

# YouTube vs. das NetzDG

---

Daniel Holznagel

2021-07-27T06:19:19

Nachdem es hierzu in den vergangenen Tagen schon Gerüchte gab, hat das Verwaltungsgericht Köln bestätigt, dass die Google Ireland Limited, welche YouTube betreibt, in der Hauptsache negative Feststellungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem VG Köln erhoben und parallel Eilrechtsschutz beantragt hat (VG Köln, Az. 6 L 1277/21 und 6 K 3769/21). In der Sache möchte Google wohl klären, dass unter anderem der neue § 3a NetzDG (sog. BKA-Meldepflicht) unwirksam ist, beziehungsweise hieraus keine Pflichten für YouTube folgen.

Auch wenn der Inhalt der Klageschrift bisher nicht publik ist, kann man annehmen, dass sich YouTube gegen die Wirksamkeit der angegriffenen Verpflichtungen als solche wenden wird. Denn dass YouTube unter den Wortlaut des Gesetzes fällt, ist wenig zweifelhaft und wurde von YouTube bisher auch nicht verneint. Sicher macht YouTube also die Verfassungs- und/oder Europarechtswidrigkeit der angegriffenen Regelungen geltend. In der Vergangenheit gab es schon Klagen, mit denen das NetzDG überprüft werden sollte. Die Erfolgsaussichten waren aber gering, weil jeweils keine Anbieter klagten, sondern Privatpersonen. Die Klage von YouTube ist der erste ernsthafte juristische Angriff auf das NetzDG durch einen unmittelbar betroffenen Anbieter.

Wenn YouTube hier Erfolg hat, könnte das wohl das ganze NetzDG zu Fall bringen.

## Wogegen sich YouTube wehrt: die BKA-Meldung

Mit dem schon im letzten Sommer vom Bundestag beschlossenen, aber „[reparaturbedingt](#)“ erst kürzlich verkündeten Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität wird unter anderem ein neuer § 3a NetzDG eingeführt.

Danach müssen große Anbieter sozialer Netzwerke ab dem 1.2.2022 durch ein Meldeverfahren gewährleisten, dass „strafbare“ Inhalte nebst identifizierenden Merkmalen (IP-Adresse) an das BKA weitergeleitet werden, wenn kumulativ folgende Umstände vorliegen:

1. der Inhalt wurde mittels NetzDG-Beschwerde ans Netzwerk gemeldet (z.B. durch einen User),
2. es liegen Anhaltspunkte für eine Katalogstraftat vor (u.a. Volksverhetzung, Kinderpornografie, bestimmte Bedrohungen) und
3. der Inhalt wurde auch tatsächlich entfernt oder gesperrt.

Die betroffenen Nutzer werden nachträglich informiert, entweder durch den Anbieter, oder, wenn sich hieraus Gefährdungen ergeben, erst später durch das BKA.

Nach der Gesetzesbegründung soll durch die BKA-Meldung die strafrechtliche Verfolgung von insbesondere Online-Hasskriminalität gestärkt werden ([RegE](#), S. 1), wohingegen das NetzDG bisher vor allem nur das Entfernen strafbarer Inhalte befördert hatte.

Mittelbar soll den beobachtbaren Einschüchterungswirkungen von Online-Hasskriminalität auf den öffentlichen Diskurs entgegengewirkt werden, mit Blick auf dessen überragende Bedeutung für unsere demokratische und pluralistische Gesellschaft ([RegE](#), S. 1).

Die konkrete Rolle des BKA soll darin bestehen, „als Zentralstelle“ (§ 3a Abs. 2 NetzDG) zunächst Ermittlungen zur Bestimmung der zuständigen Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden vorzunehmen und die Meldung dann an diese Länderbehörden weiterzuleiten. Als notwendigen Zwischenschritt wird das BKA wohl mindestens versuchen, die Identität des Täters beziehungsweise der Täterin zu ermitteln.

Laut einem Gutachten des [Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages](#) ist die Meldepflicht ans BKA verfassungswidrig. Die Weiterleitung wird als ungeeignet eingestuft, weil dem BKA die (Auskunfts-)Befugnisse fehlen würden, um mit den Daten etwas anzufangen. Dabei hat der Wissenschaftliche Dienst das gerade ergangene [Bestandsdaten II – Urteil des BVerfG](#) berücksichtigt. Die danach aufgezeigte Problematik ist mit dem sog. „[Reparaturgesetz](#)“ inzwischen aber wohl behoben. Damit ist die Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes überholt.

