

# Bitkom Stellungnahme

zum Entwurf der Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG)

02.11.2017

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.700 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 400 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) hat am 10. Oktober 2017 den Entwurf der Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) an einen nicht bekannten Verteiler von Unternehmen und Verbänden mit der Bitte um Kenntnisnahme versandt. Das BMJV wies darauf hin, dass der Entwurf noch nicht innerhalb der Bundesregierung abgestimmt sei. Stellungnahmen zum Entwurf nehme man gerne entgegen. Bitkom kritisiert diese intransparente Vorgehensweise der Versendung an einen nicht bekannten Empfängerkreis. Bitkom wurde der Entwurf nicht zugesandt. Nichtsdestotrotz möchten wir die nachfolgenden Anmerkungen zum Entwurf machen:

## I. Zusammenfassung

Das NetzDG wurde von verschiedenen Verbänden, Unternehmen, Nichtregierungsorganisationen sowie von namhaften Rechtswissenschaftlern kritisiert. Zwei der Hauptkritikpunkte sind erstens die durch eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen hervorgerufene Rechtsunsicherheit und zweitens die durch das Gesetz ausgelöste Gefahr eines Overblockings von Inhalten durch die Anbieter sozialer Netzwerke. Der hier zu kommentierende Entwurf der Bußgeldleitlinien ist weder geeignet, die Gefahr des voreiligen Sperrrens tatsächlich rechtmäßiger Inhalte einzudämmen, noch schafft er Rechtssicherheit für die vom NetzDG betroffenen Unternehmen. Im Gegenteil verstärkt sich der Eindruck eines nicht vollständig durchdachten Regelungskonstrukts, das in der Praxis große Probleme in der Umsetzung hervorrufen wird. Die Meinungs- und Informationsfreiheit des einzelnen Nutzers der regelungsunterwor-

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Marie-Teresa Weber**  
**Bereichsleiterin**  
**Verbraucherrecht & Medienpolitik**  
T +49 30 27576-221  
mt.weber@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme zum Entwurf der NetzDG-Bußgeldleitlinien

Seite 2|5

fenen sozialen Netzwerke wird dadurch gefährdet, dass Anbieter aufgrund der unklaren Regelungen und dem Bußgeldruck dem Anreiz ausgesetzt sein werden, in Zweifelsfällen Inhalte eher zu sperren als auf der Plattform zu belassen. An diesem hinlänglich beschriebenen Dilemma der vom Gesetz betroffenen Unternehmen vermag auch der Entwurf der Leitlinien nichts zu ändern. Vielmehr verstärken die Bußgeldleitlinien die Rechtsunsicherheit und erhöhen damit auch die Gefahr des Overblockings.

### **II. Kriterium der im Inland registrierten Nutzer - Kategorisierung der sozialen Netzwerke**

Gemäß § 1 Abs. 2 NetzDG gilt das Gesetz für soziale Netzwerke, die im Inland mindestens 2 Millionen registrierte Nutzer haben. Ob der Nutzer im Inland sitzt, soll anhand seiner IP-Adresse ermittelt werden. Ungeklärt ist, ob es für die Bestimmung der inländischen IP-Adresse auf die Zuordnung der IP-Adresse im Zeitpunkt der Registrierung des Nutzers oder ob auch ein späterer Zeitpunkt relevant sein kann, insbesondere der Zeitpunkt der Tatbegehung.

Auch bei der Anknüpfung der Bußgeldhöhen nehmen die Bußgeldrichtlinien Bezug auf die Anzahl der registrierten Nutzer. Soziale Netzwerke werden anhand der Zahl der registrierten Nutzer in verschiedene Größenkategorien eingeteilt, nach denen sich wiederum die Bußgeldhöhe richten soll. Die Größentabellen sprechen jedoch nicht explizit von registrierten Nutzern „im Inland“. Dies müsste ergänzt werden, denn ohne die Ergänzung könnten auch alle weltweiten Nutzer gemeint sein.

Problematisch ist außerdem, dass das Bundesamt für Justiz (BfJ) sich nach dem Entwurf der Bußgeldleitlinien öffentlich zugänglicher Quellen bedienen darf, um die Zahl der registrierten Nutzer zu ermitteln. Das soziale Netzwerk muss zwar vom Ergebnis der Ermittlungen in Kenntnis gesetzt werden und darf sich dazu äußern. Es fehlt jedoch in den Bußgeldleitlinien eine Regelung, nach der das BfJ die Ausführungen des sozialen Netzwerks zur Anzahl der registrierten Nutzer auch beachten und die eigene Einschätzung entsprechend korrigieren muss. Dadurch besteht die Gefahr, dass sowohl bei der Frage des Anwendungsbereichs als auch bei der Bußgeldzumessung falsche Zahlen als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden.

