/how-400-russia-run-fake-accounts-posted-bogus-brexit-tweets> (zit.: *Booth et al.*, Russia used hundreds of fake accounts to tweet about Brexit, data shows, auf: The Guardian.com, Artikel vom 14. November 2017).

- Briegleb, Volker: Netz-DG: EU-Kommission begrüßt deutsches Vorgehen gegen Hate Speech, auf: heise.de, Artikel vom 9. Juni 2017, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netz-DG-EU-Kommission-begruesst-deutsches-Vorgehen-gegen-Hate-Speech-3740069.html> (zit.: *Briegleb*, Netz-DG: EU-Kommission begrüßt deutsches Vorgehen gegen Hate Speech, auf: heise.de, Artikel vom 9. Juni 2017).
- Brin, Sergey/Page, Lawrence: The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine, abrufbar unter: <http://ilpubs.stanford.edu:8090/361/1/1998-8.pdf> (zit.: *Brin/Page*, The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine).
- Brings-Wiesen, Tobias: Meinungskampf mit allen Mitteln und ohne Regeln?, auf: Juwiss Blog, Beitrag vom 30. November 2016, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/93-2016> (zit.: *Brings-Wiesen*, Meinungskampf mit allen Mitteln und ohne Regeln?, auf: Juwiss Blog, Beitrag vom 30. November 2016).
- Bröcker, Michael: Neue Rundfunklizenz – Russia Today will ins deutsche Fernsehen, auf: RP Online, Artikel vom 11. Januar 2019, abrufbar unter: [https://rp-online.de/politik/deutschland/russia-today-will-rundfunklizenz-in-deutschland\\_aid-35591767](https://rp-online.de/politik/deutschland/russia-today-will-rundfunklizenz-in-deutschland_aid-35591767) (zit.: *Bröcker*, Russia Today will ins deutsche Fernsehen, auf: RP Online, Artikel vom 11. Januar 2019).
- Buermeyer, Ulf: Kommentar: Verbot der Netz-Anonymität legt die Axt an die Demokratie, auf: heise.de, Artikel vom 6. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://heise.de/-3032799> (zit.: *Buermeyer*, Verbot der Netz-Anonymität legt die Axt an die Demokratie, auf: heise.de, Artikel vom 6. Dezember 2015).
- Busse, Nikolas: Putins Neusprech, auf: FAZ.net, Artikel vom 4. März 2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/wladimir-putins-neues-gesetz-gegen-fake-news-17852888.html> (zit.: *Busse*, Putins Neusprech, auf: FAZ.net, Artikel vom 4. März 2022).
- Buttler, Martina: Trumps Liste der „unfairen Lügen“, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 18. Januar 2018, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/trump-medien-fakenews-101.html> (zit.: *M. Buttler*, Trumps Liste der „unfairen Lügen“, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 18. Januar 2018).
- Carstens, Peter: Razzien in Sachsen – Mit maximaler Schlagkraft gegen Rechtsextreme, auf: FAZ.net, Artikel vom 15. April 2016, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/gsg-9-einsatz-in-freital-bei-dresden-gegen-neonazi-gruppe-14195381.html> (zit.: *Carstens*, Mit maximaler Schlagkraft gegen Rechtsextreme, auf: FAZ.net, Artikel vom 15. April 2016).
- Chefai, Florian: Pakistan: Todesstrafe wegen angeblicher Blasphemie, auf: Humanistischer Pressedienst.de, Artikel vom 12. Juni 2017, abrufbar unter: <https://hpd.de/artikel/todesstrafe-wegen-angeblicher-blasphemie-14515> (zit.: *Chefai*, Todesstrafe wegen angeblicher Blasphemie, auf: HPD.de, Artikel vom 12. Juni 2017).

- Crosson Gilpin, Caroline: Teaching Italians How to Recognize Fake News Stories, in: New York Times, Artikel vom 27. Oktober 2017, Seite 1 und 4 (zit.: *Crosson Gilpin*, Teaching Italians How to Recognize Fake News Stories, in: New York Times, Artikel vom 27. Oktober 2017, S.).
- Dachwitz, Ingo/Mrohs, Lorenz: Zahlen, bitte: So viel geben deutsche Parteien für Werbung auf Facebook aus, auf: Netzpolitik.org, Artikel vom 23. Mai 2019, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2019/zahlen-bitte-so-viel-geben-deutsche-parteien-fuer-werbung-auf-facebook-aus/> (zit.: *Dachwitz/Mrohs*, Zahlen, bitte: So viel geben deutsche Parteien für Werbung auf Facebook aus, auf: Netzpolitik.org, Artikel vom 23. Mai 2019).
- Der Tagesspiegel: Höcke-Rede im Wortlaut, „Gemütszustand eines total besiegten Volkes“, Artikel vom 19. Januar 2017, abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/politik/hoecke-rede-im-wortlaut-gemuetszustand-eines-total-besiegten-volkes/19273518.html> (zit.: *Der Tagesspiegel.de*, Höcke-Rede im Wortlaut, „Gemütszustand eines total besiegten Volkes“, Artikel vom 19. Januar 2017).
- Dobbert, Steffen: Fake-News made in Russia, auf: Zeit Online, Artikel vom 23. Februar 2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2017-02/falschmeldungen-fake-news-russland-propaganda-putin-donald-trump> (zit.: *Dobbert*, Fake-News made in Russia, auf: Zeit Online, Artikel vom 23. Februar 2017).
- Dpa.de: Gauland spricht über „Entsorgung“ von Özoguz, auf: Zeit Online, Artikel vom 28. August 2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/news/2017-08/28/wahlen-gauland-oezoguz-in-anatolien-entsorgen-28114602> (zit.: *dpa*, Gauland spricht über „Entsorgung“ von Özoguz, auf: Zeit Online, Artikel vom 28. August 2017).
- Drösser, Christoph: Verschluckt jeder Mensch im Lauf seines Lebens 50 Spinnen im Schlaf?, aus der Kolumne „Stimmt’s“, in: Die Zeit Nr. 47/2015, Artikel vom 19. November 2015 (zit.: *Drösser*, Verschluckt jeder Mensch im Lauf seines Lebens 50 Spinnen im Schlaf?, in: Die Zeit Nr. 47/2015, Artikel vom 19. November 2015).
- Eddy, Melissa: How a Refugee’s Selfie With Merkel Led to a Facebook Lawsuit, in: NYTimes.com, Artikel vom 6. Februar 2017, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2017/02/06/business/syria-refugee-anas-modamani-germany-facebook.html> (zit.: *M. Eddy*, How a Refugee’s Selfie With Merkel Led to a Facebook Lawsuit, auf: NYTimes.com, Artikel vom 6. Februar 2017).
- Estepa, Jessica: President Trump to CNN reporter: ‘I like real news. Not fake news. You’re fake news’, auf: USA Today.com, Artikel vom 14. August 2017, abrufbar unter: <https://www.usatoday.com/story/news/politics/onpolitics/2017/08/14/donald-trump-tells-jim-acosta-i-like-real-news-not-fake-news/566374001/> (zit.: *Estepa*, President Trump to CNN reporter: ‘I like real news. Not fake news. You’re fake news’, auf: USA Today.com, Artikel vom 14. August 2017).

