

Digitaler Protest

von

Dr. Aqilah Sandhu (Augsburg)

Inhalt

I.	<i>Wechselwirkungen zwischen analogem und Online-Protest</i>	144
II.	<i>Der digitale Raum als Flucht- und Ermöglichungsort</i>	146
	1. <i>Generelle Versammlungsverbote im analogen Raum</i>	148
	a) <i>Vorabverbote als ultima ratio</i>	148
	b) <i>Senkung der Eingriffsschwelle in Krisenzeiten</i>	148
	c) <i>Inhaltsbezogene Versammlungsverbote</i>	150
	2. <i>Versammlungsfreiheit im digitalen Raum als Alternative</i>	152
	a) <i>Fehlende Körperlichkeit</i>	153
	b) <i>Technikoffenheit des Grundgesetzes</i>	153
	c) <i>Völkerrechtsfreundliche Grundgesetzauslegung</i>	155
	d) <i>Zwischenfazit</i>	156
	3. <i>Digitaler Protest und vorwirkender Grundrechtsschutz</i>	157
III.	<i>Die Zählung des digitalen Raums</i>	158
	1. <i>Demokratierelevanz des digitalen Raums</i>	158
	2. <i>Disziplinierung des digitalen Diskurses durch den DSA</i>	159
	a) <i>Risikominimierung</i>	159
	b) <i>Moderation der Inhalte</i>	160
	c) <i>Melde- und Überwachungspflichten</i>	162
	3. <i>Indienstnahme in Krisenzeiten</i>	162
	4. <i>Horizontalisierung der Grundrechte</i>	164
IV.	<i>Formen der Beeinträchtigung digitalen Protests</i>	166
	1. <i>Overblocking</i>	166
	2. <i>Systematische Diskriminierung und Shadowbanning</i>	167
V.	<i>Fazit: Versammlungsfreiheit als Grenze des virtuellen Hausrechts</i>	168

I. Wechselwirkungen zwischen analogem und Online-Protest

Ziviler Protest hat keinen leichten Stand in Krisenzeiten. Die letzten Jahre waren gezeichnet von einem Dauerausnahmestand und beispiellosen Grundrechtseingriffen. Der Staat schien in „eine dauerhaft nervöse Alarmbereitschaft versetzt“ und wählte „sich in einem ständigen Wettlauf mit der gefühlten Unsicherheit“.¹ In diesem Krisenmodus, der auch als außerverfassungsrechtlicher „neuer Ausnahmezustand“ beschrieben wird, mutierte die repräsentative Demokratie zu einem „Exekutivstaat“², der Grundrechte präventiv bis an die Grenze ihres Wesensgehalts einschränkte und flächendeckende „Eingriffe mit geradezu existenzieller Dimension“³ ermöglichte. Ganz besonders betroffen war im Angesicht der Kontakt- und Ansammlungsverbote das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit.⁴ Zivilgesellschaftlicher Protest verlagerte sich von dem physischen in den digitalen Raum. Mit dem Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act, DSA)⁵ ist der Krisenfall auch in der Online-Welt angekommen. Im Wege der Plattformregulierung werden Soziale Netzwerke, Messengerdienste und Suchmaschinen weltweit nicht nur zur Rechtsdurchsetzung in die Pflicht genommen, sondern auch zur effizienten Krisenreaktion. Mit Inkrafttreten des DSA am 16. November 2022 werden nach dem Vorbild des NetzDG⁶ unionsweit Internetintermediäre⁷ im Wege der kombinierten regulierten Selbst- und Plattformregulierung zur Entfernung schädlicher Inhalte, zum Risikomanagement und zur Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten unter Androhung abschreckender Bußgelder verpflichtet. Ähnliche Gesetze ergingen in Australien (2021) und dem Vereinigten Königreich (2023) mit ihren Online Safety Acts.⁸ Der DSA gilt insgesamt erst ab dem 17. Februar 2024, seine Wirkung entfaltet er aber bereits im Vorfeld und legte den Grundkonflikt zwischen Plattformregulierung und Online-Protest offen.

Im Dezember 2023 eröffnete die Kommission das erste Verfahren unter dem DSA gegen X (vormals Twitter) unter anderem wegen des Verdachts des Verstoßes gegen die Pflichten zur Bekämpfung von illegalen Inhalten und Desinformation und die Kooperationspflichten unter dem DSA im Zusammenhang mit den Anschlägen der Hamas.⁹ X wehrte sich mit dem Argument, der Regulierungsprozess müsse „frei von politischer Einflussnahme“ bleiben und dem Gesetz folgen.¹⁰ Wenige Monate zuvor, im April 2023, hatte die Kommission 17 Anbieter, darunter LinkedIn, TikTok, Twit-

¹ Barczak, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2022, 685 m. w. N.

² Barczak, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2022, 698; Gärditz/Meinel, Unbegrenzte Ermächtigung?, FAZ (26.3.2020) abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/neues-infektionsschutzgesetz-unbegrenzte-ermaechtigung-16696509.html>. Letzter Zugriff am 18.1.2024, 6; s. aber Dederer/Preiss, AöR 148 (2023), 289 (335) für ein pandemiebedingtes Notverordnungsrecht der Exekutive.

³ Lepsius, DVBl. 2023, 701 (704).

⁴ Näher unter II. 1.

⁵ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1, bereinigt 2022 ABl. L 310/17; Überblick bei Raue/Heesen, NJW 2022, 3537.

⁶ Spindler, GRUR 2021, 653.

⁷ Zum Begriff *Schiff*, Informationsintermediäre. Verantwortung und Haftung, 2021; Legaldefinition in Art. 3 lit. g DSA.

⁸ Überblick bei The Future of Free Speech, The Free Speech Recession Hits Home, 2023.

⁹ EU Kommission, IP/23/6709.

¹⁰ Fuest, Die Welt, 19.12.2023.

ter, Wikipedia, YouTube und Facebook als sehr große Online-Plattformen sowie Bing und Google Search als sehr große Online-Suchmaschinen im Sinne von Art. 33 DSA bestimmt.¹¹ Diese haben erhöhte Kooperations- und Sorgfaltspflichten (Art. 34 ff. DSA) und unterliegen der direkten Einflussmöglichkeit der Kommission. Diese stellt Verstöße gegen die Pflichten fest und kann Bußgelder in Höhe von maximal 6% des im vorangegangenen Geschäftsjahr weltweit erzielten Gesamtjahresumsatzes verhängen (Art. 73 f. DSA). Der DSA bezweckt die Schaffung einheitlicher fairer Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt für Vermittlungsdienste sowie eines sicheren, berechenbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfelds und die Unterbindung rechtswidriger Online-Inhalte (ErwG 7, 9). Mit dem DSA soll den „gesellschaftlichen Risiken, die die Verbreitung von Desinformation oder anderen Inhalten mit sich bringen kann“ entgegengewirkt werden (ErwG 9, Art. 1 DSA). Die Regulierung dieser „Gatekeeper“ (Torwächter), steht vor der Herausforderung, die inhaltsneutrale Moderation von (Meinungs-)Beiträgen durch private Unternehmen zu gewährleisten, die nicht nur profit- und wettbewerbsorientiert, sondern auch unter dem Eindruck rechtlicher Sanktionen handeln.

Dabei wird an unbestimmte Konzepte wie Desinformation und Hassrede angeknüpft. Netzaktivisten und Menschenrechtsorganisationen befürchten die Erosion der freien Meinungsäußerung online und offline.¹² Das Risiko der *chilling effects*, der Abschreckungseffekte für die Ausübung legitimer Meinungsäußerung und politischer Betätigung, werde zum Preis der Wahrheits- und Diskurssicherung im Netz in Kauf genommen.¹³ Der Prozess der Willensbildung „bedarf in einer freiheitlichen Demokratie einer ungesteuerten, offenen und damit außerhalb der staatlichen Institutionen stehenden Gegenöffentlichkeit“.¹⁴ Dies gelte auch für den digitalen Raum. Polemische Vergleiche der Netzöffentlichkeit mit dem vermeintlich „wildem Westen“¹⁵ leisteten freiheitsgefährdender Überregulierung Vorschub und vermittelten rhetorisch den Eindruck einer ungebändigten Online-Welt mit dem Regulierer als ersehntem Sheriff. Dabei wird Plattformregulierung auch von zivilgesellschaftlichen Akteuren nicht nur begrüßt, sondern ihre Gefahr für die liberale Freiheitsordnung beschworen.¹⁶ Online-Plattformen würden zu „privaten Vollstreckern staatlicher Zensur“.¹⁷ Der DSA würde zum „global blueprint“¹⁸ für Demokraten und Despoten gleichermaßen.

Weltweit wird eine Zunahme staatlicher Unterdrückung von realem Protest festgestellt. Auf der „Protest map“ von Amnesty International wird seit 2023 erstmals

¹¹ EU-Kommission, IP/23/2413.

¹² *Mchangama*, Future Speech (4.12.2023), Foreignpolicy.com; futurefreespeech.org/Germany. Letzter Zugriff am 18.1.24.

¹³ *Hermstrüwer*, in: ders./Lüdemann (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter. Instrumente und Instrumentenvergleich, 2021, 149 (157 f.) m. w. N.

¹⁴ *Gärditz*, Der Staat 54 (2015), 113 (132) mit dem Plädoyer „das Netz so offen wie möglich [zu] halten“.

¹⁵ Zum inflationären Gebrauch dieser Metapher *Veil*, ZGI 2022, 197.

¹⁶ Vgl. *Achleitner*, in: Bajlicz/Bohnert/Gangelbauer u. a. (Hrsg.), Recht im Umbruch – Umbruch im Recht, 2022, 3 ff.; *Mchangama/Alkiviadou*, in: Bayer/Holznagel/Korpisaari/Woods (Hrsg.), Perspectives on Platform Regulation, 2021, 451 ff.

¹⁷ *Mchangama/Alkiviadou*, in: Bayer/Holznagel/Korpisaari/Woods (Hrsg.), Perspectives on Platform Regulation, 2021, 451 (452).

¹⁸ *Mchangama*, Future Speech (4.12.2023), Foreignpolicy.com; futurefreespeech.org/Germany. Letzter Zugriff am 18.1.24.

auch Deutschland als Ort aufgeführt, an dem die Versammlungsfreiheit ernsthaft gefährdet ist.¹⁹ Grund dafür sind vor allem polizeiliche Überwachungsbefugnisse,²⁰ der Umgang mit den Klimaprotesten und pauschal-präventive Totalverbote gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen.²¹ Dieser Beitrag untersucht die Wechselwirkung zwischen analogem Ausnahmezustand und digitalem Ausweichverhalten und beleuchtet, welche Folgen daraus für den effektiven Grundrechtsschutz zu ziehen sind. Dabei sind im Ergebnis auch Online-Protestformen in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit einzubeziehen. Jedenfalls aber kann digitale Protestformierung dem vorwirkenden Grundrechtsschutz aus Art. 8 Abs. 1 GG unterfallen.

II. Der digitale Raum als Flucht- und Ermöglichungsort

Je repressiver die staatliche Machtausübung im öffentlichen Raum ist, desto stärker verschiebt sich das Leben ins Private, oder eben in den virtuellen Raum. Während des Corona-Ausnahmezustandes hatten sich nicht nur Hauptversammlungen und Gemeinderatssitzungen, sondern auch Protestveranstaltungen in den digitalen Raum verlagert.²² Versammlungen waren durch präventiv-pauschale Verbote physisch zeitweise bußgeldbewertet. Fridays For Future experimentierte mit neuen Protestformen online oder hybrid, in Kombination von offline- und online-Aktionen, in Gestalt von Livestreams, Hashtag-Aktionen oder „Teach-ins“.²³ Aber auch maßnahmenkritischer Protest versammelte sich verstärkt online, insbesondere in Kanälen des Messengerdienstes Telegram. Aufgerufen wurde zu den Corona-Spaziergängen und stillen Protesten oftmals über den Messenger-Dienst Telegram oder Facebook, wo sich die Kritiker der staatlichen Corona-Schutzmaßnahmen angesichts der weitreichenden Verbote zum Meinungsaustausch zurückzogen.²⁴

Die Anziehungskraft sozialer Netzwerke und anonymer Messengerdienste für Protestbewegungen liegt in ihrem egalitären Zugang, in der ubiquitären Verfügbarkeit und nicht zuletzt darin, dass sie als „staatsfrei“ gelten. Die Online-Sphäre ist aber nicht nur Ventil, sondern Ort der Formation und Strukturierung von Protestgruppen und zivilgesellschaftlichen Akteuren, ehe er auf die Straßen getragen wird.²⁵ Der

¹⁹ <https://viewer.mapme.com/ca3f817e-c8cb-4fd2-83f2-910f0c7fd3c1/location/a03fd976-1baa-42e3-97cc-6058546d08ba>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

²⁰ Bspw. ermöglicht § 16 VersG NRW Videoaufnahmen von Versammlungen auch heimlich und mit Drohnen, krit. zu diesem *Leusch*, *VerfBlog* (16.1.2023) <https://verfassungsblog.de/demonstrieren-schwer-gemacht/>. Letzter Zugriff am 25.1.24.