## Die Datenverarbeitung beim BKA

Es bleibt aber auch die Kritik, dass der Umweg über das BKA dazu führt, dass dort ohne hinreichenden Grund Daten gesammelt werden. Eine aus Datenschutzsicht weniger eingriffsintensive Ausgestaltung wäre, wenn die Anbieter direkt an die Länderstaatsanwaltschaften melden würden – doch an welche? In jedem Fall müsste die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft bestimmt und Meldungen dorthin abgegeben werden (§ 143 Abs. 1 Satz 3 GVG). Auch wegen der Masse der Fälle – die Gesetzesbegründung erwartet 250.000 Meldungen der Anbieter pro Jahr ([RegE](#), S. 26 f.), und tatsächlich dürften es künftig wohl eher mehr werden – bedarf es wohl irgendeiner Art von Aufteilung. Die Idee einer Zentralstelle ist naheliegend.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde aber zum Beispiel von HateAid argumentiert, dass eine Meldung an spezialisierte Staatsanwaltschaften statt an das BKA sinnvoller wäre, auch um nicht unter einem Vorwand ausufernde Überwachungsrechte für eine größtmögliche Menge an Behörden zu schaffen. (Stellungnahme von [HateAid](#), S. 9). Das hat auch Google im Gesetzgebungsverfahren massiv kritisiert („lassen riesige Datenbanken zu allen möglichen Inhalten beim BKA entstehen“, [Google-Stellungnahme](#), S. 1 u 26). Dieses Argument werden sie wohl jetzt auch vorbringen.

Hinzu kommt, dass die Daten beim BKA nach unmittelbarer Zweckerreichung (Ermittlung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde) zwar gelöscht werden

sollten, eine Löschung allerdings unterbleiben kann, sofern nach den allgemeinen Zweckbindungs- und Weiterverarbeitungsvorschriften des BKAG eine Weiterverarbeitung (auch zu anderen Zwecken) zulässig sein sollte ([RegE](#), S. 16).

Die zugelassene Verwendung zu anderen Zwecken kann man wohl auf etablierte Grundsätze zurückführen. Aber sicher ist die Rechtfertigung schwieriger, weil der Datenfluss über das BKA (bei dem sich dann die Datensilos füllen) aus Sicht der Kritiker nicht zwingend ist. Andererseits ist das „Datensammeln“ beim BKA hier wiederum nicht ganz so gravierend, wie es vielleicht scheinen mag. Es geht nicht um das „heimliche“ Sammeln von Daten, sondern um relativ öffentlich gepostete Inhalte. Außerdem kann das BKA nur Kenntnis erlangen, wenn eine NetzDG-Beschwerde vorhing, das heißt ein Nutzer etwas als strafbar gemeldet hat. Das Ganze ähnelt damit dem Sammeln von Anzeigedaten. Trotz dieser Relativierung ist die Frage des Datensammelns und Verwendens beim BKA sicherlich ein wichtiger Angriffspunkt, den YouTube in der Klage aufarbeiten wird.

## **Erforderlichkeitsabwägungen**

Umgekehrt könnte YouTube fragen, wieso Plattformen in die Pflicht genommen werden, wenn doch der Staat erst einmal auf seiner Seite nachbessern könnte, um die Strafverfolgung im Netz zu stärken.

In der rechtspolitischen Diskussion zur BKA-Meldung wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass für bessere Strafverfolgung im Netz die flächendeckende Einführung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Straftaten im Zusammenhang mit digitaler Gewalt, sowie ihre angemessene personelle Ausstattung dringend erforderlich sei ([DJB](#), S. 9; [HateAid](#), S. 9). Darüber hinaus könnten Polizei und Staatsanwaltschaft schon jetzt in öffentlichen Online-Bereichen (nicht-verdeckt) auf „Online-Streife“ gehen, Trusted-Flagger könnten zur besseren Zusammenarbeit geschult werden (z.B. zur „erfolgssicheren“ Strafanzeige, wie in einem [Projekt in NRW](#)), und auch die Landesmedienanstalten, die für das Vorgehen gegen illegale Inhalte im Netz mit zuständig sind, könnten aktiver Strafanzeigen erstatten.

Online-Plattformen, insbesondere YouTube, sind in bestimmten Fällen schon jetzt sehr kooperativ gegenüber den Behörden und erklären vielfach, auch im Gesetzgebungsverfahren zur BKA-Meldung, dass sie es Nutzern leichter machen wollen, Strafanzeige zu erstatten (z.B. [Twitter](#), S. 7).

Letztlich könnten alle Ansätze kumulativ zu noch mehr Effektivität bei der Strafverfolgung beitragen. Allerdings stellt sich auch hier die Frage, ob alle gleich geeignet sind, zumal wieder Prognoseentscheidungen zu treffen wären und die effektive Umsetzung der einzelnen alternativen Maßnahmen eben nicht so leicht ist. Dass die Länder mehr machen können, ist eigentlich schon länger bekannt.