- Fischer, Sebastian: Glanz und Glatze, auf: Spiegel Online, Artikel vom 20. April 2016, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/freital-rechtsterro-risten-in-sachsen-eine-spurensuche-a-1088141.html> (zit.: *S. Fischer*, Glanz und Glatze, auf: Spiegel Online, Artikel vom 20. April 2016).
- Fonds Online: Sarasin: Schlechte Nachrichten verbreiten sich schneller als gute, Artikel vom 15. März 2010, abrufbar unter: <https://www.fondsprofessionell.at/news/maerkte/headline/sarasin-schlechte-nachrichten-verbreiten-sich-schneller-als-gute-74818> (zit.: *Fonds Online*, Sarasin: Schlechte Nachrichten verbreiten sich schneller als gute, Artikel vom 15. März 2010).
- France24: Mariage pour tous: les actes homophobes en forte hausse, auf: France24.com, Artikel vom 21. April 2013, <http://www.france24.com/fr/20130421-climat-homophobie-agression-insecurite-mariage-pour-tous-extremisme> (zit.: *France24*, Mariage pour tous: les actes homophobes en forte hausse, auf: France24.com, Artikel vom 21. April 2013).
- Frank, Simon A.: Ein Social Bot im Eigenbau (mit C#), auf: Frank-IT-Beratung.de, Video-Beitrag vom 15. Dezember 2016, abrufbar unter: <https://frank-it-beratung.de/blog/2016/12/15/tutorial-ein-social-bot-im-eigenbau-mit-csharp/> (zit.: *S. Frank*, Ein Social Bot im Eigenbau (mit C#), auf: Frank-IT-Beratung.de, Video-Beitrag vom 15. Dezember 2016).
- Frankfurter Allgemeine Zeitung: Durchgeknallt, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Artikel vom 4. August 2016, Seite 11 (zit.: *FAZ*, „Durchgeknallt“, in: *FAZ*, Artikel vom 4. August 2016, S.).
- Fröhlich, Christoph: Unsichtbare Captchas, auf: Stern.de, Artikel vom 13. März 2017, abrufbar unter: <https://www.stern.de/digital/online/unsichtbare-captchas--google-erloest-uns-vom-aetzendsten-internet-feature-7367050.html> (zit.: *C. Fröhlich*, Unsichtbare Captchas, auf: Stern.de, Artikel vom 13. März 2017).
- Fuhrer, Armin: Fake News mit fatalen Folgen, auf: Focus Online, Artikel vom 19. September 2017, abrufbar unter: [https://www.focus.de/wissen/fakenews-wie-fakenews-und-luegen-die-geschichte-beeinflussten\\_id\\_7586263.html](https://www.focus.de/wissen/fakenews-wie-fakenews-und-luegen-die-geschichte-beeinflussten_id_7586263.html) (zit.: *Fuhrer*, Fake News mit fatalen Folgen, auf: Focus Online, Artikel vom 19. September 2017).
- Gehlen, Göran: „Hörensagen“: Fake News sind keine Erfindung der Neuzeit, auf: Heise.de, Artikel vom 12. Februar 2018, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Hoerensagen-Fake-News-sind-keine-Erfindung-der-Neuzeit-3965432.html> (zit.: *Gehlen*, „Hörensagen“: Fake News sind keine Erfindung der Neuzeit, auf: heise.de, Artikel vom 12. Februar 2018).
- Georgi, Oliver: Automatisierter Hass im Netz, auf: FAZ.net, Artikel vom 24. Mai 2016, abrufbar unter: [https://www.faz.net/aktuell/politik/automatisierter-hass-im-netz-dank-software-robotern-14245829.html?printPagedArticle=true#pageIndex\\_0](https://www.faz.net/aktuell/politik/automatisierter-hass-im-netz-dank-software-robotern-14245829.html?printPagedArticle=true#pageIndex_0) (zit.: *Georgi*, Automatisierter Hass im Netz, auf: FAZ.net, Artikel vom 24. Mai 2016).



- Gerecke, Martin: OLG Schleswig-Holstein zum TTDSG – Schnellere Auskunft von Instagram & Co., auf: LTO.de, Artikel vom 19. April 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/olg-schleswig-holstein-wx2321-auskunftsanspruch-auskunft-ueber-daten-instagram-soziale-medien-21-ttdsg/> (zit.: Gerecke, Schnellere Auskunft von Instagram & Co., auf: LTO.de, Artikel vom 19. April 2022).
- Gesellschaft für deutsche Sprache e. V.: GfdS wählt „postfaktisch“ zum Wort des Jahres 2016, Pressemitteilung vom 9. Dezember 2016, abrufbar unter: <https://gfds.de/wort-des-jahres-2016/> (zit.: Gesellschaft für deutsche Sprache e. V., GfdS wählt „postfaktisch“ zum Wort des Jahres 2016, Pressemitteilung vom 9. Dezember 2016).
- Google reCAPTCHA: Creation of Value. Stop a bot. Build a bot. Artikel auf: [developers.google.com](https://developers.google.com/recaptcha/intro/index.html?authuser=19&hl=pt#creation-of-value), abrufbar unter: <https://developers.google.com/recaptcha/intro/index.html?authuser=19&hl=pt#creation-of-value> (zit.: Google reCAPTCHA, Creation of Value. Stop a bot. Build a bot, auf: [developers.google.com](https://developers.google.com)).
- ders.: What is recaptcha, Artikel auf: [developers.google.com](https://developers.google.com/recaptcha/), abrufbar unter: <https://developers.google.com/recaptcha/> (zit.: Google reCAPTCHA, What is recaptcha, auf: [developers.google.com](https://developers.google.com)).
- Gounalakis, Georgios: Auch Erdogan hat Grundrechte – Repräsentanten ausländischer Staaten können sich in Deutschland auf die Meinungsfreiheit berufen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Artikel vom 13. April 2017, Seite 7 (zit.: Gounalakis, Auch Erdogan hat Grundrechte – Repräsentanten ausländischer Staaten können sich in Deutschland auf die Meinungsfreiheit berufen, in: FAZ, Artikel vom 13. April 2017, S.).
- Gulden, Röttger: Social Bots & Recht, Was ist beim Einsatz von Bots zu beachten?, Artikel vom 15. Dezember 2016, abrufbar unter: <https://ggr-law.com/internetrecht/faq/social-bots-recht-was-ist-bei-dem-einsatz-von-bots-zu-beachten> (zit.: Gulden, Social Bots & Recht, Was ist beim Einsatz von Bots zu beachten?, Artikel vom 15. Dezember 2016).
- Haciyakupoglu, Gulizar/Yang Hui, Jennifer/Suguna, V. S./Leong, Dympl/Faizal Bin Abdul Rahman, Muhammad: Policy Report (March 2018) : Countering Fake News – A Survey of Recent Global Initiatives, S. Rajaratnam School of International Studies (RSIS), abrufbar unter: [https://www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2018/03/PR180307\\_Countering-Fake-News.pdf](https://www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2018/03/PR180307_Countering-Fake-News.pdf) (zit.: Haciyakupoglu/Yang Hui/Suguna/Leong/Faizal, Policy Report (March 2018) : Countering Fake News – A Survey of Recent Global Initiatives, S.).
- Handelsblatt: „Alles was ich geschrieben habe, ist schlimmer geworden, Interview vom 15. September 2015, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/thilo-sarrazin-alles-was-ich-geschrieben-habe-ist-schlimmer-geworden/12321782.html> (zit.: Handelsblatt.com, „Alles was ich geschrieben habe, ist schlimmer geworden, Interview vom 15. September 2015).



- ders.: Welche Nachrichten wir am liebsten verbreiten, Artikel vom 19. März 2013, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/panorama/aus-aller-welt/us-forscher-welche-nachrichten-wir-am-liebsten-verbreiten/7952194.html> (zit.: *Handelsblatt.com*, Welche Nachrichten wir am liebsten verbreiten, Artikel vom 19. März 2013).
- Hartmann, Sarah: Falschmeldungen in sozialen Netzwerken und Gegenmaßnahmen, in: *Newsdienst Multimedia und Recht-Aktuell* 21/2016, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata/zeits/mmraktuell/2016/384364.htm&pos=0&hlwords=on> (zit.: *Hartmann*, MMR-Aktuell 2016, 382486).
- Heer, Jett: Trump Is Not a Liar, auf: *The News Republic*, Artikel vom 1. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://newrepublic.com/article/124803/donald-trump-not-liar> (zit.: *Heer*, Trump Is Not a Liar, auf: *The News Republic*, Artikel vom 1. Dezember 2015).
- Heinemann, Michael: Was passiert, wenn Maschinen ein Bewusstsein entwickeln?, auf: *Badische Zeitung.de*, Artikel vom 14. Juli 2019, abrufbar unter: <https://www.badische-zeitung.de/was-passiert-wenn-maschinen-ein-bewusstsein-entwickeln--175222098.html> (zit.: *Heinemann*, Was passiert, wenn Maschinen ein Bewusstsein entwickeln?, auf: *Badische Zeitung.de*, Artikel vom 14. Juli 2019).
- Heuzeroth, Thomas: Die Unsichtbarmacher, auf: *Welt.de*, Artikel vom 19. September 2010, abrufbar unter: [https://www.welt.de/welt\\_print/wirtschaft/article9733172/Die-Unsichtbarmacher.html](https://www.welt.de/welt_print/wirtschaft/article9733172/Die-Unsichtbarmacher.html) (zit.: *Heuzeroth*, Die Unsichtbarmacher, auf: *Welt.de*, Artikel vom 19. September 2010).
- Hoeren, Thomas: Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig, auf: *Beck-Community.de*, Artikel vom 30. März 2017, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2017/03/30/netzwerkdurchsetzungsgesetz-europarechtswidrig> (zit.: *Hoeren*, NetzDG europarechtswidrig, auf: *Beck-Community.de*, Artikel vom 30. März 2017).
- Hülsen, Isabell: Die Wut der klugen Köpfe, in: *Der Spiegel* 9/2018, S. 68–73 (zit.: *Hülsen*, Die Wut der klugen Köpfe, in: *Spiegel* 9/2018, S.).
- Hulverscheidt, Claus: Eine unwahrscheinliche Allianz gegen die Tech-Industrie, auf: *SZ.de*, Artikel vom 11. September 2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/facebook-google-demokraten-republikaner-1.4594812> (zit.: *Hulverscheidt*, Eine unwahrscheinliche Allianz gegen die Tech-Industrie, auf: *SZ.de*, Artikel vom 11. September 2019).
- Hurtz, Simon: Urheberrecht: Die Reform kommt – stirbt das Netz?, auf: *SZ.de*, Artikel vom 15. April 2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/digital/eu-urheberrecht-reform-zustimmung-1.4410436> (zit.: *Hurtz*, Die Reform kommt – stirbt das Netz?, auf: *SZ.de*, Artikel vom 15. April 2019).