²¹ Bspw. die jährlichen Demo-Verbote zum Nakba-Tag, OVG Berlin-Brandenburg, *Beschl. v. 20.5.2023*, OVG 1 S 45/23; vgl. auch den Aufruf von *Bayer/Burghardt/Geneuss/Höffler u. a.*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (29.11.2023), die vor der Kriminalisierung zivilgesellschaftlichen Protests warnen, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/warum-es-falsch-ist-klimaprotest-und-seenotrettung-zu-kriminalisieren-19348547.html>. Letzter Zugriff am 25.1.24; weitere Beispiele bei <https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2023/09/Protect-the-Protest-Freedom-of-Peaceful-Assembly-Under-Pressure-in-Germany-Analysis-by-AI-Germany.pdf>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

²² *Sinder*, *NVwZ* 2021, 103.

²³ *Hunger/Hutter*, *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 34 (2021), 218 (223, 229 f.).

²⁴ Vgl. nur VG Karlsruhe, *Beschl. v. 17.1.2022*, 14 K 119/22, Rn. 78.

²⁵ Überblick bei *Howard/Hussain*, *Democracy's Fourth Wave? Digital Media and the Arab Spring*, Oxford 2013.

digitale Raum gilt als idealisierter Ort des „herrschaftsfreien Diskurses“, während „konventionelle Form politischer Meinungsbildung“ „auf Hierarchie und Exklusion“ beruhe.²⁶ Durch die Verbindung von Online-Kommunikation über Facebook, Instagram, YouTube und X (Twitter) mit realem Protest entsteht ein „hybrider öffentlicher Raum der Freiheit“²⁷, der dem Anliegen eine globalisierte Reichweite, internationale Solidarität und damit insgesamt einen erhöhten Druck auf Regierungen ermöglicht. Die Kommunikation über Online-Dienste ist bei der Organisation von Versammlungen sowohl in liberalen Demokratien als auch in Staaten ohne Versammlungsfreiheit von entscheidender Bedeutung.²⁸ Der arabische Frühling von 2011 ist ein besonders eindrückliches und selten erfolgreiches Beispiel dafür.

Damit gewinnen Plattformbetreiber wie Meta und Google eine enorme demokratische und gesamtgesellschaftliche Verantwortung, aber auch Macht. Bereits im Rahmen ihrer Inhaltmoderation entfernen Online-Anbieter umfassend Beiträge, wenn sie gegen die Nutzungsbedingungen verstoßen, um sich vorauseilend vor Rechtsmaßnahmen abzusichern oder schlicht zur Schaffung eines „konsumfördernden Wohlfühlumfeld[s]“.²⁹ Nehmen Staaten Einfluss auf diese Akteure, ist dies immer zweischneidig. Die großen Online-Vermittlungsdienste erhalten jährlich zehntausende Löschungs- und Sperrungsanfragen von Staaten. Nach dem Twitter Transparency-Report stammten circa 97% der Löschungs-Anfragen aus nur fünf Staaten, die teilweise autoritär regiert werden.³⁰ Die meisten staatlichen Auskunftersuchen zu Nutzerdaten stammten aus den USA, Frankreich, Japan und Deutschland.³¹ Meta agiert nicht nur nach Maßgabe seiner Community Richtlinien, sondern zusätzlich staatlicher Vorgaben. Sogenannte „Internal Referral Units“ (IRUs) verschiedener Staaten richten regelmäßig Anfragen zur Löschung oder Entfernung von Inhalten an Meta, über die die betroffenen Nutzer nicht informiert werden.³²

²⁶ Höfler, „Der Tahrir-Platz ist jetzt unser Facebook“, Informationen zur Raumentwicklung 2/2014, S. 95, 100; Voigt, in: Gabriele Werner/Horst Bredekamp/Matthias Bruhn (Hrsg.), Bildwelten des Wissens, Berlin 2013, 45 (46).

²⁷ Castells, Networks of Outrage and Hope, 2015, 23; Sinder, in: Greve/Gwiasda/Kemper u. a. (Hrsg.), Der digitalisierte Staat, 2020, 223 (224).

²⁸ Vgl. auch Hoffmann-Riem, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, § 106 Rn. 13.

²⁹ Vgl. Geminn, Deus ex machina?, 2023, 395.

³⁰ Jahrelang führten Japan, Russland, Südkorea, Türkei und Indien die Statistik an, vgl. 2022 https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2023/an-update-on-twitter-transparency-reporting.

³¹ Insgesamt forderten im ersten Halbjahr 2022 in 16.000 Fällen die Offenlegung von Accountinformationen, https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2023/an-update-on-twitter-transparency-reporting. Letzter Zugriff am 18.1.24.

³² Human Rights Watch, Meta's Broken Promises. Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook, 2023, 36.

1. Generelle Versammlungsverbote im analogen Raum

a) Vorabverbote als ultima ratio

Das Verbot als intensivster Eingriff in das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit³³ ist prinzipiell die ultima ratio und bedarf eines Verwaltungsaktes bei sorgfältiger Ermessensausübung. Seit der Pandemie greifen die Behörden jedoch je nach politischer Spannungslage zunehmend auf das Instrument der Allgemeinverfügung zur Durchsetzung flächendeckender präventiver Versammlungsverbote zurück. Eine unbestimmte Anzahl an Versammlungen wird für sämtliche in Betracht kommende Versammlungsteilnehmer pauschal-präventiv untersagt.³⁴ Zum Schutz vor Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ergingen schon vor der Pandemie versamlungsbezogene Allgemeinverfügungen anlassbezogen sowie zeitlich und räumlich begrenzt.

Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit vorbeugender versamlungsrechtlicher Totalverbote als „schwerste mögliche Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit“³⁵ sind hoch.³⁶ So erwies sich die von der Hansestadt Hamburg anlässlich des G20-Gipfels 2017 erlassene Allgemeinverfügung, sämtliche Versammlungen auf dem Gebiet der Hamburger Innenstadt für knapp zwei Tage zu verbieten, in der Hauptsache als rechtswidrig.³⁷ Je flächenmäßiger Versammlungsverbote vorab ausgesprochen werden, desto höher sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung. Das Bundesverfassungsgericht entschied hinsichtlich der sich auf mehrere Kilometer erstreckenden Verbotszone um Heiligendamm, dass es hierfür angesichts des absoluten Versammlungsverbots an einem symbolhaltigen Ort hinreichend schwerwiegender sowie unmittelbarer Gefahren für die öffentliche Sicherheit bedürfe.³⁸ Das Vorabverbot auch friedlicher Versammlungen ist nur unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands rechtmäßig.³⁹

b) Senkung der Eingriffsschwelle in Krisenzeiten

Aus der ultima ratio wurde in den letzten drei Jahren jedoch graduell der standardmäßige modus operandi der Versamlungsbehörden – zunächst zum Schutz der Gesundheit und im Namen der Pandemiebekämpfung, später auch in Situationen poli-

³³ BVerfGE 87, 399 (409); 110, 77 (89); BVerfG, Beschluss v. 6.6.2007, 1 BvR 1423/07, Rn. 20; Hoffmann-Riem, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, § 106 Rn. 130.

³⁴ Schwarz, in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 35 VwVfG Rn. 117: personenbezogene Allgemeinverfügung; Schramm, <https://verfassungsblog.de/kollektive-unfriedlichkeit/>. Letzter Zugriff am 18.1.24; Ernst, in: von Münch/Kunig, GG Bd. I, Art. 8 Rn. 140.

³⁵ VG Hamburg, Urt. v. 25.2.2022, 3 K 1611/18, juris, Rn. 32.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2007, 1 BvR 1423/07, Rn. 38: „nur unter strengen Voraussetzungen“; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 6.11.2013, 1 S 1640/12.

³⁷ VG Hamburg, Urt. v. 25.2.2022, 3 K 1611/18, juris.

³⁸ BVerfG, Beschluss v. 6.6.2007, 1 BvR 1423/07, Rn. 31; zur SächsCoronaVO BVerwG, Urt. v. 21.6.2023, 3 CN 1/22, juris, Rn. 45.

³⁹ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 6.11.2013, 1 S 1640/12, juris, Rn. 54; VG Stuttgart, Beschl. v. 12.1.2022, 1 K 88/20; VG Karlsruhe, Beschl. v. 17.1.2022, 14 K 119/22.

tisch aufgeheizter Stimmungslagen. Seither scheint sich die gefahrenabwehrrechtliche Praxis unter dem „Sonderregime“⁴⁰ auch im Normalzustand verstetigt zu haben.⁴¹

Zuletzt ergingen insbesondere im Kontext sogenannter Palästina-Proteste seit Oktober 2023 versammlungsrechtliche Allgemeinverfügungen bzw. Verbote von „Ersatzveranstaltungen“ im Namen der „Staatsräson“ in Frankfurt am Main,⁴² Bremen oder München.⁴³

Als sich während der Pandemie in der Hochphase bis zu 50.000 Menschen zu „Spaziergängen“ in zahlreichen deutschen Städten versammelten, erließen die Versammlungsbehörden im Wochentakt präventive Verbote für nicht angemeldete Versammlungen für ein bestimmtes Gemeindegebiet, teilweise über einen längeren Zeitraum⁴⁴ oder legten Obergrenzen für Versammlungsteilnehmer fest.⁴⁵ Gestützt auf § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 IfSG ergingen weitreichende Vorabverbote, durch welche Versammlungen „praktisch verboten und unter Genehmigungsvorbehalt gestellt wurden“⁴⁶. Die Einschränkungen hielten zunächst in Eilentscheidungen der (verfassungs-)gerichtlichen Kontrolle im Rahmen der Folgenabwägung weitestgehend stand.⁴⁷ Doch mit zunehmendem Zeitablauf stiegen die Rechtfertigungsanforderungen für den Staat.⁴⁸ An die Stelle hochproblematischer Pauschalverbote traten bald mildere Mittel.⁴⁹

Das Bundesverfassungsgericht ließ die Frage ausdrücklich offen, ob die Unterwerfung der Versammlungsfreiheit unter ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisfreiheit durch Rechtsverordnung mit Art. 8 GG vereinbar ist.⁵⁰ In frühen Eilentscheidungen stellte es jedoch klar, dass die Coronaschutz-Verordnungen nicht als generelle Verbote zu verstehen seien, diese mithin das Ermessen im Einzelfall nicht ersetzen konnten.⁵¹ Allgemeinverfügungen kehren die rechtsstaatliche Verteilungslast um. Wie

⁴⁰ Rennert, DVBl. 2021, 1269 (1270).

⁴¹ Arzt, in: Schwier (Hrsg.), Die Gewährleistung der Versammlungsgarantie unter pandemischen Bedingungen, 2023, 5 ff.; ders./Bosch, Bürgerrechte und Polizei/CILIP 133 (2023), 83 ff.

⁴² Bestätigend VGH Kassel, Beschl. v. 14.10.2023, 2 B 1423/23.

⁴³ Vgl. BayVGH, Beschl. v. 19.10.2023, 10 CS 23.1862; krit. zu diesen Arzt, VerfBlog v. 26.10.2023.

⁴⁴ Zur Rechtswidrigkeit von § 3 Abs. 1 S. 1 SächsCoronaVO, der Versammlungen unter den Vorbehalt einer Ausnahmegenehmigung stellte, BVerwG, Urt. v. 21.6.2023, 3 CN 1/22, juris, Rn. 43 ff.