### **III. Missachtung des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie durch die Auslandsgeltung**

Das NetzDG gilt auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland. Anknüpfungspunkt für die Geltung ist die Frage, ob das soziale Netzwerk in Deutschland mehr als 2 Millionen registrierte Nutzer hat. Ordnungswidrigkeiten werden unabhängig davon geahndet, ob sie im Inland oder im Ausland begangen werden (§ 4 Abs. 3 NetzDG). Diese Regelung verstößt gegen das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie.

## Stellungnahme zum Entwurf der NetzDG-Bußgeldleitlinien

Seite 3|5

Die Bußgeldrichtlinien verdeutlichen die Problematik der Auslandsgeltung. Für die Bewertung eines Inhalts nach dem deutschen Strafrecht soll es nicht darauf ankommen, in welcher Sprache der betreffende Post verfasst ist, sofern der Post durch im Inland ansässige Nutzer gesehen werden kann. Maßgeblich soll die räumliche Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts sein. Rein praktisch müssten Anbieter sozialer Netzwerke erstens Prüfpersonal einstellen, das alle Sprachen dieser Welt abdecken kann. Zweitens müsste das Prüfteam jeweils im Einzelfall prüfen, ob das deutsche Strafrecht anwendbar ist, ob also ein ausreichender Anknüpfungspunkt für die Ausübung der deutschen Strafgewalt gegeben ist. Die Feststellung des besonderen Inlandsbezugs bei Auslandstaten erfordert eine sehr genaue Ermittlung des Sachverhalts. Diese kann ein soziales Netzwerk realistisch nicht leisten. Die erforderlichen Ermittlungen wären unverhältnismäßig und überdies regelmäßig nur mit Hilfe besonderer Ermittlungsbefugnisse möglich, die den Unternehmen nicht zustehen. Die Auslandsgeltung des NetzDG stellt Unternehmen vor kaum lösbare Probleme. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf deutschsprachige Inhalte ist notwendig und wäre ein erster wichtiger Schritt, um das Gesetz handhabbarer zu gestalten und für mehr Rechtssicherheit bei dessen Anwendung zu sorgen.

#### IV. Anreiz zum Overblocking

Hauptkritikpunkt gegen das NetzDG war und ist die Gefahr des Overblockings. Noch im Referentenentwurf war in der Gesetzesbegründung zu lesen, dass bereits die einzelne Fehlbewertung eines Inhalts eine Ordnungswidrigkeit begründen könne. Zwar ist dieser Satz im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen worden. Die Gefahr des Overblockings ist damit jedoch nicht gebannt. Im Entwurf der Bußgeldleitlinien steht nun, „grundsätzlich“ führe der einzelne Verstoß gegen die Vorgaben zum Beschwerdemanagement noch nicht zur Annahme, dass kein wirksames Beschwerdemanagement vorliegt. Bei einem einzelnen Verstoß gegen die Vorgaben des Beschwerdemanagements könne „regelmäßig“ noch nicht davon ausgegangen werden. Es müsse „systemisches Versagen“ vorliegen, damit ein Bußgeld fällig wird. Die Wortwahl („regelmäßig“, „grundsätzlich“) zeigt, dass das BMJV sich nicht dazu durchringen möchte, für alle Fälle mit Sicherheit auszuschließen, dass eine einzelne Fehleinschätzung bereits zu einem Bußgeld führt. Damit bleibt es für die Unternehmen bei der nicht hinzunehmenden Situation der Rechtsunsicherheit. Dies schafft den Anreiz, in Zweifelsfällen Inhalte zur Vermeidung von Bußgeldern eher zu sperren als auf der Plattform zu belassen. Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht im Hinblick auf die Anforderungen aus Art. 5 Grundgesetz höchst problematisch. Auch die Tatsache, dass auf der Summe von einzelnen Fehlentscheidungen schließlich die Annahme basieren wird, dass nun die Grenze zum systematischen Fehlverhalten vorliegt, verstärkt die Gefahr des Overblockings. Es ist für Unternehmen schlicht nicht vorhersehbar, ab wie vielen Fehlentscheidungen im Einzelfall die Annahme eines nicht funktionierenden Beschwerdemanagements durch das Bundesamt für Justiz bejaht werden wird. Der Entwurf der Leitlinien führt außerdem neben den Katego-