- Indépendant, Le: Macron évoque une supposée humiliation subie par les adversaires du mariage pour tous, Taubira réagit vivement, Artikel vom 23. Februar 2017, abrufbar unter: <http://www.lindependant.fr/2017/02/23/macron-evoque-une-supposee-humiliation-subie-par-les-adversaires-du-mariage-pour-tous-taubira-reagit-vivement,2292638.php> (zit.: *L'indépendant.fr*, Macron évoque une supposée humiliation subie par les adversaires du mariage pour tous, Taubira réagit vivement, Artikel vom 23. Februar 2017).
- Jensch, Michael/Thünker, Axel: Bildmanipulationen: Mehr Blut, mehr Rauch, weniger Speck, auf: Spiegel Online, Bilderstrecke vom 11. Juli 2008, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/fotostrecke/manipulierte-bilder-fotostrecke-107186.html> (zit.: *Jensch/Thünker*, Bildmanipulationen, auf: Spiegel Online, Bilderstrecke vom 11. Juli 2008).
- Kallina, Bernd: Selbstkontrolle statt staatliche Eingriffe, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 20. November 2006, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/selbstkontrolle-statt-staatliche-eingriffe.724.de.html?dram:Article\\_id=98628](https://www.deutschlandfunk.de/selbstkontrolle-statt-staatliche-eingriffe.724.de.html?dram:Article_id=98628) (zit.: *Kallina*, Selbstkontrolle statt staatliche Eingriffe, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 20. November 2006).
- Kammholz, Karsten/Malzahn, Claus Christian: „Der Islam gehört nicht zu Sachsen“, auf: Welt.de, Artikel vom 25. Januar 2015, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article136740584/Der-Islam-gehört-nicht-zu-Sachsen.html> (zit.: *Kammholz/Malzahn*, „Der Islam gehört nicht zu Sachsen“, auf: Welt.de, Artikel vom 25. Januar 2015).
- Karg, Moritz: Meinungsfreiheit braucht Anonymität und keine Klarnamenpflicht, Artikel vom 11. Januar 2016, abrufbar unter: <https://akdigitalesgesellschaft.de/2016/eine-freiheitlich-demokratische-gesellschaft-braucht-anonymitaet-ein-debattenbeitrag> (zit.: *M. Karg*, Meinungsfreiheit braucht Anonymität und keine Klarnamenpflicht, Artikel vom 11. Januar 2016).
- Koch, Louis: Fake News: Was ist das Problem und was kann man dagegen tun?, auf: Wahl.de, Artikel vom 13. Januar 2017, abrufbar unter: <https://www.wahl.de/aktuell/2017/01/13/fake-news-problem-loesung-trump-luegenpresse/> (zit.: *L. Koch*, Fake News: Was ist das Problem und was kann man dagegen tun?, auf: Wahl.de, Artikel vom 13. Januar 2017).
- Konietzny, Benjamin: Die AfD tritt das Erbe der NPD an, auf: n-tv.de, Artikel vom 20. Februar 2018, abrufbar unter: [https://www.n-tv.de/politik/politik\\_kommentare/Die-AfD-tritt-das-Erbe-der-NPD-an-article20296136.html](https://www.n-tv.de/politik/politik_kommentare/Die-AfD-tritt-das-Erbe-der-NPD-an-article20296136.html) (zit.: *Konietzny*, Die AfD tritt das Erbe der NPD an, auf: n-tv.de, Artikel vom 20. Februar 2018).
- König, Tom: €ÐÆ¿â-Wahnsinn im Internet, auf: Spiegel Online, Artikel vom 19. November 2012, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/service/warteschleife-captchas-sind-schlechter-kundenservice-a-856845.html#spCommentsBoxPager> (zit.: *T. König*, €ÐÆ¿â-Wahnsinn im Internet, auf: Spiegel Online, Artikel vom 19. November 2012).

- Krüger, Sven: Hilfe den Verletzten, auf: Zeit Online, Artikel vom 15. Februar 2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2017/09/fake-news-opfer-schutz-rechtshilfe> (zit.: S. Krüger, Hilfe den Verletzten, auf: Zeit Online, Artikel vom 15. Februar 2017).
- Kühn, Oliver: Erfundene Geschichten spielen (noch) keine Rolle, auf: FAZ.net, Artikel von 22. September 2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/bundestagswahl/fake-news-im-wahlkampf-erfundene-geschichten-spielen-noch-keine-rolle-15205975.html> (zit.: Kühn, Erfundene Geschichten spielen (noch) keine Rolle, auf: FAZ.net, Artikel von 22. September 2017).
- ders.: Mann stürmt Pizzeria wegen Pädophilievorwürfen, auf: FAZ.net, Artikel vom 5. Dezember 2016, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/trumpspraesidentschaft/fake-news-um-hillary-clinton-fuehrt-zu-schiesserei-in-pizzeria-14559595.html> (zit.: Kühn, Mann stürmt Pizzeria wegen Pädophilievorwürfen, auf: FAZ.net, Artikel vom 5. Dezember 2016).
- Kuneva, Meglena: Keynote Speech (SPEECH/09/156), Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling, Brussels, 31 March 2009, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-09-156\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.pdf) (zit.: M. Kuneva, Keynote Speech (SPEECH/09/156), Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling, S.).
- Ladurner, Ulrich: Stadt der Lügner, in: Die Zeit Nr. 52/2016, Artikel vom 18. Dezember 2016, S. 15 (zit.: Ladurner, Stadt der Lügner, in: Die Zeit, Artikel vom 18. Dezember 2016, S.).
- Lang, Rahel: Faktencheck: Ein Chat-Bot soll bei WhatsApp Falschnachrichten aufdecken, auf: Netzpolitik.org, Beitrag vom 25. August 2021, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2021/faktencheck-ein-chat-bot-soll-bei-whatsapp-falschnachrichten-aufdecken/> (zit.: Lang, Ein Chat-Bot soll bei WhatsApp Falschnachrichten aufdecken, auf: Netzpolitik.org, Beitrag vom 25. August 2021).
- Leetaru, Kalev: AI & Big Data – Would Replacing Anonymity With A Single Universal Social Media ID Fix The Web’s Toxicity?, auf: Forbes.com, Artikel vom 13. Juni 2019, abrufbar unter: <https://www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2019/06/13/would-replacing-anonymity-with-a-single-universal-social-media-id-fix-the-webs-toxicity/?sh=fe533ef7ea04> (zit.: Leetaru, Would Replacing Anonymity With A Single Universal Social Media ID Fix The Web’s Toxicity?, auf: Forbes.com, Artikel vom 13. Juni 2019).
- Liesching, Marc: „u n v e r ä n d e r t“ – Zur politischen Entscheidung für die Beibehaltung der Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 27. Juni 2017, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2017/06/27/u-n-v-e-r-a-e-n-d-e-r-t-zur-politischen-entscheidung-fuer-die-beibehaltung-der-verfassungs-und> (zit.: Liesching, „u n v e r ä n d e r t“ – Zur politischen Entscheidung für die Beibehaltung der Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des NetzDG, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 27. Juni 2017).