⁴⁵ Überblick bei Eibenstein/Greve, NVwZ Extra 4a/2022, 1 ff.; Völzmann, DÖV 2020, 893 ff.

⁴⁶ Blanke, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 88a; Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, 119 ff.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.1.2022 – 1 BvR 208/22; Beschl. v. 9.4.2020 – 1 BvQ 29/20, Rn. 9; OVG Thüringen, Beschl. v. 10.4.2020 – 3 EN 248/20, Rn. 60 f.; VGH Hessen, Beschl. v. 1.4.2020 – 2 B 925/20, Rn. 15.

⁴⁸ Arzt, VerfBlog v. 12.1.2022; BVerfG, Beschl. v. 17.4.2020 – 1 BvQ 37/20 Rn. 25.

⁴⁹ Krit. Lepsius, Lockdown ohne Kontrolle, FAZ (7.12.2020) abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/kritik-an-corona-pauschalregelung-lockdown-ohne-kontrolle-17088687.html>. Letzter Zugriff am 18.1.24; dagegen Hecker, VerfBlog (16.12.2020) abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/auf-der-schiefen-bahn/>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.4.2020, 1 BvQ 37/20, NVwZ 2020, 711; Beschl. v. 31.1.2022, 1 BvR 208/22, Rn. 7; verneinend Völzmann, DÖV 2020, 893 (899) angesichts der Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses; Eibenstein/Greve, NVwZ Extra 4a/2022, 1 (8); krit. ferner Rennert, DVBl. 2021, 1269 (1270): „wer seine Freiheit gegen die Gebote der Krisenbewältigung durchsetzen will, trägt jetzt die Begründungslast.“

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 15.4.2020, 1 BvR 828/20, NJW 2020, 1426; Beschl. v. 17.4.2020, 1 BvQ 37/20, NVwZ 2020, 711; gegen zahlenmäßige Beschränkungen auf 5.000 Personen hatte das BVerfG

jedoch das Bundesverfassungsgericht betont, ist nicht die Ausübung des Grundrechts, sondern der hoheitliche Eingriff in dieses rechtfertigungsbedürftig.⁵² Das Bundesverwaltungsgericht sah entsprechend auch einen Verstoß gegen Art. 8 GG, der nicht „als eine Summe von Genehmigungsansprüchen“ verstanden werden dürfe.⁵³ Die sächsische Corona-Verordnung war insofern wegen Unverhältnismäßigkeit unwirksam.⁵⁴ Ob damit auch gegen die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG verstoßen worden war, ließ das Gericht jedoch ausdrücklich offen.⁵⁵ Der EGMR sieht in allgemeinen Versammlungsverboten eine „radikale Maßnahme“, die auf fundierten Annahmen beruhen müssen und einer besonders sorgfältigen gerichtlichen Prüfung unterliegen.⁵⁶ Das Gericht erachtete ein versammlungsrechtliches Totalverbot von über zwei Monaten in der Schweiz und die Sanktionierung von Verstößen dagegen mit abschreckenden Strafen als nicht mehr notwendig in einer demokratischen Gesellschaft und damit als Verletzung von Art. 11 Abs. 2 EMRK.⁵⁷ Auf den Antrag der Schweiz wurde der Fall nach Art. 43 EMRK an die Große Kammer verwiesen, die die Beschwerde mangels Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs für unzulässig erklärte.⁵⁸

c) Inhaltsbezogene Versammlungsverbote

Mit Blick auf die Inhaltsneutralität der Meinungsfreiheit und angesichts der Bedeutung der Versammlungsfreiheit als Recht der Opposition, als Mittel der „Machtkritik“ und als Anspruch auf aktive Partizipation am politischen Willensbildungsprozess besonders bedenklich, sind pauschale Vorabverbote auf Grund des bestimmten Inhalts einer Versammlung. So war während der Pandemie problematisch, dass die Allgemeinverfügungen speziell „Spaziergänge“ oder „ähnliche Versammlungen, die sich gegen die Regelungen der Corona-Verordnung richten“, untersagten.⁵⁹ Der anlässlich der Pandemie-Proteste neu eingeführte Phänomenbereich „Verfassungsschutzrelevante Delegitimierung des Staates“ sollte das Problemfeld erfassen.⁶⁰

zumindest im Rahmen der Folgenabwägung nichts einzuwenden BVerfG, Beschl. v. 31.5.2020, 1 BvQ 63/20.

⁵² BVerfG, Beschluss v. 6.6.2007, 1 BvR 1423/07, Rn. 21.

⁵³ BVerwG, Urt. v. 21.6.2023, 3 CN 1/22, juris, Rn. 47.

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 21.6.2023, 3 CN 1/22, juris, Rn. 52.

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 21.6.2023, 3 CN 1/22, juris, Rn. 53.

⁵⁶ EMRK, Urt. v. 15.3.2022, 21881/20, Rn. 85 – *Communauteé Genevoise d'Action Syndicale (CGAS)/Schweiz*: „une mesure radicale“.

⁵⁷ EMRK, Urt. v. 15.3.2022, 21881/20, Rn. 91f. – *Communauteé Genevoise d'Action Syndicale (CGAS)/Schweiz*.

⁵⁸ EMRK (Große Kammer), Urt. v. 27.11.2023, 21881/20, Rn. 35 ff.; krit. Joint Dissenting Opinion der Richter Bošnjak, Wojtyzek, Mourou-Vikström, Ktistakis und Zünd, 21881/20, Rn. 6: „übertrieben formalistisch“ und unvernünftig.

⁵⁹ Vgl. bspw. Allgemeinverfügung der Stadt Stuttgart vom 30.12.2021, der Stadt München v. 13.1.2022 sowie der Stadt Cottbus v. 31.1.2022, zit. bei *Eibenstein/Greve*, NVwZ Extra 4a/2022, 1 (4f.).

⁶⁰ Verfassungsschutzbericht des Bundesinnenministeriums von 2021, 24 ff.; zur Radikalisierung des gesellschaftlichen Protests *Kersten/Rixen*, in: dies. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 3. Aufl. 2022, 345 ff., dort auch zur Heterogenität der Protest-Bewegung, die weder im linken noch im rechten Spektrum verortet werden könne.

Ähnlich untersagte die Polizei Hamburg mit versammlungsrechtlicher Allgemeinverfügung vom 15. Oktober 2023, die im Anschluss im Abstand weniger Tage über insgesamt zwei Monate verlängert wurde,⁶¹ „alle nicht angemeldeten und nicht behördlich bestätigten Versammlungen im Zusammenhang mit dem Einmarsch der israelischen Armee in den Gazastreifen“ und „inhaltlich einen Bezug zur Unterstützung der Hamas oder deren Angriffe auf das Staatsgebiet Israels aufweisen (sog. pro-palästinensische Versammlungen)“. Im Dezember 2023 erklärte das VG Hamburg die zuletzt bis 10. Dezember 2023 verlängerte Allgemeinverfügung für rechtswidrig.⁶² Bereits die enge behördliche Definition dessen, was „pro-palästinensisch“ ist, widersprach dem Gebot der meinungsfreundlichen Auslegung. Gerade weil die Allgemeinverfügung damit „jegliche Versammlungen, die im Zusammenhang mit der aktuellen kriegerischen Auseinandersetzung (ausschließlich) die palästinensische Sichtweise einnehmen“ unter das Verbot fasste, erachtete das Gericht die erforderliche Gefahrenschwelle für ein pauschales Verbot nicht für gegeben.⁶³ Es könne schlicht nicht unterstellt werden, dass jede Versammlung, die auf das Anliegen der Palästinenser aufmerksam mache, eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit konkret befürchten lasse.

Die Versammlungsfreiheit als „Recht zum Dissens“⁶⁴ wird in ihr Gegenteil verkehrt, wenn sie nur nach Maßgabe und im Einklang mit der (außen-)politischen Position der Bundesregierung gewährt wird. Meinungskundgaben werden durch Vorabverbote über das verfassungsrechtlich zugelassene Maß hinaus verboten und eingeschränkt. Generelle versammlungsrechtliche Vorabverbote als Ausdruck der Missbilligung der politischen Botschaften und Kriminalisierung von Protest je nach Inhalt widersprechen dem fundamentalen Grundsatz der Vermutung für die freie Rede und kehren die Beweislast für das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung unzulässig um. Sie verkennen, dass der Rechtsstaat sich durch Inhalts- und Meinungsneutralität auszeichnet. Er definiert nicht, welcher Protest erwünscht und welcher unerwünscht ist und differenziert bei der Freiheitswahrnehmung nicht danach, ob der Grundrechtsträger genehme Positionen vertritt.⁶⁵ Begriffe wie Meinungshoheit, der „meinende Staat“⁶⁶ oder die „Meinungsverwaltung“⁶⁷ beschreiben die staatliche Übergriffigkeit in den gesellschaftlichen Prozess

⁶¹ Allgemeinverfügung vom 6.12.2023 zur Verlängerung der versammlungsrechtlichen Verfügung in Form der Allgemeinverfügung vom 15.10.2023, verlängert durch Allgemeinverfügungen vom 18.10.2023, 22.10.2023, 25.10.2023, 28.10.2023, 1.11.2023, 4.11.2023, 8.11.2023, 11.11.2023, 15.11.2023, 18.11.2023, 22.11.2023, 25.11.2023, 29.11.2023 und 2.12.2023, zu Versammlungen, die inhaltlich einen Bezug zur Unterstützung der Hamas oder deren Angriffe auf das Staatsgebiet Israels aufweisen, für das Stadtgebiet der Freien u. Hansestadt Hamburg, abrufbar unter www.presseportal.de/blaulicht/pm. Letzter Zugriff am 18.1.24.

⁶² VG Hamburg, Beschluss v. 8.12.2023, 5 E 5290/23, juris; s. aber OVG Hamburg, Beschl. v. 21.10.2023, 4 Bs 134/23, n. v.

⁶³ VG Hamburg, Beschluss v. 8.12.2023, 5 E 5290/23, juris, Rn. 18.

⁶⁴ *Arzt*, VerfBlog v. 26.10.2023.

⁶⁵ Vgl. *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777 (2781) unter Verweis auf Jürgen Seifert: „wer meint, Grundrechte politisch einfärben zu dürfen, demontiert sie“.

⁶⁶ *Steinbeis*, VerfBlog (10.2.2023) abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/der-meinende-staat/>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

⁶⁷ *Wieduwilt*, FAZ v. 3.7.2023, Nr. 151, 18.

der geistigen Auseinandersetzung.⁶⁸ Dabei vollzieht sich in einer freiheitlichen Demokratie die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt, der Prozess der Meinungs- und Willensbildung muss „grundsätzlich ‚staatsfrei‘“⁶⁹ bleiben. Die plurale Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Bürger zur freien geistigen Auseinandersetzung.⁷⁰ Versammlungsfreiheit, verstanden „als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe“⁷¹, macht nur Sinn, wenn sie inhaltsneutral gewährleistet wird. Das Recht auf Versammlungsfreiheit ist ein zutiefst politisches Recht, aber kein Recht der Politik. Eine Versammlung ist keine Staatsveranstaltung, sondern muss „aus der Mitte der Gesellschaft initiiert werden“.⁷²

2. Versammlungsfreiheit im digitalen Raum als Alternative

So manches Gericht begründete die Interessenabwägung in Pandemiezeiten zu Lasten der Versammlungsfreiheit damit, dass „die Teilhabe am politischen Diskurs [...] jedenfalls für einen begrenzten Zeitraum auch auf anderem Weg, etwa über Social Media Kanäle etc., gewährleistet werden“ könne.⁷³ Das Bundesverwaltungsgericht hingegen befand, dass „andere Formen der Kommunikation“ die Sichtbarkeit von Versammlungen unter freiem Himmel und ihre Wirksamkeit für die Meinungsbildung „nur zum Teil“ ersetzen konnten.⁷⁴ Die Möglichkeit der digitalen Teilhabe an der politischen Willensbildung ist kein Argument für ihre generelle Verbannung aus dem physischen Raum.