## Stellungnahme zum Entwurf der NetzDG-Bußgeldleitlinien

Seite 4|5

rien „offensichtlich rechtswidrige Inhalte“ und sonstige „rechtswidrige Inhalte“ die Fallgruppe ein, nach der ein Anbieter eines sozialen Netzwerks einen Inhalt „vertretbar nicht für rechtswidrig hält“. Die Einführung der Kategorie „vertretbar nicht für rechtswidrig gehalten“ ist wohl der Versuch, anzuerkennen, dass es Grenzfälle geben wird, in denen Inhalte in juristisch vertretbarer Weise entweder für rechtswidrig oder für nicht rechtmäßig gehalten werden können. Dass kein Bußgeld drohen soll, wenn ein Inhalt „vertretbar“ für rechtmäßig gehalten wurde, auch wenn das Bundesamt für Justiz diesen nach Hinzuziehung des zuständigen Amtsgerichts für rechtswidrig hielt, ist zunächst einmal zu begrüßen. Unternehmen wird es jedoch kaum gelingen können, hinreichend sicherere Prognosen darüber anzustellen, ob die Entscheidung, einen Inhalt in einem Grenzfall noch als rechtmäßig einzuschätzen, am Ende vom Bundesamt für Justiz als vertretbar eingeordnet werden wird. Die Rechtsunsicherheit nimmt durch die Einführung dieser dritten Kategorie keinesfalls ab, sondern im Gegenteil noch zu.

### **V. Rechtsunsicherheit bei den Regelungen zur persönlichen Verantwortlichkeit**

Die Ausführungen im Entwurf der Leitlinien zur Übertragung der Pflichten nach dem NetzDG durch Beauftragung werden den denkbaren unterschiedlichen Fallgestaltungen bei der möglichen Hinzuziehung von Dritten in die Bearbeitung von Beschwerden nicht gerecht. Die Leitlinien nennen als einziges Beispiel der Einbeziehung Dritter die vollständige Auslagerung des Beschwerdemanagements an einen externen dritten Dienstleister. Die Konstellation, in der unterhalb der Schwelle der vollständigen Auslagerung des Prozesses eine Beteiligung von Dritten durch Beauftragung mit einem Teil der Pflichten des „Beschwerdemanagements“ erfolgt, wird durch die Leitlinien nicht behandelt. Welches eigene Risiko solche unterhalb der Schwelle der umfassenden Beauftragung eingesetzte Dritte eingehen, selbst eine Ordnungswidrigkeit zu begehen, bleibt unklar. Überhaupt besteht bei der Frage des Risikos der im Beschwerdemanagement eingesetzten einzelnen natürlichen Personen ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. In diesem Klima der Rechtsunsicherheit ist die Gefahr des Overblockings aus Angst vor den Sanktionen des NetzDG besonders hoch.

### **VI. Problematik des strafschärfenden Merkmals der „Uneinsichtigkeit“**

Der Entwurf der Bußgeldleitlinien verweist auf das strafschärfende Merkmal der „Uneinsichtigkeit“. Nach der unter IV. dieser Stellungnahme erläuterten Systematik ist nach dem NetzDG nicht auszuschließen, dass die Annahme eines nicht vorhandenen effektiven Beschwerdemanagements auf eine Summe von juristischen Fehleinschätzungen von Inhalten basiert wird. Es sind Fälle denkbar und wahrscheinlich, in denen der Anbieter eines sozialen Netzwerks nach eingehender juristischer Prüfung eines bestimmten Inhalts die Ansicht vertritt, dieser sei rechtmäßig, das Bundesamt für Justiz nach Hinzuziehung des zuständigen Amtsgerichts den Inhalt jedoch als

rechtswidrig einstuft. Angesichts dieser Fallkonstellation ist das Kriterium der „Uneinsichtigkeit“ problematisch. Denn sofern eine juristische Prüfung eines Inhalts ordnungsgemäß erfolgt ist, darf die Einordnung als rechtmäßig dem Anbieter eines sozialen Netzwerks nicht als „Uneinsichtigkeit“ ausgelegt werden, nur weil das Bundesamt für Justiz zu einer gegensätzlichen juristischen Einschätzung gelangt. Solange diese Gefahr aber besteht, ist der Anreiz noch größer, in allen Zweifelsfällen lieber zu sperren als den Inhalt auf der Plattform zu belassen. Die Gefahr des Overblockings wird dadurch verschärft.

## **VII. Problematik der „Wiederholungstat“**

Grundsätzlich ist nachvollziehbar, dass wiederholte Verstöße gegen ein Gesetz erschwerend wirken. Wenn es jedoch darum geht, dass durch Unternehmen wiederholt bestimmte Inhalte juristisch anders eingeschätzt werden als durch das Bundesamt für Justiz, ist das Kriterium problematisch. Die Leitlinien sollten klarstellen, dass es um diese Fälle nicht geht.

## **VIII. Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils**

Unternehmen sollen aus schuldhaften Rechtsverstößen keine finanziellen Vorteile erlangen. Dies ist steht außer Frage. Der Entwurf der NetzDG-Leitlinien zeigt jedoch nicht auf, wie der wirtschaftliche Vorteil eines Rechtsverstößes im Einzelfall ermittelt werden soll. Hierzu sollten Angaben ergänzt werden.