## Datenherausgabe bei Sitz im Ausland

Die schwierigste Frage ist wohl, ob Anbieter mit Sitz im Ausland, auch YouTube, zur Datenausgabe gezwungen werden können. Google hat schon im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich argumentiert, dass „die transnationale Inpflichtnahme der Privatwirtschaft in grenzüberschreitenden Fällen zu Zwecken der Strafverfolgung unter Umgehung des Souveränitätsgebots einen Systembruch und Fremdkörper im Bereich der Internationalen Rechtshilfe“ darstelle ([Google-Stellungnahme](#), S. 22).

Sicherlich könnte hier ein gewisser Konflikt mit dem Souveränitäts- beziehungsweise Territorialitätsprinzip vorliegen, also dass jeder Staat die Kontrolle über alle auf seinem Hoheitsgebiet ausgeübte Staatsgewalt hat und diese auch nur so weit ausübt. Das Aussprechen von Zwangsmitteln „auf dem Territorium“ eines anderen Staates gegen dessen Bürgerinnen und Bürgern würde wohl als Verletzung der Souveränität angesehen, dafür muss man dann die (komplizierte) Rechtshilfe nutzen, wenn es nicht besondere Vereinbarungen gibt.

Die Bußgeldbewehrung ist natürlich letztlich das Gleiche wie das Androhen von Zwangsmitteln, aber immerhin wird sie per Gesetz, nicht auf dem Territorium eines anderen Staates ausgesprochen. V.a. aber gibt es Gründe zu argumentieren, dass eine ausreichende Inlands-Anknüpfung vorliegt, denn nur Anbieter mit mindestens 2 Millionen Nutzern in Deutschland müssen ans BKA melden. Und es ist mit dem Territorialitätsprinzip zunächst einmal zu vereinbaren, dass ein Staat ausländische Anbieter adressiert, wenn sich deren Handlungen auf sein Hoheitsgebiet auswirken. Es gibt hier eine Reihe von Konkretisierungsversuchen (Stichwort: sinnvolle Anknüpfung), vor allem anhand der Frage nach der Unmittelbarkeit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit der Auswirkungen. Vermutlich wird Google hier ganz stark argumentieren, dass eine ausreichende Anknüpfung eben nicht vorliegt. Sicherlich würde in der Abwägung auch irgendwie die Pflichtenkollision zu berücksichtigen sein, wenn die heimische Datenschutzbehörde die Herausgabe der Daten untersagt. Aber auch das ist dann wahrscheinlich kein schwarz-weiß-Argument.

## Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie

Eigentlich enthält die E-Commerce-Richtlinie mit dem sogenannten Herkunftslandprinzip sogar eine sehr spezifische Vorgabe, dass Mitgliedstaaten solche Online-Anbieter, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, gerade nicht regulieren dürfen. Das Herkunftslandprinzip (Art. 3 Abs. 1 und 2 E-Commerce-RL) schafft eine ‚One-Stop-Shop-Solution‘: Wer zum Beispiel, wie die meisten sozialen Netzwerke und auch YouTube, in Irland sitzt, soll grundsätzlich nur die dortigen Gesetze und Anordnungen zu befolgen haben. Das Zielland, also wo sich die Dienste auswirken, wie zum Beispiel in Deutschland, kann im koordinierten Bereich nur in ganz engen Grenzen tätig werden.

Dort setzt das NetzDG an: Deutschland wollte nicht mehr warten, dass Irland die dort sitzenden sozialen Netzwerke effektiv auch für das Gebiet von Deutschland beaufsichtigt.

Solche Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips sind aber nach Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie nur zulässig, wenn es unter anderem eine besondere Erforderlichkeit gibt. Genau das unterstellt die Gesetzesbegründung zu den BKA-Meldepflichten (RegE, S. 22f.).

Bisher ungeklärt ist aber eine weitere Voraussetzung dieser Rückausnahme: nämlich ob sie stets nur im Einzelfall möglich ist, also zum Beispiel durch eine behördliche Anordnung gegen einen ganz bestimmten einzelnen Anbieter. Dafür könnte der Wortlaut der E-Commerce-RL sprechen, was wohl von der ganz überwiegenden Rechtswissenschaft so gesehen wird (z.B. [Spindler, Liesching](#)). Abstrakt-generelle Regelungen wie das NetzDG oder die BKA-Meldepflicht wären, da sie eine abstrakte Vielzahl von Anbietern in einer Vielzahl von Fällen adressieren, demnach europarechtswidrig. Interessanterweise wurde diese Frage so explizit noch nicht gerichtlich geklärt. Ein jüngeres Urteil des EuGH und Äußerungen der Kommission können auch als Interpretationen dahin verstanden werden, dass auch abstrakt-generelle Regelungen, sofern sie auf bestimmte Anbieter abzielen, vom Herkunftslandprinzip abweichen dürfen ([Holznagel, CRi 2020, 103](#)).