Rechtlich ist gegenwärtig umstritten, ob Art. 8 GG auch den Schutz von Online-Versammlungen erfasst. Die wohl noch herrschende Auffassung verneint dies unter Verweis auf die fehlende Körperlichkeit und unterschiedliche grundrechtstypische Gefährdungslage [a)]. Doch mit Blick auf die Technikoffenheit [b)] und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes [c)] sprechen gewaltige Argumente für ein dynamisches Verständnis der Versammlungsfreiheit, die auch den online-Protest je nach konkreter Ausgestaltung im Einzelfall erfasst [d)].

⁶⁸ Vgl. auch zum Demokratieförderungsgesetz die Kritik bei *Ladeur*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, (19.10.2023) abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/faz-einspruch-gastbeitrag-von-karl-heinz-ladeur-zum-demokratiefoerderungsgesetz-19250164.html>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

⁶⁹ BVerfGE 20, 56 (99).

⁷⁰ BVerfGE 124, 300 (320); BVerfG, Beschl. v. 28.11.2022, 1 BvR 917/09, Rn. 18.

⁷¹ BVerfGE 69, 315 (345).

⁷² *Blanke*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 21.

⁷³ VG Dresden, Beschluss v. 30.3.2020, 6 L 212/20, Rn. 31; ebenso OVG Weimar, Beschl. v. 10.4.2020, 3 EN 248/20, ThürVBl. 2021, 280, Rn. 47: „In der Abwägung ist zudem zu berücksichtigen, dass sich Öffentlichkeit für eine – im Übrigen nicht eingeschränkte – gemeinsame Meinungskundgabe durch den Einsatz moderner digitaler Medien erzeugen lässt“.

⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 21.6.2023, 3 CN 1/22, juris, Rn. 45.

a) Fehlende Körperlichkeit

Die körperliche Zusammenkunft gilt nach herrschender Auffassung aus verfassungshistorischen Erwägungen als essentiell für die Versammlungsfreiheit.⁷⁵ Die physische Präsenz am Versammlungsort und das körperliche Zusammentreffen der Gleichgesinnten sei unabdingbar, um in der politischen Auseinandersetzung „Macht durch Masse“ zu erzeugen.⁷⁶ Die Versammlungsfreiheit wird deshalb auch plastisch und im Lichte sozialpsychologischer Erkenntnisse als „Argument des Körpers“⁷⁷ beschrieben. Demgegenüber fehle es bei virtuellen Zusammenkünften an der äußerlichen Wirkung sowie an der körperlichen „Kraft versammelter Masse“⁷⁸, die beeindruckend, aber auch bedrohend wirken kann. Auch entstehe keine emotionale Verbindung des Kollektivs, da keine unmittelbaren Austauschmöglichkeiten zwischen den Protestbeteiligten bestehen.⁷⁹ Art. 8 GG habe andere Gefahren im Blick als „virtuelle Versammlungen“.⁸⁰ Infolgedessen sei in Kauf zu nehmen, dass das der Online-Versammlung „inwohnende Spezifikum der Kollektivität grundrechtlich nicht abgebildet werden“ könne, sind doch Art. 5 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG jeweils individualbezogen.⁸¹

b) Technikoffenheit des Grundgesetzes

Dagegen bejaht eine zunehmend beachtliche Ansicht in der Literatur den Schutz virtueller Versammlung unter Verweis auf die Entwicklungsoffenheit des Grundgesetzes, die Schutzbedürftigkeit digitaler Zusammenkünfte sowie die technisierte Grundrechtsausübung.⁸² Die Offenheit des Versammlungsbegriffs schließt auch neuartige „Formen des Sich-Versammelns“ mit ein.⁸³ Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht die Körperlichkeit nicht generell als Versammlungsmerkmal bestimmt, sondern in „ihrer idealtypischen Ausformung“⁸⁴. Es besteht grundrechtlich kein Zwang, sich der objektiv idealen Form des Protests zu

⁷⁵ Schaks, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 115 Rn. 30; Sinder, NVwZ 2021, 103 (104); dies, in: Greve/Gwiasda/Kemper u. a. (Hrsg.), Der digitalisierte Staat, 2020, S. 223 (225 ff.) m. w. N.; Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 93. EL Okt. 2020, Art. 8 Rn. 3; Klöpfer, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 164 Rn. 10.

⁷⁶ Blanke, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 20.

⁷⁷ Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 93. EL Okt. 2020, Art. 8 Rn. 3 unter Verweis auf *Le Bon*, *Psychologie der Massen* [1895], 1973, S. 10 ff.; Sinder, NVwZ 2021, 103 ff.

⁷⁸ Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 93. EL Okt. 2020, Art. 8 Rn. 3.

⁷⁹ Wengenroth, *Zur Strafbarkeit von virtuellen Sit-Ins*, 2014, 75.

⁸⁰ Schaks, in: Stern/Sodan/Möstl, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 115 Rn. 30.

⁸¹ Sinder, NVwZ 2021, 103 (104).

⁸² Hebler/Berg, JA 2021, 969 (973); Welzel, MMR 2021, 220 (221 ff.); Eickenjäger/Fischer-Lescano: *Transnationalisierungen des Versammlungsrechts*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hrsg.), *Versammlungsrecht*, 2. Aufl. 2020, Rn. 33; Vogelsang, *Kommunikationsformen des Internetzeitalters*, 2017, 135; Kersten, JuS 2017, 193 (198); ders., *Schwarmdemokratie 2017*, 225 f.

⁸³ Kersten, *Schwarmdemokratie 2017*, 225 f.

⁸⁴ BVerfGE 69, 315 (345); 128, 226 (250); BVerfG, Beschl. v. 17.4.2020, 1 BvQ 37/20, Rn. 18; Beschl. v. 31.1.2022, 1 BvR 208/22, Rn. 5.

bedienen. Online-Versammlungen sind weder dem Wortlaut nach noch teleologisch betrachtet vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ausgeschlossen.

Es fällt auf, dass bei der rechtlichen Bewertung in der Literatur ein uneinheitliches Verständnis von digitalem Protest vorherrscht, von konzentrierten Denial-of-Service-Attacken (virtuelle Sit-ins⁸⁵) bis hin zu Social Bot-Armeen, Video-Livestreams, Chaträumen oder konzentrierten Hashtag-Aktionen.⁸⁶ Unter den Bedingungen des „Internets der Dinge“ und virtueller Realität können die digitale und analoge Welt auch ineinander übergehen. Die rechtswissenschaftliche Debatte entzündete sich vor allem an der Online-Blockadeaktion „Lufthansa goes offline“⁸⁷, bei der durch den öffentlichen Aufruf zu massenhaften Zugriffen die Internetseite eines Unternehmens gezielt lahmgelegt und der Server zum Absturz gebracht wurde (sog. virtuelle Sit-ins).⁸⁸ Der Fall veranlasste den Gesetzgeber zur Einführung des § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB (Computersabotage),⁸⁹ der ausdrücklich solche Formen der „Online-Demonstrationen“ verhindern soll.⁹⁰ Online-Demonstrationen, die von einer gemeinsamen Zweckverfolgung getragen sind und durch mehrere Personen gleichzeitig veranstaltet werden, indem beispielsweise unter Nutzung eines Hashtags (#) unter einem bestimmten Schlagwort Fotos oder Zitate zu einem bestimmten Anliegen öffentlich geteilt werden,⁹¹ können die Kriterien einer Versammlung nach Art. 8 GG durchaus erfüllen. Bei der Online-Versammlung stehen die Teilnehmer zwar in der Regel nicht in einem unmittelbaren kommunikativen Austausch, wohl aber handeln sie gleichförmig und synchron.⁹² Schließlich ist die digitale Netzwelt „auch nur Derivat von Akteuren aus Fleisch und Blut“⁹³ – nicht nur die Macht der bedrohlichen Masse, sondern vor allem die erzielte Aufmerksamkeit machen letztlich den Protest aus.⁹⁴ Betont wird ferner das „demokratiefördernde Potential“ und die Inklusivität des digitalen Raums aufgrund niedrigschwelliger Zugangsbarrieren.⁹⁵ Online-Protest sei zwar keiner identischen grundrechtsspezifischen Gefährdungslage ausgesetzt wie terrestrische Versammlungen. Doch zum einen ist ein Grundrecht nicht von seinen Eingriffsmöglichkeiten her zu definieren, sondern auf die eigenen Schutzbedürfnisse im digitalen Raum einzugehen.⁹⁶ Zum anderen liegt eine durchaus ähnliche grundrechtstypische Gefährdungslage vor: So stellen sich Fragen der Friedlichkeit (bei

⁸⁵ Zum Phänomen *Kersten*, Schwarmdemokratie, 2017, S. 218; *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366.

⁸⁶ Differenzierend auch *Hebeler/Berg*, JA 2021, 969 (972); weitere Beispiele bei *Welzel*, MMR 2021, 220 (221).

⁸⁷ Eine strafbare Nötigung annehmend AG Frankfurt am Main, Urt. v. 1.7.2005, K&R 2005, 472; zust. *Kraft/Meister*, K&R 2005, 458; dagegen OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.5.2005, MMR 2006, 547 ff.

⁸⁸ Den Schutz nach Art. 8 GG insofern verneinend *Möhlen*, MMR 2013, 221; *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366; *Klutzy*, RDV 2006, 50 (51); *Hebeler/Berg*, JA 2021, 969 (972); bejahend *Kersten*, JuS 2017, 193 (200); *Akbarian*, KJ 2020, 225 (234).

⁸⁹ BGBl. I 2007, 1786.

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 16/5448, 6; vertiefend *Wengenroth*, Zur Strafbarkeit von virtuellen Sit-Ins, 2014, 27 ff.

⁹¹ Beispielsweise zu einem aktuellen Kriegsgeschehen oder die Aktion #MeTwo (Alltagsrassismus).

⁹² *Welzel*, MMR 2021, 220 (224); *Kersten*, Schwarmdemokratie 2017, 225 f.

⁹³ *Gänditz*, Der Staat 54 (2015), 113 (117).

⁹⁴ *Welzel*, MMR 2021, 220 (224).

⁹⁵ *Akbarian*, KJ 2020, 225 (234).

⁹⁶ *Akbarian*, KJ 2020, 225 (234).

„Shitstorms“ eher zu verneinen) oder der staatlichen Überwachungseingriffe wie im analogen Raum.⁹⁷ Die Meinungsfreiheit deckt diese kollektiven Formen der Entfaltung nicht hinreichend ab und schützt Versammlungsformen jenseits der physischen Zusammenkunft hinreichend. Schließlich kann Art. 8 GG gegenüber informatorischen Grundrechtseingriffen und Überwachungsmaßnahmen im digitalen Raum schutzverstärkend wirken.⁹⁸ Dies deckt sich mit dem originären Schutzzweck des Datenschutzes bzw. der informationellen Selbstbestimmung, nicht nur personenbezogene Daten um ihrer selbst willen gegen Verarbeitung zu immunisieren, sondern die datengestützte Freiheitsausübung zu ermöglichen.⁹⁹

c) Völkerrechtsfreundliche Grundgesetzauslegung

Der Schutz von Online-Versammlungen ist auch im Einklang mit dem Völkerrecht. Art. 21 IPbPR erfasst nach dem General Comment des UN-Menschenrechtsausschusses auch „remote participation in, and organization of, assemblies, for example online“.¹⁰⁰ Wiederholt stellte der vom UN-Menschenrechtsrat beauftragte UN-Sonderberichterstatler für die Freiheit zur friedlichen Versammlung fest, dass „although an assembly has generally been understood as a physical gathering of people, human rights protections, including for freedom of assembly, may apply to analogous interactions taking place online“.¹⁰¹ Schon seit Jahren verweist er, dass der virtuelle Raum insbesondere dann an Bedeutung gewinne, wenn Individuen in der analogen Welt eingeschränkt werden. Online-Aktivismus dürfe nicht unter dem Vorwand der Bekämpfung von Cyberkriminalität eingeschüchtert werden. Digitale Technologien sind deshalb besonders für unterdrückte oder marginalisierte Gruppen entscheidend, die im physischen Raum auf Restriktionen stoßen.¹⁰² Er fordert wiederholt, dass das Recht auf Versammlungsfreiheit online jederzeit – auch in Zeiten des Notstands oder Ausnahmezustands – respektiert und geschützt werden müsse.¹⁰³ Der virtuelle Raum ist nicht nur für die Organisation analoger Versammlungen entscheidend, sondern ein Ort, an dem die Versammlungsfreiheit aktiv ausgeübt werden könne.¹⁰⁴ Digitale

⁹⁷ Eickenjäger/Fischer-Lescano in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hrsg.), Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 33; Kersten, JuS 2017, 193 (198) zur besonderen politischen Verwundbarkeit auch im virtuellen Raum.