- ders.: Das BVerfG wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2017/04/27/das-bundesverfassungsgericht-wird-das-netzwerkdurchsetzungsgesetz-kippen> (zit.: *Liesching*, Das BVerfG wird das NetzDG kippen, auf: Beck-Community.de, Artikel vom 26. April 2017).
- Lück, Benjamin: Der DSA ist kein Grundgesetz fürs Internet – gut so, auf: LTO.de, Artikel vom 29. Juli 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/dsa-dsm-internet-regulierung-plattformen-eu-grundgesetz-ki-hate-speech-digitaler-gewalt/#:~:text=Dabei%20ist%20es%20vielleicht%20ganz,fehlt%2C%20sind%20anwendbare%20klare%20Regelungen> (zit.: *Lück*, Der DSA ist kein Grundgesetz fürs Internet – gut so, auf: LTO.de, Artikel vom 29. Juli 2022).
- Meier, Horst: Falsche Meldungen und deutsche Lösungen, auf: Frankfurter Rundschau.de, Artikel vom 30. Juni 2017, abrufbar unter: <https://www.fr.de/kultur/netz-tv-kritik-medien/netz/netzwerkdurchsetzungsgesetz-falsche-meldungen-und-deutsche-loesungen-a-1305029> (zit.: *H. Meier*, Falsche Meldungen und deutsche Lösungen, auf: Frankfurter Rundschau.de, Artikel vom 30. Juni 2017).
- Meier, Nicola/Stelzer, Tanja/Stephan, Björn: Städtle in Angst, in: Die Zeit, Artikel vom 5. Oktober 2017 (zit.: *Meier/Stelzer/Stephan*, Städtle in Angst, in: Die Zeit, Artikel vom 5. Oktober 2017, S.).
- Meissner, Matthias: Chefredakteur Ivan Rodionov im Interview – RT Deutsch: Wir sind gefährlich, auf: Der Tagesspiegel, Artikel vom 20. März 2015, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/medien/chefredakteur-ivan-rodionov-im-interview-rt-deutsch-wir-sind-gefaehrlich/11534566.html> (zit.: *Meissner*, RT Deutsch: Wir sind gefährlich, auf: Der Tagesspiegel, Artikel vom 20. März 2015).
- Mazeaud, Pierre: Libertés et ordre public (2003), auf: Conseil-Constitutionnel.fr, abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/libertes-et-ordre-public> (zit.: *Mazeaud*, Libertés et ordre public (2003), auf: Conseil-Constitutionnel.fr).
- Monde, Le: Manif pour tous à Paris: 24000 participants selon la police, 200000 selon les organisateurs, Artikel vom 16. Oktober 2016, [http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/10/16/les-militants-de-la-manif-pour-tous-defilent-a-paris\\_5014597\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/10/16/les-militants-de-la-manif-pour-tous-defilent-a-paris_5014597_3224.html) (zit.: *Le Monde.fr*, Manif pour tous à Paris, Artikel vom 16. Oktober 2016).
- Müller-Lancé, Kathrin: „Spiegel“ und BR arbeiten zusammen, auf: TAZ.de, Artikel vom 23. Juni 2017, abrufbar unter: <http://www.taz.de/!5424328> (zit.: *Müller-Lancé*, „Spiegel“ und BR arbeiten zusammen, auf: TAZ.de, Artikel vom 23. Juni 2017).
- Neufeld, Dialika: Das Gerücht: Schicksale, in: Der Spiegel 6/2018, S. 52–56 (zit.: *D. Neufeld*, Das Gerücht, in: Spiegel 6/2018, S.).

- Niemeier, Timo: Nicht lizenzfähig – Warum RT Deutsch wohl keine Rundfunklizenz erhalten wird, auf: DWDL.de – [www.nachrichtenmagazin.de](http://www.nachrichtenmagazin.de), Artikel vom 10. Januar 2019, abrufbar unter: [https://www.dwdl.de/nachrichten/70496/warum\\_rt\\_deutsch\\_wohl\\_keine\\_rundfunklizenz\\_erhalten\\_wird/](https://www.dwdl.de/nachrichten/70496/warum_rt_deutsch_wohl_keine_rundfunklizenz_erhalten_wird/) (zit.: Niemeier, Warum RT Deutsch wohl keine Rundfunklizenz erhalten wird, auf: DWDL.de, Artikel vom 10. Januar 2019).
- N-TV.de: Russland: Erste Geldstrafen wegen Verunglimpfung, auf: [n-tv.de](http://n-tv.de), Artikel vom 7. März 2022, abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/politik/Russland-Erste-Geldstrafen-wegen-Verunglimpfung-article23178929.html> (zit.: n-tv, Russland: Erste Geldstrafen wegen Verunglimpfung, auf: [n-tv.de](http://n-tv.de), Artikel vom 7. März 2022).
- dies.: Facebook-„Fake News“ erreichten Millionen, Artikel vom 3. Oktober 2017, abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/politik/Facebook-Fake-News-erreichten-Millionen-article20064113.html> (zit.: n-tv, Facebook-„Fake News“ erreichten Mio., auf: [n-tv.de](http://n-tv.de), Artikel vom 3. Oktober 2017).
- Pricewaterhouse Coopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Hrsg.) : Social Bots: Gefahr für die Demokratie?, Whitepaper mit Handlungsempfehlungen für Unternehmen, Medien und Politik, August 2017, abrufbar unter: <https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/social-bots-gefahr-fuer-die-demokratie.pdf> (zit.: PWC, Social Bots: Gefahr für die Demokratie?, S.).
- Rath, Christian: Ferdinand Kirchhof im Interview mit Christian Rath, „Lügen sind nicht geschützt“, auf: [taz.de](http://taz.de), Artikel vom 15. Dezember 2018, abrufbar unter: <http://www.taz.de/!5559002> (zit.: *F. Kirchhof* im Interview mit *C. Rath*, „Lügen sind nicht geschützt“, auf: [taz.de](http://taz.de), Artikel vom 15. Dezember 2018).
- Rechtsstandort Hamburg e. V.: Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung, Podiumsdiskussion: Der algorithmisierte, Diskussion vom 12. Oktober 2018, abrufbar unter: <https://www.ki-und-verwaltung.de/> (zit.: Rechtsstandort Hamburg, Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung: Der algorithmisierte Staat, auf: [ki-und-verwaltung.de](http://ki-und-verwaltung.de), Podiumsdiskussion vom 12. Oktober 2018 (Redner: Zeit)).
- Rosenbach, Marcel: Erfundenes Zitat auf Facebook – Künast stellt Strafanzeige, auf: Spiegel Online, Artikel vom 10. Dezember 2016, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/renate-kuenast-strafanzeige-nach-erfundem-freiburg-zitat-auf-facebook-a-1125240.html> (zit.: *Rosenbach*, Erfundenes Zitat auf Facebook – Künast stellt Strafanzeige, auf: Spiegel Online, Artikel vom 10. Dezember 2016).
- Ders./Traufetter, Gerald: Betreiben von Social Bots soll unter Strafe stehen, auf: Spiegel Online, Artikel vom 21. Januar 2017, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/social-bots-laender-wollen-gegen-meinungsroboter-im-internet-vorgehen-a-1130937.html> (zit.: *Rosenbach/Traufetter*, Betreiben von Social Bots soll unter Strafe stehen, auf: Spiegel Online, Artikel vom 21. Januar 2017).

- Ross, Andreas: „Wer die Anforderungen erfüllt, ist uns willkommen“, auf: FAZ.net, Artikel vom 5. Oktober 2011, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/f-a-z-gespraech-wer-die-anforderungen-erfuellt-ist-uns-willkommen-11483387.html> (zit.: A. Ross, „Wer die Anforderungen erfüllt, ist uns willkommen“, auf: FAZ.net, Artikel vom 5. Oktober 2011).
- Roth, Philipp: Nutzerzahlen, Highlights, Umsätze: Facebook, Instagram, Messenger und WhatsApp (2014–2021), auf: [allfacebook.de](https://allfacebook.de), Beitrag vom 29. April 2021, abrufbar unter: <https://allfacebook.de/toll/state-of-facebook> (zit.: Roth, Nutzerzahlen, Highlights, Umsätze, auf: [Allfacebook.de](https://allfacebook.de), Beitrag vom 29. April 2021).
- Schnabel, Ulrich: Wie stoppt man Fake-News?, in: Die Zeit, Artikel vom 28. September 2017, Seite 40 (zit.: Schnabel, Wie stoppt man Fake-News?, in: Die Zeit, Artikel vom 28. September 2017, S.).
- Seifert, Ricarda: Facebook, der Hass und seine Regeln: Die erste Stellungnahme des BGH zur Zulässigkeit von Inhaltsentfernungen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle, Verfblog, Beitrag vom 24. Juli 2021, abrufbar unter: <https://doi.org/10.17176/20210725-015905-0> (zit.: Seifert, Facebook, der Hass und seine Regeln, auf: Verfblog, Artikel vom 24. Juli 2021).
- Shet, Vinay: Are you a robot? Introducing „No CAPTCHA reCAPTCHA“, Google Security Blog, Beitrag vom 3. Dezember 2014, abrufbar unter: <https://security.googleblog.com/2014/12/are-you-robot-introducing-no-captcha.html> (zit.: Shet, Are you a robot? Introducing „No CAPTCHA reCAPTCHA“, Google Security Blog, Beitrag vom 3. Dezember 2014).
- Siegmann, Marten: Twitter: Bis zu 48 Millionen Bot-Profilen, auf: [heise.de](https://www.heise.de), Artikel vom 13. März 2017, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Twitter-Bis-zu-48-Millionen-Bot-Profilen-3650678.html> (zit.: M. Siegmann, Twitter: Bis zu 48 Mio. Bot-Profilen, auf: [heise.de](https://www.heise.de), Artikel vom 13. März 2017).
- Smilga, Julia: Wie Russland über seine Medien Einfluss in Deutschland ausübt, auf: [BR24.de](https://www.br.de), Artikel vom 18. Dezember 2018, abrufbar unter: <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/wie-russland-ueber-seine-medien-einfluss-in-deutschland-ausuebt,RCOu03a> (zit.: Smilga, Wie Russland über seine Medien Einfluss in Deutschland ausübt, auf: [BR24.de](https://www.br.de), Artikel vom 18. Dezember 2018).
- Söldner, Michael: reCAPTCHA kann mit Google-Diensten umgangen werden, auf: [PCWelt.de](https://www.pcwelt.de), Artikel vom 2. März 2017, abrufbar unter: <https://www.pcwelt.de/recaptcha-kann-mit-google-diensten-umgangen-werden,3410465> (zit.: M. Söldner, reCAPTCHA kann mit Google-Diensten umgangen werden, auf: [PCWelt.de](https://www.pcwelt.de), Artikel vom 2. März 2017).
- Spiegel: Vertrauen in die Medien steigt wieder, Artikel vom 1. Februar 2018, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/medienvorvertrauen-luegenpresse-hysterie-ebbt-laut-neuer-studie-ab-a-1190749.html> (zit.: Spiegel, Vertrauen in die Medien steigt wieder, auf: Spiegel Online, Artikel vom 1. Februar 2018).