YouTube wird jedenfalls das Herkunftslandprinzip im jetzigen Verfahren stark in den Vordergrund rücken. Eigentlich müsste dies die zentrale, gegebenenfalls nach Vorlage erst durch den EuGH zu klärende Frage des Verfahrens werden. Gerade, weil es die speziellere Vorgabe ist als das oben angesprochene Souveränitäts- oder Territorialitätsprinzip.

Sollte die enge Lesart zu Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie bestätigt werden, also dass Nationalstaaten nur im ganz spezifischen Einzelfall gegen Anbieter vorgehen können, die nicht in ihrem Hoheitsgebiet sitzen, dann wäre das natürlich das Ende des NetzDG. Denn das NetzDG wendet sich mit seinen (durchgängig zu erfüllenden) Compliance-Pflichten gerade abstrakt-generell an eine Mehrzahl von Anbietern, und alle großen erfassten Anbieter sitzen im Ausland.

## **Ist das ein Thema für den Digital Services Act?**

Langfristig soll der [Digital Services Act](#) den ganzen Rechtsrahmen für Online-Plattformen in der EU, gerade auch die Verantwortlichkeit für illegale Nutzerinhalte, neu regeln. Das erstaunliche ist, dass der Digital Services Act auf das NetzDG (und ähnliche nationale Vorstöße anderer Länder, z.B. in [Österreich das Kommunikationsplattformen-Gesetz](#)) reagiert, weil die EU merkt, die Nationalstaaten marschieren sonst alleine los. Dieses „Losmarschieren“ der Nationalstaaten gründet (auch) im Herkunftslandprinzip: Die Anbieter konnten sich bisher in einer Art „Rosinenpickerei“ Irland als Sitzland aussuchen und sich darauf verlassen, dort regulatorisch eher in Ruhe gelassen zu werden. Gesetze wie das NetzDG versuchen daran heranzukommen.

Die Sache ist nun, dass der Digital Services Act das Problem mit dem Herkunftslandprinzip nicht wirklich lösen wird. Das liegt zum einen an der Binnenmarktfixierung der Europäischen Kommission, aber auch daran, dass es politisch generell verpönt ist, dem Binnenmarkt wieder Grenzen zu setzen. Hier aber schadet die Binnenmarktfreiheit, die vor allem riesigen Unternehmen nützt, den Bürgern, die Rechtsdurchsetzung brauchen.

Sollte das von Google angestrebte Verfahren aufzeigen, welche Grenzen das Herkunftslandprinzip mit sich bringt („free flow of services, no free flow of protection“), dann könnte das in der politischen Diskussion zum Digital Services Act sogar hilfreich sein. Man sollte demnach erwirken, dass die Aufsicht über Mega-Plattformen nicht nur an einem einzelnen Mitgliedstaat hängen bleibt, der überfordert ist und zum Flaschenhals für die Rechtsdurchsetzung wird. Alle Mitgliedstaaten sollten sich die Regulierung teilen. [Vorschläge](#) hierzu gibt es auch.

## **Wieso kommt die Klage gegen das NetzDG jetzt?**

Warum angesichts dessen, dass die Anbieter schon immer verfassungs- und europarechtliche Bedenken gegen das NetzDG vorgebracht haben, die Klage erst jetzt kommt, liegt wahrscheinlich daran, dass sich die Anbieter mit dem bisherigen NetzDG ganz gut arrangieren konnten. Was vielfach übersehen wird ist, dass das bisherige NetzDG eigentlich ein zurückhaltendes Gesetz ist (keine Kopienlöschpflicht, keine Uploadfilter, keine take-down-Pflicht im Einzelfall, Bußgelder höchstens in zweistelliger Millionenhöhe). Und es zeigt sich auch, dass das Bundesamt für Justiz als zuständige Behörde nicht am laufenden Band Bußgelder produzieren kann. Gleichzeitig können sich Anbieter mit relativ moderatem Aufwand hier compliant und transparent zeigen.

Doch es ist wohl so, dass die BKA-Meldung für die Unternehmen eine neue Qualität hat. Statt ihre eigenen Nutzer „ans Messer“ der Strafverfolgung zu liefern, stellen sie sich jetzt schützend vor die Nutzer und klagen. Zumal es juristisch wirklich klärungsbedürftig ist, so dass YouTube ihr Handeln im Nutzerinteresse auch gut verkaufen kann.

## **Und wird die Klage von YouTube nun Erfolg haben?**

Also, man wird sagen können, dass die Argumentationslast auf Seiten der Bundesregierung hoch ist und es um komplexe Rechtsfragen geht. Aber es geht hier um schwierige Fragen, und letztlich sind sich wiederum auch alle einig, dass die Strafverfolgung im Netz gestärkt werden muss und vielleicht auch etwas pragmatischere Lösungen und neue Ansätze erforderlich sind, wie hier, dass der Bund auf einmal mit dem BKA sich so stark einschaltet.