⁹⁸ Akbarian, KJ 2020, 225 (234).

⁹⁹ Sandhu, Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht, 2021, 120 f. m. w. N.

¹⁰⁰ UN Human Rights Committee, General comment No. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21), 17.9.2020, CCPR/C/GC/37, Rn. 13.

¹⁰¹ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur, 17.5.2019, A/HRC/41/41, Rn. 11; UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur, 27.4.2015, A/HRC/29/25/Add.1, Rn. 34.

¹⁰² UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur, 17.5.2019, A/HRC/41/41, Rn. 11.

¹⁰³ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur, 16.5.2022, UN Doc. A/HRC/50/42, Rn. 56 f.; UN Human Rights Council, Resolution on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association, 27.9.2012, A/HRC/21/L.25.

¹⁰⁴ UN Human Rights Committee, Report of the Special Rapporteur, 17.5.2019, A/HRC/41/41, Rn. 11; UN Human Rights Committee, Report of the Special Rapporteur, 21.5.2012, A/HRC/20/27, Rn. 32.

Technologien haben eine entscheidende Ermöglichungsfunktion. Auch der Europarat mahnte den Schutz der Versammlungsfreiheit offline und online an.¹⁰⁵ Das Internet und insbesondere soziale Netzwerke sind danach grundlegend für die freie Entfaltung der Versammlungsfreiheit. Die Blockade digitaler Inhalte, Entscheidungen über die Sperrung, Löschung oder Entfernung von Online-Inhalten müsse durch ein Gericht oder eine von politischen, wirtschaftlichen oder sonstigen unsachgemäßen Einflüssen unabhängige Stelle getroffen werden.¹⁰⁶ Die Überwachung des digitalen Raums ist danach auch eine Gefährdung der Versammlungsfreiheit.

d) Zwischenfazit

Die Versammlungsfreiheit als das Mittel demokratischer Teilhabe für die Bürgerinnen und Bürger und „als Fundamentalnorm einer demokratischen Gesellschaft“¹⁰⁷ gilt nicht nur für die analoge Welt, sondern auch online. Dort entfaltet sie ihren Schutz als Abwehrrecht und ihre Funktion als „Mittel zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess“¹⁰⁸. Gleichzeitig enthält die Versammlungsfreiheit einen Schutzauftrag an den Staat, der die Realisierung des Grundrechts ermöglichen muss.¹⁰⁹ Für den digitalen Raum bedeutet dies die Gewährleistung der Online-Öffentlichkeit als transparenten, neutralen, zugänglichen und demokratischen Raum. Das Versammlungsrecht gilt als „die Luftröhre der Demokratie“, auf das vor allem die Machtlosen zum Atmen angewiesen sind.¹¹⁰ Die Flucht in den digitalen Raum ist oftmals ein Reflex der Machtlosen und politisch Sprachlosen.¹¹¹ Auf das Grundrecht können sich gemeinschaftliche Kundgaben ungeachtet der inhaltlichen Gefälligkeit oder „gesellschaftlichen Wünschbarkeit“¹¹² ihres Anliegens berufen. Die Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sind „aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen und finden darin unverändert ihre Bedeutung“.¹¹³ Sie haben

¹⁰⁵ Committee of Ministers, Recommendation on the Roles and Responsibilities of Internet Intermediaries, CM/Rec(2018)2, 7.3.2018, Preamble, Ziff.1; vgl. auch *Eickenjäger/Fischer-Lescano* in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hrsg.), Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 33; *Welzel*, MMR 2021, 220 (223 f.).

¹⁰⁶ UN Human Rights Committee, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 16.5.2011, A/HRC/17/27, Rn. 70; UN Human Rights Committee, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, 21.5.2012, A/HRC/20/27, Rn. 32.

¹⁰⁷ *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777 (2778).

¹⁰⁸ BVerfGE 69, 315 (369); *Kaiser*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 22–24.

¹⁰⁹ *Schenke*, in: Hanschel/Kielmannsegg/Kischel u. a. (Hrsg.), Mensch und Recht, FS Riedel, 2013, 473 (499 f.).

¹¹⁰ Zitat des Politologen *Wolf-Dieter Narr*, zitiert bei *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777 (2778 f.); vgl. auch *Bayer/Burghardt/Geneuss/Höfpler u. a.*, Frankfurter Allgemeine Zeitung (29.11.2023) „Stachel gegenüber einer Kopf-in-den-Sand-Mentalität der Mehrheit“ abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/warum-es-falsch-ist-klimaprotest-und-seenotrettung-zu-kriminalisieren-19348547.html>. Letzter Zugriff am 25.1.24.

¹¹¹ Vgl. *Nachtwey/Schäfer/Frei*, Politische Soziologie der Corona-Protteste, 2020.

¹¹² *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777 (2779).

¹¹³ Vgl. BVerfGE 93, 266 (291); BVerfG, Beschluss v. 29.7.1998, 1 BvR 287/93, NJW 1999, 204 (205); Beschluss v. 6.6.2007, 1 BvR 1423/07, Rn. 28.

insofern eine „stabilisierende Funktion“, als sie die öffentliche Kundgabe von Unmut, Kritik und Unzufriedenheit gestatten und insofern die Politik im Sinne eines „Frühwarnsystems“ auf notwendige Kurskorrekturen aufmerksam machen.¹¹⁴ Dies gilt auch für den (anonymen) politischen Online-Aktivismus, der mit der Verlagerung auch der politischen Kommunikation in die digitale Sphäre Teil des notwendigen demokratischen Diskurses ist.¹¹⁵ Eine konstruierte „kollektive Netzentität“¹¹⁶, die zum Schutz des Vertrauens in die Internetkommunikation vor vermeintlich gefährlicher Rede bewahrt werden müsse, kann dem individuellen Grundrechtsträger nicht pauschal entgegengehalten werden. Vor diesem Hintergrund ist die Moderation der Inhalte durch Plattformregulierung nachfolgend kritisch zu beleuchten.

3. Digitaler Protest und vorwirkender Grundrechtsschutz

Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit ist in zeitlicher Hinsicht nicht nur auf die Durchführung der Versammlung selbst beschränkt, sondern schützt bereits im Vorfeld für die Versammlungsteilnahme erforderliche Aktivitäten.¹¹⁷ Die Versammlungsfreiheit soll dadurch nicht durch staatliche Vorfeldmaßnahmen ausgehöhlt werden können.¹¹⁸ Eingriffe auf dieser Ebene können auf potenzielle Versammlungsteilnehmer eine abschreckende Wirkung entfalten. Dies gilt insbesondere, wenn mit den Maßnahmen „der Anschein eines kriminellen Verhaltens“ erweckt wird, beispielsweise durch Personenkontrollen, Datenabgleiche, Observation, Datenspeicherungen oder Videoüberwachungen des Veranstalters und potenzieller Teilnehmer.¹¹⁹ Ein Rückgriff auf polizeirechtliche Befugnisse für solche Vorfeldmaßnahmen ist zwar nach der Rechtsprechung nicht generell ausgeschlossen,¹²⁰ erfordert jedoch eine unmittelbare Gefahr für hinreichend gewichtige Schutzgüter. Eine Ausweitung des Vorfeldschutzes der Versammlungsfreiheit auf Online-Protestaktionen trägt dem Umstand Rechnung, dass unter den Bedingungen der Digitalisierung nicht der Rückzug in den virtuellen Raum, sondern „das enge Zusammenspiel von Online-Mobilisierung und Offline-Demonstration“ die Protestkultur der Digital Natives prägt.¹²¹

Die sozialen Netzwerke ersetzen den realen Protest nicht, vielmehr wird die Vermittlung und Verbreitung im digitalen Raum zu einem Verstärker örtlicher Ereignis-

¹¹⁴ Kersten, JuS 2017, 193 (201).

¹¹⁵ Kersten, JuS 2017, 193 (201).

¹¹⁶ Gärditz, Der Staat 54 (2015), 113 (132).

¹¹⁷ BVerfGE 69, 315 (349); 84, 203 (209); BVerwG, Urt. v. 25.10.2017, 6 C 46/16, NJW 2018, 716 (719 Rn. 27 ff.); OVG Hamburg, Urt. v. 1.3.2023, 4 Bf 221/20, juris, Rn. 136 m. w. N.

¹¹⁸ BVerfGE 84, 203 (209); Wittmann, in: Ridder/Breitbach/Deisenroth, Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2020, § 15 VersammG Rn. 48.

¹¹⁹ Deisenroth/Kutscha, in: Ridder/Breitbach/Deisenroth, Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2020, Art. 8 GG Rn. 136.

¹²⁰ BVerfGE 129, 142 (142); dagegen überzeugend Deisenroth/Kutscha, in: Ridder/Breitbach/Deisenroth, Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2020, Art. 8 GG Rn. 137; Wittmann, in: Ridder/Breitbach/Deisenroth, Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2020, § 15 VersammG Rn. 47.

¹²¹ Höfler, „Der Tahrir-Platz ist jetzt unser Facebook“ – die Stadt als Protestraum in Zeiten sozialer Netzwerke, Informationen zur Raumentwicklung 2/2014, 95.

nisse. Lokale Proteste werden zu „transnationalen oder globalen Demonstrationen“.¹²² Digitaler Protest braucht also physischen Raum, er ersetzt ihn nicht. Unterdrückter physischer Protest braucht umgekehrt digitalen Raum, freien Zugang zu sozialen Netzwerken und mobile Endgeräte. Die Wahrnehmung der Kommunikationsfreiheiten unterliegt mit der Verlagerung in den digitalen Raum zunehmend der Herrschaftsmacht der Gatekeeper. Sie bestimmen sowohl technisch als auch inhaltlich über die Zulässigkeit und Grenzen von digitalem Protest. Insofern liegt ihre Regulierung auch im Interesse der Nutzer. Doch Löschpflichten und Inhaftierung können auch die Versammlungsfreiheit der Nutzer nachteilig beeinträchtigen.

III. Die Zählung des digitalen Raums

1. Demokratierelevanz des digitalen Raums

Bei der Plattformregulierung dominiert oftmals ein distanziert-problemorientierter Blick auf soziale Netzwerke, insbesondere unter dem Aspekt der „Hassrede“, der Enttabuisierung extremistischer Positionen, der Filterblasen sowie der Radikalisierung des gesellschaftlichen Diskurses.¹²³ Das Bewusstsein dafür, dass es keine rechtsfreien Räume sind, geht im Schatten der Anonymität¹²⁴ und angesichts der fehlenden Unmittelbarkeit durchaus schneller verloren als in der realen Welt. Das Bundesverfassungsgericht betont mittlerweile auch, dass „insbesondere unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch ‚soziale Netzwerke‘ im Internet ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgern und Politikern über die Bedeutung für die jeweils Betroffenen hinaus auch im öffentlichen Interesse“ liegt.¹²⁵ Es kann deshalb in der Abwägung mit der Meinungsfreiheit auch im Angesicht der legitimen Machtkritik das Gewicht der Persönlichkeitsrechte betroffener Politiker verstärken. Plattformregulierung ist insofern auch im Dienst der Demokratie: „Denn eine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft kann nur erwartet werden, wenn für diejenigen, die sich engagieren und öffentlich einbringen, ein hinreichender Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte gewährleistet ist“.¹²⁶ Wenn praktisch jedermann ungefiltert eine massenmediale Reichweite und unbegrenzte Amplifikationsmöglichkeiten hat, sind Desinformations- und Hasskampagnen durchaus demokratiegefährdend.¹²⁷ Der DSA identifiziert diese „systemischen Risiken“ für die Ge-

¹²² Höfler, „Der Tahrir-Platz ist jetzt unser Facebook“ – die Stadt als Protestraum in Zeiten sozialer Netzwerke, Informationen zur Raumentwicklung 2/2014, 95 f.

¹²³ Vgl. nur die Gesetzesbegründung zum NetzDG, BT-Drs. 18/12356; Struck/Müller/Mischler/Wagner, Krim OJ 2 (2020), 310 (312 ff.); zur ambivalenten Öffentlichkeit des Internets Geminn, Deus ex machina?, 2023, 377 ff.