- ders.: Facebook wehrt Forderung von Datenschützern ab, auf: Spiegel Online, Artikel vom 3. März 2016, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/facebook-wehrt-forderung-von-datenschuetzern-vor-gericht-ab-a-1080524.html> (zit.: dpa/Reuters/gru, Facebook wehrt Forderung von Datenschützern ab, auf: Spiegel-Online, Artikel vom 3. März 2016).
- Sputnik: Ex-French Economy Minister Macron Could Be 'US Agent' Lobbying Banks' Interests, auf: Sputnikglobe.com, Artikel vom 4. Februar 2017, abrufbar unter: <https://sputnikglobe.com/20170204/macron-us-agent-dhuicq-1050340451.html> (zit.: Sputnik, Ex-French Economy Minister Macron Could Be 'US Agent' Lobbying Banks' Interests, auf: Sputnikglobe.com, Artikel vom 4. Februar 2017).
- Stadler, Thomas: Ist die Anonymität im Netz eine heilige Kuh, die man schlachten sollte?, auf: internet-law.de, Artikel vom 7. Dezember 2015, abrufbar unter: <http://www.internet-law.de/2015/12/ist-die-anonymitaet-im-netz-eine-heilige-kuh-die-man-schlachten-sollte.html> (zit.: Stadler, Ist die Anonymität im Netz eine heilige Kuh, die man schlachten sollte?, auf: internet-law.de, Artikel vom 7. Dezember 2015).
- Steiner, Anna: Künstliche Intelligenz: Zum Nazi und Sexisten in 24 Stunden, auf: FAZ.net, Artikel vom 24. März 2016, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/microsofts-bot-tay-wird-durch-nutzer-zum-nazi-und-sexist-14144019.html> (zit.: A. Steiner, Zum Nazi und Sexisten in 24 Stunden, auf: FAZ.net, Artikel vom 24. März 2016).
- dies.: Die Bot-Revolution geht los, auf: FAZ.net, Artikel vom 22. April 2016, abrufbar unter: [https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/unternehmen-setzen-auf-chatbots-chancen-risiken-14175914-p2.html?printPagedArticle=true#pageIndex\\_1](https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/unternehmen-setzen-auf-chatbots-chancen-risiken-14175914-p2.html?printPagedArticle=true#pageIndex_1) (zit.: A. Steiner, Die Bot-Revolution geht los, auf: FAZ.net, Artikel vom 22. April 2016).
- Stone, Jon: Brexit lies: The demonstrably false claims of the EU referendum campaign, auf: Independent.co.uk, Artikel vom 17. Dezember 2017, abrufbar unter: <https://www.independent.co.uk/infact/brexit-second-referendum-false-claims-eu-referendum-campaign-lies-fake-news-a8113381.html> (zit.: J. Stone, Brexit lies: The demonstrably false claims of the EU referendum campaign, auf: Independent.co.uk, Artikel vom 17. Dezember 2017).
- Tagesschau: Facebook löscht Trump-Video, Artikel vom 6. August 2020, auf: Tagesschau.de, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/trump-facebook-corona-101.html> (zit.: Tagesschau, Facebook löscht Trump-Video, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 6. August 2020).
- dies.: Wahlbeeinflussung aus dem Kreml?, Artikel vom 4. Mai 2017, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/maassen-kreml-101.html> (zit.: Tagesschau, Wahlbeeinflussung aus dem Kreml?, auf: Tagesschau.de, Artikel vom 4. Mai 2017).
- Theile, Merlind: „Geballte Ladung“, in: Der Spiegel 13/2012, Seite 23 (zit.: M. Theile, „Geballte Ladung“, Spiegel 13/2012, S.).



- Thym, Daniel: Von Karlsruhe nach Bückeberg – auf dem Weg zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft, auf: Verfassungsblog.de, Beitrag vom 28. Februar 2013, abrufbar unter: DOI: 10.17176/20170208-153410 (zit.: *Thym*, Von Karlsruhe nach Bückeberg, auf: VerfBlog., Artikel vom 28. Februar 2013).
- v. Lijnden, Constantin: „Facebook ist das Forum Romanum unserer Zeit“, in: FAZ-Einspruch-Magazin, Artikel vom 19. September 2018, Seite 43 (zit.: *C. v. Lijnden*, „Facebook ist das Forum Romanum unserer Zeit“, in: FAZ-Einspruch-Magazin, Artikel vom 19. September 2018, S.).
- Wardle, Claire: Fake news, auf: FirstDraft, Artikel vom 16. Februar 2017, abrufbar unter: <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79> (zit.: *Wardle*, Fake news, auf: FirstDraft, Artikel vom 16. Februar 2017).
- Waterworth, Rich: Danke für 100 Millionen Nutzer\*innen in Europa, auf: TikTok.com, Beitrag vom 14. September 2020, abrufbar unter: <https://newsroom.tiktok.com/de-de/danke-fuer-100-millionen-nutzer-in-europa> (zit.: *Waterworth*, Danke für 100 Mio. Nutzer\*innen in Europa, auf: TikTok.com, Beitrag vom 14. September 2020).
- Weinzierl, Quirin: Difficult Times Ahead for the Facebook „Supreme Court“, auf: VerfBlog, Artikel vom 21. September 2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/difficult-times-ahead-for-the-facebook-supreme-court/> (zit.: *Q. Weinzierl*, Difficult Times Ahead for the Facebook „Supreme Court“, auf: VerfBlog, Artikel vom 21. September 2019).
- ders.: Warum das BVerfG Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, auf: juwiss.de, Beitrag vom 24. Mai 2018, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/48-2018> (zit.: *Q. Weinzierl*, Warum das BVerfG Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, auf: juwiss.de, Beitrag vom 24. Mai 2018).
- Welt.de: Gute Nachrichten verbreiten sich eher als schlechte, Artikel vom 19. März 2013, abrufbar unter: <https://www.welt.de/gesundheit/psychologie/article114579991/Gute-Nachrichten-verbreiten-sich-eher-als-schlechte.html> (zit.: *Welt.de*, Gute Nachrichten verbreiten sich eher als schlechte, Artikel vom 19. März 2013).
- Widmann, Peter: Postfaktisch. Die Politik der Gefühle, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 10. Oktober 2016, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunkkultur.de/postfaktisch-die-politik-der-gefuehle-100.html> (zit.: *Widmann*, Die Politik der Gefühle, auf: Deutschlandfunk.de, Artikel vom 10. Oktober 2016).
- Wieduwilt, Henrik: Wieduwilt, Ethikgremium empfiehlt Algorithmen-Verordnung, auf: FAZ.net, Artikel vom 22. Oktober 2019, abrufbar unter: <https://www.faz.net/2.1690/neue-daten-regulierungswelle-rollt-an-16445772.html> (zit.: *Wieduwilt*, Ethikgremium empfiehlt Algorithmen-Verordnung, auf: FAZ.net, Artikel vom 22. Oktober 2019).