¹²⁴ Vgl. zur enthemmten Sprache online Temmuz Oğlakcioğlu, Strafbare Sprechakte, 2023, 605.

¹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020, 1 BvR 2397/19, Rn. 32.

¹²⁶ BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020, 1 BvR 2397/19, Rn. 32; vgl. LG Frankfurt a. M., Urt. v. 8.4.2022, 2–03 O 188/21; OLG Frankfurt, Urt. V. 25.1.2024, 16U 65/22 (Fall Künast).

¹²⁷ Eifert, Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerichtetes Recht, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter. Instrumente und Instrumentenvergleich, 2021, 189 (192 f.); Jung, DÖV 2023, 141 (144) am Beispiel des brasilianischen Präsidentschaftswahlkampfes 2018.

sellschaft in Art. 34 Abs. 1 lit. a–d DSA, die die Anbieter sehr großer Online-Plattformen und sehr großer Online-Suchmaschinen in den Blick zu nehmen haben.

Soziale Medien sind aber nicht nur demokratiegefährdende Nischenräume radikaler Menschenfeinde, genauso wenig wie öffentliche Straßen auf Orte der Alltagskriminalität reduziert werden dürfen. Die digitalen Entfaltungsmöglichkeiten sind vielmehr als „demokratischer Mehrwert“¹²⁸ zu betrachten, da sie gesamtgesellschaftlich neue, egalitäre Möglichkeiten politischer Partizipation eröffnen. Online-Netzwerke sind Orte der Kommunikation, des zivilen Protests und der politischen Willensbildung, aber auch Informationsquelle. So verlagern auch journalistisch-redaktionelle Medien ihr Angebot in den digitalen Raum. Bei der Inpflichtnahme von Anbietern digitaler Dienste ist Vorsicht geboten. Denn: „Der freiheitliche Zauber digitaler Vernetzung liegt gerade darin, das elitäre Korsett einer objektivierten Kommunikationsordnung aufzubrechen“.¹²⁹

2. Disziplinierung des digitalen Diskurses durch den DSA

a) Risikominimierung

Der DSA erlegt den Anbietern von Vermittlungsdiensten je nach Kategorie, die sich nach der Art, Größe und Funktion des Dienstes bestimmen, unterschiedliche Sorgfaltspflichten auf („Pyramiden-Modell“).¹³⁰ Für Online-Plattformen als Unterkategorie der Hosting-Dienste differenziert der DSA zwischen normalen und sehr großen Online-Plattformen sowie sehr großen Online-Suchmaschinen. Für letztere gelten ergänzend zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten die erhöhten Risikobewertungs- und Transparenzpflichten der Art. 33 ff. DSA.¹³¹ Bei der Risikobewertung haben die sehr großen Online-Plattformen quasi im hoheitlichen Auftrag „alle systemischen Risiken“ zu analysieren, zu denen nicht nur die Verbreitung rechtswidriger Inhalte und nachteilige Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung, sondern „alle tatsächlichen und absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte und auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit“ (Art. 34 Abs. 1 lit. c DSA) zählen. Damit ist insbesondere die Gefahr der Desinformation gemeint. Online-Plattformen werden so im Allgemeininteresse der Sicherung von demokratischer Diskursvielfalt in die Pflicht genommen.¹³²

¹²⁸ Gärditz, *Der Staat* 54 (2015), 113 (132 ff.); Kersten, *JuS* 2017, 193 ff.

¹²⁹ Gärditz, *Der Staat* 54 (2015), 113 (132), dort auch krit. zum „paternalistische[n] Volksversorgungsauftrag“ der Rundfunkverfassung.

¹³⁰ Steinrötter/Schauer, in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 2023, § 2 Rn. 19 ff.; Hofmann/Raue, in: dies. (Hrsg.), *Digital Services Act*, 2023, Einl. Rn. 4.

¹³¹ Steinrötter/Schauer, in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 2023, § 2 Rn. 23.

¹³² Vgl. Jung, *DÖV* 2023, 141–150; Husovec, in: van Hoboken/Quintais/Appelman u. a. (Hrsg.), *Putting the DSA into Practice*, *Verfassungsbooks*, 2023, S. 19 ff.

b) Moderation der Inhalte

Als „rechtswidrige Inhalte“ werden „alle Informationen, die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit, einschließlich des Verkaufs von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften“ (Art. 3 lit. h DSA) legaldefiniert. Dieser Begriff ist ausweislich Erwägungsgrund 12 „weit gefasst“ und bezieht sich auf Informationen „unabhängig von ihrer Form“, beispielsweise „rechtswidrige Hassrede, terroristische Inhalte oder rechtswidrige diskriminierende Inhalte“. „Hassrede“¹³³ und „Terrorismus“ sind primär politisch-wertende Begriffe, die oftmals in der Freund-Feind-Dichotomie verhaftet sind,¹³⁴ nicht aber Rechtsbegriffe, für die eine allgemeingültige Definition besteht.¹³⁵ Mit unbestimmten Konzepten wie Desinformation und Hassrede verwischen die Grenzen zwischen nicht erweislich wahren, bloß politisch unbequemen und klar rechtswidrigen Äußerungen.¹³⁶ „Hassrede“ wird im deutschen Rechtskontext als Oberbegriff für Äußerungsdelikte, Volksverhetzung oder die strafbare Billigung von Gewalt verwendet.¹³⁷ Die Betreiber sozialer Netzwerke orientieren sich in ihren Nutzungsstandards an Empfehlungen von Experten der Technologie, der öffentlichen Sicherheit und im Bereich Menschenrechte, und sanktionieren oftmals bereits sogenannte „toxische Rede“. Gemäß der Hassrede-Richtlinie von Meta oder X, umfasst der Begriff direkte Angriffe auf Personen – nicht auf Konzepte oder Institutionen – aufgrund geschützter Eigenschaften, die über grundrechtliche Diskriminierungsverbote hinausgehen und beispielsweise „Kaste“ oder „ernsthafte Erkrankung“ erfassen.¹³⁸ Angriffe werden definiert als „gewalttätige oder menschenverachtende Sprache, schädliche Stereotypisierung, Aussagen über Minderwertigkeit, Ausdrücke der Verachtung, der Abscheu oder Ablehnung, Beschimpfungen oder Aufrufe, Personen auszugrenzen oder zu isolieren“.¹³⁹

¹³³ Zur Mehrdeutigkeit des Konzepts näher *Paasch-Colberg/Strippel*, *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 35 (2022), 382 (383 ff.); zum Verständnis in der kritischen Rechtstheorie *Matsuda*, *Michigan Law Review* 87 (8), 2320 (2320 ff.) mit einem Fokus auf Diskriminierung und Machtungleichheiten; Überblick bei *Geminn*, *Deus ex machina?*, 2023, 389 ff.

¹³⁴ Hierzu grundlegend die Beiträge bei *Kulick/Goldhammer* (Hrsg.), *Der Terrorist als Feind?*, 2020; vgl. auch *Geminn*, *Deus ex machina?*, 2023, 382 ff.

¹³⁵ S. zum Begriff „terroristische Inhalte“ Art. 2 Nr. 7 VO (EU) 2021/784 v. 29.4.2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABl. L 172/79; s. aber die mittlerweile (vgl. noch im Fall der Schleyer-Entführung BVerfGE 46, 160 (165): „terroristische Erpressungen“ und „Terroristen“) vorsichtigere Terminologie des BVerfG, das bspw. von „qualifizierten Straftaten des internationalen Terrorismus“ spricht, BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, Rn. 167; zum Begriff der „terroristischen Gefahr“ und zur „definitorischen Unschärfe des Terrorismusbegriffs“, BVerfGE 164, 317 (327, Rn. 31) m. w. N.

¹³⁶ Vgl. *Hermstrüwer*, *Wahrheit als Regelungsproblem*, in: ders./Lüdemann (Hrsg.), *Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter. Instrumente und Instrumentenvergleich*, 2021, 149 (156 ff.).

¹³⁷ Eingehend *Temmuz Oğlakcioğlu*, *Strafbare Sprechakte*, 2023, 424 ff., 574 ff., 591 ff.

¹³⁸ <https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/hate-speech/>. Letzter Zugriff am 18.1.24; zu diesen OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.2.2019, 6 W 81/18; <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

¹³⁹ <https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/hate-speech/>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

Nimmt man diesen Begriff ernst, dürften so manche Parteitagsveranstaltungen ebenso wenig online geteilt werden, wie Aufrufe zur Ausgrenzung Ungeimpfter, die während der Pandemie im Namen der Solidarität allgegenwärtig waren. Der Begriff der „rechtswidrigen Inhalte“ orientiert sich indes nicht an den Nutzungsbedingungen der marktmächtigen sozialen Netzwerke, sondern ist als unionsrechtlich autonomer Begriff eigenständig auszulegen. Mangels Unionskompetenz für das materielle Strafrecht fehlen taugliche Definitionsansätze auf europäischer Ebene, die einen einheitlichen Vollzug gewährleisten würden. Diesem Problem sahen sich auch die Vorratsdatenspeicherungs- oder die PNR-Richtlinie ausgesetzt, wo der Begriff der „schweren Straftaten“ bzw. „schwere Kriminalität“ höchst unbestimmt war, zugleich aber eingriffssintensive Maßnahmen rechtfertigen sollten.¹⁴⁰ Wie auch bei diesen Instrumenten aus dem Sicherheitsrecht, überlässt der DSA die nähere Bestimmung dessen, was „rechtswidrige Inhalte“ sind, den Mitgliedstaaten.¹⁴¹ Er knüpft im Unterschied zu § 1 Abs. 3 NetzDG insbesondere nicht an bestimmte Straftatbestände an und ist insofern weiter.¹⁴² Eine präzise Definition findet sich auch im Gesetz zur Umsetzung des DSA, das noch in der Ausschussberatung ist (DDG-E), nicht. Die Definition des § 1 Abs. 3 NetzDG bleibt zwar erhalten, gilt jedoch ausdrücklich nur im verbliebenen schmalen Anwendungsbereich des NetzDG.¹⁴³

Nicht jeder schädliche Inhalt verdient das Verdikt der Rechtswidrigkeit. Auf den Begriff „Desinformation“ oder „Fake News“ rekurriert der Unionsgesetzgeber für die Bestimmung des Anwendungsbereichs nicht, sie unterfallen auch nicht ohne Weiteres dem Begriff der rechtswidrigen Inhalte.¹⁴⁴ Auch die Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht oder Verstöße gegen den Pressekodex unterfallen nicht prinzipiell dem Begriff des „rechtswidrigen Inhalts“. Das Internet wird vor allem deshalb oft als demokratie- und friedensgefährdender Ort gesehen, weil es die weltweite Verbreitung von Falschnachrichten oder „deep fakes“ durch Vortäuschen von Seriosität ermöglicht, und selbst nachträgliche Richtigstellungen sich nicht mehr gleichermaßen durchsetzen. Diesen, nicht rechtswidrigen, aber durchaus schädlichen Inhalt können Anbieter jedoch durch ihre Nutzungsbedingungen sanktionieren („harmful content“).¹⁴⁵ Die Selbstregulierung in Gestalt von Gemeinschaftsrichtlinien tritt insofern neben die zivil- und medienrechtlichen Instrumente¹⁴⁶ – diese weitere Beschränkungsmöglichkeit von Nutzerinhalten ist Ausdruck der unternehmerischen Freiheit (vgl. Art. 14 DSA). Sie verpflichtet jedoch zur (un)mittelbaren Berücksichtigung der Grundrechte der Nutzer. Damit setzt sich das Verständnis der

¹⁴⁰ Krit. zur europäischen Staatsaufgabe Sicherheit *Peuker*, EuR 2023, 535 (536) m. w. N.; zur divergierenden mitgliedstaatlichen Umsetzung der VDS-RL *Sandhu*, EuR 2017, 453; zum weiten Straftatbegriff der PNR-RL *Sandhu*, EuZW 2022, 716 (716f.).

¹⁴¹ *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 (119); *Ukrow*, Impulse aus dem EMR – Die Vorschläge der EU-Kommission für einen Digital Services Act und einen Digital Markets Act, 2021, 27.

¹⁴² *Nölscher*, „Fake News“ in der Online-Kommunikation, Diss. 2023, 328; *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 (119); *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (634).

¹⁴³ BR-Drs. 676/23, 107.

¹⁴⁴ Vgl. bereits *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 (119) zur problematischen Strafbarkeit von Fake News; eingehend zu Versuchen der Begriffsschärfung *Geminn*, Deus ex machina?, 2023, 384ff.

¹⁴⁵ *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 (119).

¹⁴⁶ *Nölscher*, „Fake News“ in der Online-Kommunikation, Diss. 2023, 276ff.

Diskurswächter als situativ grundrechtsgebundene staatsgleiche Machtakteure¹⁴⁷ unionsweit durch.

c) Melde- und Überwachungspflichten

Den Anbietern digitaler Dienste auferlegte Melde- und Übermittlungspflichten an das BKA in seiner Funktion als Zentralstelle, die die Meldungen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weiterleitet (§ 13 DDG-E i. V. m. Art. 18 DSA), stellen eine Indienstnahme Privater für unternehmensfremde Zwecke dar, die in die unternehmerische Freiheit eingreift. Die Meldepflicht greift bereits, wenn der Verdacht besteht, dass eine Straftat „begangen werden könnte“ und liegt damit unterhalb der Schwelle des Anfangsverdachts (§ 152 StPO).¹⁴⁸ Angesichts ihrer bedenklichen Weite kann sie für die Nutzer Einschüchterungseffekte haben, zumal die Nichteinhaltung für die Diensteanbieter bußgeldbewehrt ist.¹⁴⁹ Die zu übermittelnden Informationen präzisiert der DSA nicht. Die Gesetzesbegründung zum DDG-E erwähnt lediglich beispielhaft die IP-Adresse und Portnummer, Nutzernamen, E-Mail-Adresse oder Telefonnummer und bei Bedarf die jeweiligen Inhalte (vgl. bisher § 3a Abs. 4 NetzDG).¹⁵⁰ Es fehlt aber eine Aufzählung meldepflichtiger Straftaten. Stattdessen verweist der Entwurf des DDG auf Straftaten, „die eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person oder Personen darstellt“, wozu beispielsweise die „Aufstachelung zum Terrorismus“ (Art. 21 Richtlinie (EU) 2017/541) gehöre. Es ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber trotz seiner Kompetenz für das materielle Strafrecht insofern das Schutzniveau des NetzDG absenkt und sich mit einer höchst unbestimmten Umschreibung begnügt. Dies begegnet enormen verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick auf die Rechtsicherheit.¹⁵¹

3. Indienstnahme in Krisenzeiten

Im Krisenfall kann die Kommission sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen dazu auffordern, gezielte, wirksame und verhältnismäßige Maßnahmen zu ergreifen, um Beiträge zu schwerwiegenden Bedrohungen zu verhindern (Art. 36 DSA). Zu diesen Risikominderungsmaßnahmen zählen nach Art. 35 Abs. 1 DSA die Anpassung der Funktionsweise ihrer Dienste, ihrer Nutzungsbedingungen, der Verfahren zur Moderation von Inhalten (auch in Bezug auf die Geschwindigkeit der Sperrung und Beseitigung von Inhalten) oder die Anpassung ihrer Werbesysteme. Konkret kann dies bedeuten, die algorithmischen Systeme (insb. der Empfehlungssysteme) anzupassen, die Sichtbarkeit bestimmter Nutzerkonten einzuschränken oder eine strengere Inhaltmoderation vorzunehmen, wobei die Auswahl der Maßnah-

¹⁴⁷ Zum Begriff *Michtl*, JZ 2018, 910; zu den Machtasymmetrien im Verhältnis der IT-Unternehmen zu den Bürgern bereits *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1010).

¹⁴⁸ *Raue*, in: Hofmann/Raue, DSA-Kommentar, 2023, Art. 18 Rn. 11.

¹⁴⁹ *Raue*, in: Hofmann/Raue, DSA-Kommentar, 2023, Art. 18 Rn. 11.

¹⁵⁰ BR-Drs. 676/23, 78.

¹⁵¹ Zur Unbestimmtheit auch *Raue*, in: Hofmann/Raue, DSA-Kommentar, 2023, Art. 18 Rn. 13.

men den Online-Plattformen selbst obliegt.¹⁵² Plattformen können im Wege der freiwilligen Selbstverpflichtung Krisenprotokolle erstellen (Art. 48 Abs. 2 DSA). Als Krise gilt im Rahmen von Art. 36 Abs. 2 DSA der Eintritt außergewöhnlicher Umstände, die zu einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit in der Union oder in wesentlichen Teilen der Union führen können. Als Krisenfälle gelten bewaffnete Konflikte oder terroristische Handlungen, Naturkatastrophen und Pandemien (ErwG 91 S. 3 DSA). Der Krisenreaktionsmechanismus ist als Reaktion auf den Ukrainekrieg und die Corona-Pandemie kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden.¹⁵³

Wie Plattformen in Krisenzeiten ermahnt werden könnten, zeigen die über den Kurznachrichtendienst X veröffentlichten Verbalnoten des EU-Binnenmarktkommissars Breton vom Oktober 2023 an Meta, X, TikTok und Youtube, in denen er seine Sorge über den Anstieg „illegaler Inhalte und Desinformation“ in der EU anlässlich der Hamas-Attacke auf Israel vom 7. Oktober 2023 ausdrückte und die Plattformen zur Entfernung rechtswidriger Inhalte und zur Ergreifung risikomindernder Maßnahmen zur Vermeidung von Desinformation nach dem DSA aufforderte.¹⁵⁴ Er stellte den Plattformen hierfür eine Frist von 24 Stunden. Zwar stützte er sich nicht ausdrücklich auf die Aufsichtsbefugnisse nach dem Krisenreaktionsmechanismus. Wohl aber prangerte er vor allem die Verletzung der im Krisenfall besonders sorgsam vorzunehmende Risikobewertung und -minderung nach Art. 34f. DSA an. Kritikwürdig ist indes die Praxis, diese „dringenden Briefe“ allein über den Kurznachrichtendienst X zu verbreiten. Zahlreiche Digital Rights Organisationen bemängelten daraufhin in einem offenen Brief an den Kommissar die Gleichsetzung von „illegalen Inhalten“ mit dem vagen Begriff der „Desinformation“.¹⁵⁵ Sie kritisierten ferner, dass in den Schreiben zu sofortiger Löschung aufgefordert wird, während der DSA zunächst Sorgfaltspflichten auferlegt und eine Erfüllung in so kurzer Frist willkürlichen Lösungsentscheidungen Vorschub leistet. Das Vorgehen bot jedenfalls einen Vorgeschmack auf die Befugnisse des Kommissars im Krisenfall.

¹⁵² Vgl. *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 (121).

¹⁵³ *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 (121).

¹⁵⁴ Breton, Schreiben an Mark Zuckerberg vom 11.10.2023, abrufbar unter <https://twitter.com/ThierryBreton/status/1711808891757944866>; Schreiben an Elon Musk vom 10.10.2023, abrufbar unter <https://twitter.com/ThierryBreton/status/1711808891757944866>; Schreiben an den TikTok-CEO Shou Zi Chew vom 12.10.2023, abrufbar unter <https://twitter.com/thierrybreton/status/1712472108222329056?s=46&t=Y-CDvNYEVAdPCdphstKdGQ>; Schreiben an den YouTube CEO Sundar Pichai vom 13.10.2023, abrufbar unter https://twitter.com/ThierryBreton/status/1712866215591379259?t=fm_M-y9Wps04WvK5iAYWXg&s=09. Letzter Zugriff jeweils am 18.1.24.

¹⁵⁵ <https://www.accessnow.org/press-release/precise-interpretation-of-dsa-matters-in-gaza-and-israel/>. Letzter Zugriff am 10.3.2024.

4. Horizontalisierung der Grundrechte

Der Begriff des „öffentlichen Raums“ unterliegt einem ständigen Wandel,¹⁵⁶ der zu Modifikationen im klassischen Grundrechtsbindungsmodell führt.¹⁵⁷ Von der Agora in der Antike bis hin zum zersplitterten Raum der digitalen Netzwerköffentlichkeit. Entscheidend für die Anwendbarkeit der Grundrechte im privaten Raum ist nach der Fraport-Doktrin, dass in einem Ort der kommunikative Verkehr eröffnet ist: „aus-schlaggebend ist die tatsächliche Bereitstellung des Ortes und ob nach diesen Um-ständen ein allgemeines öffentliches Forum eröffnet ist“.¹⁵⁸ Gemäß Art. 14 Abs. 4 DSA müssen die Anbieter von Vermittlungsdiensten bei der Durchsetzung ihrer All-gemeinen Geschäftsbedingungen „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorge-hen und dabei insbesondere die Meinungsfreiheit, die Freiheit und den Pluralismus der Medien sowie andere Grundrechte der Nutzer zu berücksichtigen.

Die heikle Frage der Abwägung von Meinungs-, Kunst-, Presse- und Informati-onsfreiheit mit dem Schutz der Persönlichkeitsrechte sowie mit öffentlichen Gütern, wie dem gesellschaftlichen Frieden oder dem Schutz von Minderheiten, den Privaten zu überantworten, ist Gegenstand intensiver Debatten in Rechtsprechung und Litera-tur.¹⁵⁹ Bereits unter der geltenden Rechtslage entfalten die Grundrechte, insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG, im Verhältnis zwischen sozialen Netzwerken mit erheblicher Markt-macht und ihren Nutzern Wirksamkeit im Wege der mittelbaren Drittwirkung.¹⁶⁰

Der DSA beantwortet insofern die in Deutschland umstrittene Frage, ob das Inter-esse eines sozialen Netzwerks an der Sperrung oder Löschung von Beiträgen nur bei Verletzung Rechte Dritter oder Strafbarkeit überwiegt.¹⁶¹ In der Regel dürfen markt-mächtige soziale Netzwerke rechtswidrige Inhalte nach Anhörung und Möglichkeit zur Gegenäußerung beschränken.¹⁶² Eine Löschung oder Sperrung wegen Äußerun-gen, die von der Meinungsfreiheit geschützt sind, ohne dem Betroffenen sachliche Gründe zu nennen und Gelegenheit zu Stellungnahme zu bieten, gilt als willkür-lich.¹⁶³ Plattformbetreiber haben zur Erfüllung ihrer Schutzpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB die Grundrechte der Betroffenen im Wege der mittelbaren Drittwirkung zu berücksichtigen.¹⁶⁴ Doch nicht nur die Nutzer machen von ihren Grundrechten Ge-brauch,¹⁶⁵ wenn sie Plattformen zum Informationsaustausch nutzen.

¹⁵⁶ Vgl. auch Gärditz, Der Staat 54 (2015), 113 (130); Siehr, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016.

¹⁵⁷ Gornik, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017; Nölscher, „Fake News“ in der Online-Kommunikation, Diss. 2023, 286 f.

¹⁵⁸ BVerfGE 128, 226 (252).

¹⁵⁹ Zur Grundrechtshorizontalisierung durch Inhaltmoderierung Quintais/Appelman/Fathaigh, GLJ 24 (2023) 881 ff.; Bering, Plattformen und Grundrechte, 2023, Studie abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/uploads/publications/Digital/Grundrechte-im-Digitalen/Studie-Plattformen-und-Grund-rechte.pdf>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

¹⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019, 1 BvQ 42/19, Rn. 15.

¹⁶¹ Offenlassend noch BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019, 1 BvQ 42/19, NJW 2019, 1935, Rn. 21.

¹⁶² BGH, Urt. v. 29.7.2021, III ZR 179/20 = BGHZ 230, 347; Urt. v. 29.7.2021, III ZR 192/20; Urt. v. 27.1.2022, III ZR 12/21; OLG München, Urt. v. 7.1.2020, 18 U 1481/19Pre, GRUR-RR 2020, 174 (virtuelles Hausrecht).

¹⁶³ BGH, Urt. v. 29.7.2021, III ZR 179/20 = BGHZ 230, 347; Urt. v. 29.7.2021, III ZR 192/20; Urt. v. 27.1.2022, III ZR 12/21; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.6.2022, 15 W 32/22.

¹⁶⁴ OLG München, Beschl. v. 24.8.2018, NJW 2018, 3115.