Wocher, Martin/Höpner, Alex: Digitalisierung vor dem Durchbruch, auf: Handelsblatt.com, Artikel vom 21. April 2016, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/technik/hannovermesse/vorreiter-siemens-digitalisierung-vor-dem-durchbruch/13480532-all.html> (zit.: *Wocher/Höpner*, Digitalisierung vor dem Durchbruch, auf: Handelsblatt.com, Artikel vom 21. April 2016).

## F. Jahresberichte, Studien und Ähnliches

Baum, Matthew/Lazer, David/Mele, Nicco: Report of the Conference: Combating Fake News: An Agenda for Research and Action (February 17–18, 2017), May 2017, abrufbar unter: <https://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2017/05/Combating-Fake-News-Agenda-for-Research-1.pdf> (zit.: *Baum/Lazer/Mele*, Combating Fake News: An Agenda for Research and Action, S.).

Bitkom: Für welche Bereiche könnten Sie sich den Einsatz von Chatbots vorstellen?, auf: Statista.com, Studie vom November 2016, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/660267/umfrage/umfrage-zu-einsatzmoeglichkeiten-von-chatbots-in-deutschland/> (zit.: *Bitkom*, Für welche Bereiche könnten Sie sich den Einsatz von Chatbots vorstellen?, auf: Statista.com, Studie vom November 2016).

Blankenagel, Alexander/Spoerr, Wolfgang: Gutachten zur Verfassungswidrigkeit des Leistungsschutzrechts für Presseverleger, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 87f Abs. 1, 87 Abs. 4 S. 1 Reg-E UrhG (BT-Drs. 17/11470 vom 14. November 2012), abrufbar unter: <https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20/files/20130221-lsr-gutachten-blankenagel-spoerr.pdf> (zit.: *Blankenagel/Spoerr*, Gutachten zur Verfassungswidrigkeit des Leistungsschutzrechts für Presseverleger, S.).

Brockhaus: Brockhaus, Enzyklopädie, Band 3, 13, 22, 21., völlig neu bearbeitete Auflage, 2006–2014 Leipzig – Mannheim (zit.: Brockhaus, Enzyklopädie, Band, S.).

Bundesfinanzministerium: Öffentlich-rechtlicher Rundfunk – Aufgabe und Finanzierung (03/2014), abrufbar unter: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren\\_Bestellservice/2014-12-15-gutachten-medien.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2014-12-15-gutachten-medien.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (zit.: BFinMin, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk – Aufgabe und Finanzierung (03/2014), S.).

Bundesministerium des Innern: Verfassungsschutzbericht 2015, Berlin 2016, Schreckhase, auch abrufbar unter: <https://www.verfassungsschutz.de/embed/vsbericht-2015.pdf> (zit.: Bundesamt des Innern, Verfassungsschutzbericht 2015, S.).

dass.: Verfassungsschutzbericht 2014, Berlin 2016, Schreckhase, auch abrufbar unter: <https://www.verfassungsschutz.de/embed/vsbericht-2014.pdf> (zit.: Bundesamt des Innern, Verfassungsschutzbericht 2014, S.).

dass.: NetzDG-Bußgeldleitlinien, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/NetzDG/NetzDG\\_node.html](https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/NetzDG/NetzDG_node.html) (zit.: BMJV, NetzDG-Bußgeldleitlinien, S.).

- Bundeskartellamt: Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren, auf: Bundeskartellamt.de, Pressemitteilung vom 17. Dezember 2017, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html) (zit.: BKartA, Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren, auf: Bundeskartellamt.de, Pressemitteilung vom 17. Dezember 2017).
- Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz: Bericht vom Juni 2016, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/473870/07ba875e860ada4556526641bd9151b6/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk-data.pdf?download=1> (zit.: Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht vom Juni 2016, S.).
- Cook, John/Lewandowsky, Stephan: *The Debunking Handbook*, St. Lucia 2011, University of Queensland, abrufbar unter: <https://skepticalscience.com/Debunking-Handbook-now-freely-available-download.html> (zit.: *Cook/Lewandowsky*, *The Debunking Handbook*, S.).
- Deutscher Juristentag: 58. Deutscher Juristentag: Der Tagesablauf, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 47/1990, S. 2985-2991 (zit.: 58. DJT, NJW 1990, S.).
- Deutscher Presserat: *Jahrbuch 2002: Mit der Spruchpraxis des Jahres 2001*, Konstanz 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Deutscher Presserat, *Jahrbuch 2002*, S.).
- ders.: *Jahrbuch 2003: Mit der Spruchpraxis des Jahres 2002 – Schwerpunkt: Qualität im Journalismus*, Konstanz 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Deutscher Presserat, *Jahrbuch 2003*, S.).
- Diener, Andrea: Falsche Nachrichten sind einfach sexy, auf: FAZ.net, Artikel vom 8. März 2018, abrufbar unter: [https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/fake-news-vebreiten-sich-auf-twitter-schneller-als-fakten-15484467.html?printPagedArticle=true#pageIndex\\_0](https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/fake-news-vebreiten-sich-auf-twitter-schneller-als-fakten-15484467.html?printPagedArticle=true#pageIndex_0) (zit.: *Diener*, Falsche Nachrichten sind einfach sexy, auf: FAZ.net, Artikel vom 8. März 2018).
- Dix, Alexander: Thesen zum Referat, in: *Begleitheft zum Deutschen Juristentag 2012, Thesen der Gutachter & Referenten*, Seite 70–73, abrufbar unter: [https://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120809\\_djt\\_69\\_thesen\\_web.pdf](https://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120809_djt_69_thesen_web.pdf) (zit.: *Dix*, *Begleitheft zum Deutschen Juristentag 2012*, S.).
- Dixon, Stacy: Facebook: number of daily active users worldwide 2011–2022, Statistik vom 28. Juni 2022, auf: Statista.com, abrufbar unter: <https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/> (zit.: *Dixon*, Facebook: number of daily active users worldwide 2011–2022, Statistik vom 28. Juni 2022, auf: Statista.com).
- Europäische Audiovisuelle Informationsstelle: *Der rechtliche Rahmen für Video-Sharing-Plattformen*, Straßburg 2018 (zit.: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, *Der rechtliche Rahmen für Videosharing-Plattformen*, S.).
- European Commission: *A multi-dimensional approach to disinformation, Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology, Luxembourg 2018 (zit.: European Commission (High level Group on fake news and online disinformation), *A multi-dimensional approach to disinformation*, S.).

- Facebook: NetzDG-Transparenzberichte, auf: Facebook.com, abrufbar unter: <https://www.facebook.com/help/1057152381103922> (zit.: *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht Halbjahr/Jahr, S.).
- Google: NetzDG-Transparenzberichte von YouTube und Google+, auf: Google.de, abrufbar unter: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/overview> (zit.: *YouTube*, NetzDG-Transparenzberichte Halbjahr/Jahr).
- Gounalakis, Georgios: Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?: Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag 2002 Berlin, München 2002 (zit.: *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, S.).
- Graves, Lucas/Cherubini, Federica: The Rise of Fact-Checking Sites in Europe, Digital News Project 2016, Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism, abrufbar unter: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/rise-fact-checking-sites-europe> (zit.: *Graves/Cherubini*, The Rise of Fact-Checking Sites in Europe, S.).
- Hölig, Sascha/Hasebrink, Uwe: Reuters Institute Digital News Report 2019 – Ergebnisse für Deutschland, Hamburg 2019 (zit.: *Hölig/Hasebrink*, Reuters Institute Digital News Report 2019, S.).
- Hölig, Sascha/Hasebrink, Uwe/Behre, Julia: Reuters Institute Digital News Report 2021 – Ergebnisse für Deutschland, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts: Projektergebnisse Nr. 58, Hamburg 2021 (zit.: *Hölig/Hasebrink/Behre*, Reuters Institute Digital News Report 2021, S.).
- Idealo: Wie zufrieden waren Sie mit diesem Kontakt?, auf: Statista.com, Studie vom 4.–8. Januar 2018, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/801521/umfrage/zufriedenheit-mit-chatbot-kontakten-in-deutschland/> (zit.: *idealo*, Wie zufrieden waren Sie mit diesem Kontakt?, auf: Statista.com, Studie vom 4.–8. Januar 2018).
- ders.: Wann finden Sie den Einsatz von Chatbots sinnvoll und wann nicht?, auf: Statista.com, Studie vom 4.–8. Januar 2018, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/801506/umfrage/sinnvolle-einsatzgebiete-von-chatbots-in-deutschland/> (zit.: *idealo*, Wann finden Sie den Einsatz von Chatbots sinnvoll und wann nicht?, auf: Statista.com, Studie vom 4.–8. Januar 2018).
- Instagram: NetzDG-Transparenzberichte, auf: Instagram.com, abrufbar unter: <https://help.instagram.com/130785144276082> (zit.: *Instagram*, NetzDG-Transparenzbericht Halbjahr/Jahr, S.).
- Institut für Demoskopie Allensbach: Pressefreiheit in Deutschland: Einflussnahmen von außen auf die journalistische Arbeit, Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse einer Befragung von Zeitungsjournalisten, Allensbach 2014, abrufbar unter: <http://stiftervereinigung.de/wp-content/uploads/2017/06/Einflussnahmen-auf-journalistische-Arbeit.pdf> (zit.: Institut für Demoskopie Allensbach, Pressefreiheit in Deutschland, S.).

- Jugendschutz.net: Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter, auf: [bmju.de](https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/03142017_Monitoring_jugendschutz.net.pdf?__blob=publicationFile&cv=3) abrufbar unter: [https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/03142017\\_Monitoring\\_jugendschutz.net.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&cv=3](https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/03142017_Monitoring_jugendschutz.net.pdf?__blob=publicationFile&cv=3) (zit.: *von jugendschutz.net*, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter, auf [bmju.de](https://www.bmju.de)).
- Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich: 13. Jahresbericht, Berichtszeitraum: 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2010, abrufbar unter: [https://www.kek-online.de/fileadmin/user\\_upload/KEK/Publikationen/Jahresberichte/13.\\_Jahresbericht.pdf](https://www.kek-online.de/fileadmin/user_upload/KEK/Publikationen/Jahresberichte/13._Jahresbericht.pdf) (zit.: KEK, 13. Jahresbericht 2010, S.).
- Monopolkommission: Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB vom 1. Juni 2015 (zit.: Monopolkommission, Sondergutachten – Herausforderung digitale Märkte, S. Rn.).
- National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States: The 9/11 Commission Report, July 2004, abrufbar unter: <https://9-11commission.gov/report/911Report.pdf> (zit.: The 9/11 Commission Report (Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States), July 2004).
- Neudert, Lisa-Maria N.: Computational Propaganda in Germany: A Cautionary Tale, Working Paper No. 2017.7, University of Oxford (zit.: *Neudert*, Computational Propaganda in Germany, S.).
- Pennycook, Gordon/Rand, David G.: Who falls for fake news? The roles of analytic thinking, motivated reasoning, political ideology, and bullshit receptivity, Yale September 2017, auf: SSRN, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3023545> (zit.: *Pennycook/Rand*, Who falls for fake news?, S.).
- Pennycook, Gordon/Cannon, Tyrone D./Rand, David G.: Implausibility and illusory truth: Prior exposure increases perceived accuracy of fake news but has no effect on entirely implausible statements, Yale Dezember 2017, auf: SSRN, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=2958246> (zit.: *Pennycook/Cannon/Rand*, Implausibility and illusory truth, S.).
- Rabe, Lena: Gewinn bzw. Verlust von Meta weltweit vom 1. Quartal 2010 bis zum 2. Quartal 2022, auf: [statista.de](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237450/umfrage/gewinn-von-facebook-weltweit-quartalszahlen/), Studie vom 28. Juli 2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237450/umfrage/gewinn-von-facebook-weltweit-quartalszahlen/> (zit.: *L. Rabe*, Gewinn bzw. Verlust von Meta weltweit vom 1. Quartal 2010 bis zum 2. Quartal 2022, auf: [statista.de](https://de.statista.com), Studie vom 28. Juli 2022).
- dies: Gewinn bzw. Verlust von Twitter weltweit vom 1. Quartal 2013 bis zum 2. Quartal 2022, auf: [statista.de](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/314570/umfrage/ergebnis-von-twitter-weltweit-nach-quartalen/#statisticContainer), Studie vom 22. Juli 2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/314570/umfrage/ergebnis-von-twitter-weltweit-nach-quartalen/#statisticContainer> (zit.: *L. Rabe*, Gewinn bzw. Verlust von Twitter weltweit vom 1. Quartal 2013 bis zum 2. Quartal 2022, auf: [statista.de](https://de.statista.com), Studie vom 22. Juli 2022).

- dies.: Umsatz von YouTube mit Werbung bis 2021, auf: Statista.de, Statistik vom 15. Februar 2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1093265/umfrage/werbeumsatz-von-youtube/#statisticContainer> (zit.: *L. Rabe*, Umsatz von YouTube mit Werbung bis 2021, auf: Statista.de, Statistik vom 15. Februar 2022).
- dies.: Ranking der größten Social Networks und Messenger nach der Anzahl der Nutzer im Januar 2022, auf: Statista.de, Statistik vom 27. Januar 2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessten-social-networks-nach-anzahl-der-user> (zit.: *L. Rabe*, Ranking der größten Social Networks und Messenger nach der Anzahl der Nutzer im Januar 2022, auf: Statista.de, Statistik vom 27. Januar 2022).
- Rubin, Victoria, L.: News Verification Suite: Towards System Design to Supplement Reporters' and Editors' Judgements, Proceedings of the 45th Annual Conference of The Canadian Association for Information Science/ L'Association canadienne des sciences de l'information (CAIS/ACSI2017), Ryerson University, Toronto, May 31–June 2, 2017, abrufbar unter: <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1043&context=fimspres> (zit.: *Rubin*, News Verification Suite, S.).
- Rühl, Wolf-Dieter: Measuring Fake News – Die Methode, 3. Zwischenbericht aus der Studie Measuring Fake News, Berlin (Dezember) 2017 (zit.: *W.-D. Rühl*, Measuring Fake News, S.).
- Sängerlaub, Alexander: Deutschland vor der Bundestagswahl 2017: Überall Fake News?!, 1. Zwischenbericht aus der Studie Measuring Fake News, Berlin (August) 2017 (zit.: *Sängerlaub*, Überall Fake News?!, S.).
- ders.: Verzerrte Realitäten: Die Wahrnehmung von „Fake News“ im Schatten der USA und der Bundestagswahl, 2. Zwischenbericht aus der Studie Measuring Fake News, Berlin (Oktober) 2017 (zit.: *Sängerlaub*, Verzerrte Realitäten, S.).
- Schmahl, Stefanie: Rechtsgutachten über den Umgang mit rassistischen Wahlkampfplakaten der NPD erstattet am 24. Oktober 2015 im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, abrufbar unter: <https://zentralrat.sintiundroma.de/download/5328> (zit.: *Schmahl*, BMJV-Rechtsgutachten über den Umgang mit rassistischen Wahlkampfplakaten der NPD, S.).
- Schmidt, Jan-Henrik/Merten, Lisa/Hasebrink, Uwe/Petrich, Isabelle/Rolfs, Amelie: Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 40, März 2017 Hamburg (zit.: *Schmidt et al.*, Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, S.).
- Schmitt, Michael N. (Hrsg.): Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, 2. Edition – Prepared by the International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, New York 2017 (zit.: *M. Schmitt*, Tallinn Manual 2.0, S. Rn.).



- Sokoll, Karen: Der verfassungsrechtliche Rahmen für ein neues Medienkonzentrationsrecht, in: Medien Kurzanalysen der Friedrich Ebert Stiftung im April 2009, Seite 1–8 (zit.: *Sokoll*, FES-Medien Kurzanalyse April 2009, S.).
- Spindler, Gerald: Thesen zum Gutachten, in: Begleitheft zum Deutschen Juristentag 2012, Thesen der Gutachter & Referenten, Seite 67–70, abrufbar unter: [https://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120809\\_djt\\_69\\_thesen\\_web.pdf](https://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120809_djt_69_thesen_web.pdf) (zit.: *Spindler*, Begleitheft zum Deutschen Juristentag 2012, S.).
- ders.: „Verantwortlichkeit und Haftung von Intermediären“, auf: Urheberkonferenz, Vortrag vom 2. Dezember 2015, Audiobeitrag abrufbar unter: [https://www.zukunftskonferenz-urheberrecht.de/sites/default/files/audio/20151202\\_Teil3%2036\\_zukunftUrheberrecht.mp3](https://www.zukunftskonferenz-urheberrecht.de/sites/default/files/audio/20151202_Teil3%2036_zukunftUrheberrecht.mp3) (zit.: *Spindler*, „Verantwortlichkeit und Haftung von Intermediären“, auf: Urheberkonferenz, Vortrag vom 2. Dezember 2015).
- Stanford History Education Group: Evaluating Information: The Cornerstone of Civic Online Reasoning, auf: Stanford University Libraries, Studie vom 22. November 2016, abrufbar unter: <http://purl.stanford.edu/fv751yt5934> (zit.: Stanford History Education Group, Evaluating Information: The Cornerstone of Civic Online Reasoning, auf: Stanford University Libraries, Studie vom 22. November 2016, S.).
- State Council Office: Notice on Tasks Assignments Regarding the Implementation of State Council’s Plan for the Institutional Restructuring of the State Council and Transformation of functions (State Council Office, 2013 No. 22, 26th March 2013), abrufbar unter: [http://www.gov.cn/zwggk/2013-03/28/content\\_2364821.htm](http://www.gov.cn/zwggk/2013-03/28/content_2364821.htm) (zit.: State Council Office, 2013 No. 22 (26th March 2013)).
- Statista Research Department: Werbeumsätze von Meta weltweit bis 2021, Statistik vom 3. Februar 2022, auf: Statista.de, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/458825/umfrage/werbeeinnahmen-von-facebook/> (zit.: Statista Research Department, Werbeumsätze von Meta weltweit bis 2021, Statistik vom 3. Februar 2022, auf: Statista.de).
- TikTok: NetzDG-Transparenzberichte, auf: TikTok.com, abrufbar unter: <https://www.tiktok.com/transparency/de-de/netzdg-about/> (zit.: *TikTok*, NetzDG-Transparenzbericht Halbjahr/Jahr, Punkt).
- Twitter: NetzDG-Transparenzberichte, auf: Twitter.com, jetzt X.com, abrufbar unter: <https://transparency.twitter.com/de/reports/countries/de.html> (zit.: *Twitter*, NetzDG-Transparenzbericht Halbjahr/Jahr, S.).
- UK House of Commons: Interim report on Disinformation and “Fake News” by the select Committee on Culture Media and Sports Rn. 14, Report of 29 July 2018, abrufbar unter: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/363/36302.htm> (zit.: UK House of Commons, Interim report on Disinformation and “Fake News”, Report of 29 July 2018, Rn.).



- v. Ahn, Luis/Blum, Manuel/Langford, John: Telling Humans and Computers Apart (Automatically) or How Lazy Cryptographers do AI, CMU-CS-02-117, Februar 2002, abrufbar unter: <https://www.cs.cmu.edu/~mblum/research/pdf/tell.pdf> (zit.: *Ahn/Blum/Langford*, Telling Humans and Computers Apart, AI, CMU-CS-02-117, S.).
- Vasu, Norman/Ang, Benjamin/Teo, Terri-Anne/Jayakumar, Shashi/Faizal, Muhammad/Ahuja, Juhi: Policy Report January 2018 – Fake News: National Security in Post-Truth Era, S. Rajaratnam School of International Studies 2018 (zit.: *Vasu et al.*, Fake News: National Security in Post-Truth Era, S.).
- Vesting, Thomas: Die Tagesschau-App und die Notwendigkeit der Schaffung eines „Intermedienkollisionsrechts“, Karlsruher Dialog zum Informationsrecht 2013, Band 4, KIT – Scientific Publishing (zit.: *Vesting*, Intermedienkollisionsrecht, S.).
- Verstraete, Mark/Bambauer, Derek E./Bambauer, Jane R.: Identifying and Countering Fake News, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 17-15 (1. August 2017), S. 1–33, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3007971> (zit.: *Verstraete/Bambauer/Bambauer*, ALS Discussion Paper No. 17–15, S.).
- Wallstreet-Online: Meta Platforms (A) Bilanz & GuV, auf: Wallstreet-Online.de, abrufbar unter: <https://www.wallstreet-online.de/aktien/facebook-registered-a-aktie/bilanz> (zit.: Wallstreet-Online, Meta Platforms (A) Bilanz & GuV, auf: Wallstreet-Online.de).
- Wardle, Claire/Derakhshan, Hossein: Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making, in: Council of Europe report DGI (2017) 09, Straßburg 2017, Council of Europe, abrufbar unter: [https://firstdraftnews.com/wp-content/uploads/2017/10/Information\\_Disorder\\_FirstDraft-CoE\\_2018.pdf?x40896](https://firstdraftnews.com/wp-content/uploads/2017/10/Information_Disorder_FirstDraft-CoE_2018.pdf?x40896) (zit.: *Wardle/Derakhshan*, Council of Europe report DGI (2017) 09, S.).
- Woolley, Samuel C./Howard, Philipp N.: Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary. Working Paper 2017.11, University of Oxford (zit.: *Woolley/Howard*, Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary, S.).

# Anlagen

Auszüge der Impresen zum Sitz der näher betrachteten Dienste (Stand: 26. Juli 2023) :

## **A. Anlage 1: Impressum Facebook**

Die Websites unter [www.facebook.com](https://www.facebook.com) und die Dienste auf diesen Seiten werden dir ange-boten von: Meta Platforms Ireland Limited, Merrion Road, Dublin 4, D04 X2K5, Irland

(abrufbar unter: <https://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>)

## **B. Anlage 2: Impressum Instagram**

Meta Platforms Ireland Limited, Merrion Road, Dublin 4, D04 X2K5, Irland

(abrufbar unter: <https://help.instagram.com/581066165581870>)

### **C. Anlage 3: Impressum TikTok**

TikTok wird für Nutzer\*innen mit ständigem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland und Österreich angeboten von:

TikTok Technology Limited, 10 Earlsfort Terrace, Dublin, D02 T380, Irland  
(abrufbar unter: <https://www.tiktok.com/legal/impressum?lang=de>)

### **D. Anlage 4: Impressum Twitter**

Die Webseiten unter [www.twitter.com](http://www.twitter.com) und die auf diesen Seiten vorgehaltenen Dienste werden dir angeboten von:

Twitter International Unlimited Company, One Cumberland Place, Fenian Street, Dublin 2, D02 AX07, Irland  
(abrufbar unter: <https://legal.twitter.com/de/imprint>)

### **E. Anlage 5: Impressum YouTube**

Diensteanbieterin:

Google Ireland Limited, Gordon House, Barrow Street, Dublin 4, Irland  
(abrufbar unter: <https://www.youtube.com/t/impressum>)

### **F. Anlage 6: Impressum Xing**

Betreiber der Website:

New Work SE, Am Strandkai 1, 20457 Hamburg, Deutschland  
(abrufbar unter: <https://www.xing.com/legalnotice>)

**F**ake News“ bilden seit Menschengedenken ein zentrales Problem für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung. Dabei wird die Wirkung verbreiteter Desinformation heutzutage durch die technischen Möglichkeiten im Bereich der Online-Kommunikation, etwa durch die Echokammern in sozialen Netzwerken oder den Einsatz künstlicher Meinungsverstärker, mitunter noch verstärkt. Effekte von einmal geäußelter Desinformation lassen sich aus kognitionswissenschaftlicher Perspektive nur noch sehr schwer korrigieren. Die Arbeit beschäftigt sich daher mit dem (kommunikations-) grundrechtlichen Schutz von „Fake News“ in der Online-Kommunikation anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und einer erkenntnistheoretischen Ansicht unter Berücksichtigung neuerer Kommunikationsmodalitäten wie der Inhaltsvermittlung in sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten sowie der Äußerungsverbreitung mithilfe von „Social Bots“. Nach der Beschreibung des verfassungsrechtlichen Regulierungsrahmens der Verbreitung von „Fake News“ widmet sich die Arbeit ihrer Regulierung in Deutschland *de lege lata*. Im Schwerpunkt erläutert und evaluiert die Arbeit zum einen die bestehende Regulierung von „Social Bots“ nach dem Medienstaatsvertrag (MStV) unter Berücksichtigung des höherrangigen Rechts. Zum anderen erörtert und evaluiert die Arbeit die Regulierung von sozialen Netzwerken und Videosharing-Diensten anhand des jüngeren Digital Services Acts (DSA) im Vergleich zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) und weist auf kommunikationsgrundrechtliche Spannungsfelder hin. Auf Grundlage der aus den Evaluationen der vorhandenen Regulierung gewonnenen Erkenntnisse und den in Bezug auf die Desinformationsverbreitung beschriebenen verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelingt es, Handlungsoptionen für den (deutschen) Gesetzgeber zu formulieren, die den Schutz vor der Einflussnahme von Desinformation auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung im Kontext der „Social Bot“-Kommunikation und der Kommunikation in sozialen Netzwerken sowie Videosharing-Diensten erhöhen könnten.

ISBN: 978-3-86395-603-5  
ISSN: 2191-4583  
eISSN: 2512-6911