¹⁶⁵ Zum Schutz durch Art. 10 EMRK, Art. 11 GRCh EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, Rn. 45.

Soziale Netzwerke haben zum einen das durch Art. 12 Abs. 1 GG (Art. 16 GRCh) geschützte Recht, eigene objektive Kommunikationsrichtlinien vorzugeben, die über die strafrechtlichen Vorgaben hinaus gehen.¹⁶⁶ Auf den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG können sich auch Online-Dienste berufen, wenn sie durch Programmierung des Suchalgorithmus¹⁶⁷ Informationen filtern, priorisieren oder zugänglich machen und „über die Ausgabe von Such- oder Feed-Ergebnissen Meinungsäußerungen vornehmen.“¹⁶⁸ Auch greife Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (Art. 11 GRCh), wenn die Anbieter durch das Aufstellen von Gemeinschaftsrichtlinien bestimmen, welche Formen der Meinungsäußerung sie nicht dulden: So liegt nach Auffassung des BGH in der Entfernung einer fremden Meinungsäußerung eine eigene Meinungskundgabe.¹⁶⁹ Eine staatsgleiche, unmittelbare Grundrechtsbindung besteht danach angesichts der Grundrechtsfähigkeit von Facebook nicht, auch wenn zum Teil davon ausgegangen wird.¹⁷⁰ Aus Sicht des BGH streiten für das soziale Netzwerk die Interessen seiner Nutzer, die ein Interesse an einer „von gegenseitigem Respekt geprägten Diskussionskultur“ hätten.¹⁷¹ Plattformen sollen die Freiheit haben, über die Ausrichtung und Ausgestaltung ihrer Inhalte selbst zu entscheiden und „ihre Kundenbeziehungen nach der ‚Logik des Marktes‘ auszugestalten“.¹⁷² Diese Ausrichtung muss indessen transparent sein, das heißt insbesondere „in klarer, einfacher, verständlicher, benutzerfreundlicher und eindeutiger Sprache“ in den allgemeinen Geschäftsbedingungen kommuniziert werden (Art. 14 Abs. 1 Satz 3 DSA). Schließlich sei nach Auffassung des BGH das Dilemma zu berücksichtigen, in dem sich Online-Vermittlungsdienste befänden: Um einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, zivilrechtlichen Haftung oder Inanspruchnahme nach dem NetzDG (DSA) zu entgehen, sei es im Interesse Facebooks, Beiträge auch dann unverzüglich zu entfernen, wenn die Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen komplex ist.¹⁷³ Dadurch wird ein soziales Netzwerk jedoch nicht zum Tendenzbetrieb, das Verbot von nur bestimmten politischen Äußerungen ist insbesondere mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar.¹⁷⁴

Es ist jedoch schon fraglich, ob Online-Diansteanbieter im Angesicht der bußgeldbewehrten Regulierung bei der Inhaltmoderation wirklich nur ihre Grundrechte wahrnehmen. Beschränken Diansteanbieter die Nutzung ihrer Plattform zur Vermeidung der Haftung, ist dies keine autonome Grundrechtsausübung, sondern ein dem Staat bzw. der Union als Gesetzgeber unmittelbar zurechenbarer Akt im

¹⁶⁶ BGHZ 230, 347 (379 R.n. 78).

¹⁶⁷ Instrukтив zu den technischen Grundlagen *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, 182 (183f.).

¹⁶⁸ *Milstein/Lippold*, NVwZ 2013, 182 (184f.), auch im Lichte der EMRK und GRCh; *von Coelln*, in: Stern/Sachs, GRCh, 2016, Art. 11 GRCh R.n. 11; *Nölscher*, „Fake News“ in der Online-Kommunikation, Diss. 2023, 48; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht. Eine verfassungs- und einfachrechtliche Betrachtung, 2017, 39ff.

¹⁶⁹ BGHZ 230, 347 (377 R.n. 74).

¹⁷⁰ *Denga*, EuR 2021, 569; *Achleitner*, Revision der Grenzen der Meinungsfreiheit? Soziale Netzwerke im Lichte der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, in: Bajlicz/Bohnert/Ganglbauer u. a. (Hrsg.), Recht im Umbruch – Umbruch im Recht, 3 (4f.).

¹⁷¹ BGHZ 230, 347 (378 R.n. 75).

¹⁷² *Raue*, in: Hofmann/Raue, DSA-Kommentar, 2023, Art. 14 R.n. 2 unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 22.2.2011, 1 BvR 699/06, NJW 2022, 1201, R.n. 58.

¹⁷³ BGHZ 230, 347 (378 R.n. 77).

¹⁷⁴ BGHZ 230, 347 (380 R.n. 81).

Dienste der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.¹⁷⁵ Diese Eingriffe in die Meinungsfreiheit sind von ihrer Wirkung her vergleichbar mit klassisch-hoheitlichen Eingriffen.¹⁷⁶ Die Bezeichnung als „staatlich-private Ko-Regulierung“¹⁷⁷ erscheint insofern treffend. Unter dem DSA ist die Beschränkung von rechtmäßigem Inhalt von der unternehmerischen Freiheit geschützt, wenn dieser Inhalt gegen Nutzungsbedingungen der Anbieter verstößt.¹⁷⁸ Gleichzeitig sind die Anbieter gehalten, zur Erfüllung ihrer Sorgfalts- und Risikominderungspflichten ihre Nutzungsbedingungen entsprechend anzupassen (Art. 35 Abs. 1 lit. b DSA). Nutzungsbedingungen sind mithin nicht nur Ausdruck freiwilliger Selbstregulierung.

IV. Formen der Beeinträchtigung digitalen Protests

Die Einschränkung digitalen Protests ist in den vielfältigsten Formen möglich. Von der Markierung bestimmter Nutzer und ihrer Beiträge mit Warnhinweisen, über die Deaktivierung der Funktion einem bestimmten Nutzer zu folgen,¹⁷⁹ sind unterschiedlichste Formen möglich. Zwei besonders häufige Probleme sollen nachfolgend herausgegriffen werden: Das Overblocking, das heißt die Löschung rechtmäßiger und unschädlicher Inhalte (1.), und die systematische Diskriminierung, indem die Nutzung bestimmter Schlagwörter oder Sprachen durch den Algorithmus automatisch zur Löschung, Sperrung oder Entfernung der Beiträge führen (2.).

1. Overblocking

Plattformregulierung, die Gatekeeper zu Diskurswächtern unter dem Druck der Plattformhaftung macht, schießt über das Ziel der „Hate-Speech-Bekämpfung“ und Desinformationsbekämpfung hinaus. Einzelne Fälle des Overblocking sind bereits gerichtlich anhängig. So sperrte Facebook die Nichtregierungsorganisation „Goliathwatch“ vorübergehend ohne Angaben von Gründen, nachdem diese gegen die Marktmacht von Meta demonstriert hatte. Das OLG Hamburg erklärte im Eilverfahren die Sperrung und Löschung unter Androhung von Ordnungsgeld für rechtswidrig.¹⁸⁰ Im Dezember 2021 löschte Facebook die Seite der Filmwerkstatt Düsseldorf ohne Angaben von Gründen. Die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF), die den Fall gerichtlich unterstützt, geht von einer willkürlichen Löschung aus, weil der Algorithmus die Kunstfreiheit verkannt hat und die Löschung wohl auf einen Werbefilm zurückging, der den Regisseur des Films „Der Schamane und die Schlange“ sowie eine Gruppe traditionell bekleideter Einheimischer zeigte.¹⁸¹

¹⁷⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, Rn. 55.

¹⁷⁶ Conrad, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 3 Rn. 17.

¹⁷⁷ Hofmann/Raue, in: dies., DSA-Kommentar, 2023, Einl. Rn. 19.

¹⁷⁸ Raue, in: Hofmann/Raue, DSA-Kommentar, 2023, Art. 14 Rn. 2.

¹⁷⁹ Vgl. die Beispiele bei Geminn, Deus ex machina?, 2023, 392 ff.

¹⁸⁰ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.6.2022, 15 W 32/22.

¹⁸¹ Bering, Plattformen und Grundrechte, 2023, 7.

2. Systematische Diskriminierung und Shadowbanning

Die algorithmenbasierte Inhaltmoderation ist fehleranfällig und führt zu massenhaft rechtswidrigen Sperrungen und Löschungen. Doch Menschenrechtsorganisationen erkennen auch systematische Löschung und Sperrung von Nutzerkonten mit politisch sensitivem Inhalt. So kritisierte Human Rights Watch in einem Bericht im Dezember 2023 die „systematische Zensur von palästinensischen Inhalten“ durch den Plattformbetreiber Meta auf Facebook und Instagram im Zeitraum von Oktober bis Mitte Dezember 2023.¹⁸² Von den im Bericht untersuchten 1.050 entfernten Inhalten betrafen 1.049 pro-palästinensische Beiträge. Die „Zensur“ erfolgte entweder durch Entfernung von Beiträgen, „stories“ und Kommentaren, durch die Suspendierung oder Deaktivierung von Nutzerkonten, durch Einschränkungen der Interaktionsmöglichkeiten (wie „Gefällt mir“, Kommentarfunktionen, die Möglichkeit Inhalte zu teilen oder zu „reposten“).¹⁸³ Ferner betraf dies Einschränkungen bei der Möglichkeit, anderen Nutzern zu folgen oder zu markieren („tagging“), bei der Nutzung von bestimmten Funktionen, wie Instagram/Facebook Live oder Follower-Empfehlungen sowie durch sog. „shadow banning“. Beim „shadow banning“ wird die Sichtbarkeit eines Nutzers eingeschränkt, indem die Person aus der Suchfunktion entfernt oder die Teilbarkeit ihrer Beiträge deaktiviert wird.¹⁸⁴ Selbst Beiträge von Human Rights Watch wurden zeitweise als „Spam“ markiert, so dass Nutzer diese nicht teilen, „ liken“ oder kommentieren konnten.¹⁸⁵

Meta orientiert sich nach seiner „Dangerous Organizations and Individuals“ Policy (DOI) maßgeblich an der Einstufung durch die Vereinigten Staaten, ohne die Liste jedoch publik zu machen. Es stützt Verbote auf vage Kategorien, wie „Lob“ oder „Unterstützung“ von „gefährlichen Organisationen“.¹⁸⁶ Meta folgt zudem staatlichen Bitten, bestimmte Inhalte zu entfernen und wird damit zu einem entscheidenden Akteur im „cyber war“. Die Gefahr der Parteinahme in bewaffneten Konflikten wurde bereits in der Vergangenheit laut. Als Reaktion schuf Meta 2021 eine unabhängige Einheit „Business and Social Responsibility“ (BSR), die untersuchte, ob die Inhaltmoderation von Facebook einem Bias unterlag. Sie kam in ihrem Bericht zu dem Schluss, dass Metas Eingriffe einen „nachteiligen Effekt auf Menschenrechte“ hatten, insbesondere auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie das Recht auf Nicht-Diskriminierung von Palästinensern.¹⁸⁷ Der Bericht konstatiert, dass ara-

¹⁸² Human Rights Watch, *Meta's Broken Promises. Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook*, 2023, abrufbar unter https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/12/ip_meta1223%20web.pdf. Letzter Zugriff am 18.1.24.

¹⁸³ Zur Versetzung in den „Read-only-Modus“ s. BGH, Urt. v. 29.7.2021, III ZR 179/20, AfP 2022, 147 (149).

¹⁸⁴ Human Rights Watch, *Meta's Broken Promises. Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook*, 2023, 2.

¹⁸⁵ Human Rights Watch, *Meta's Broken Promises. Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook*, 2023, 2.

¹⁸⁶ Human Rights Watch, *Meta's Broken Promises. Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook*, 2023, 31.

¹⁸⁷ BSR, *Human Rights Due Diligence of Meta's Impacts in Israel and Palestine in May 2021, Insights and Recommendations*, September 2022, abrufbar unter <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2022/09/Human-Rights-Due-Diligence-of-Metas-Impacts-in-Israel-and-Palestine-in-May-2021.pdf>. Letzter Zugriff am 18.1.24.

bischsprachige Inhalte überproportional häufig fälschlicherweise entfernt wurden, was auf die Politik von Meta zurückzuführen sein könnte, dass sie einen „Hostile Speech classifier“ vor allem für die arabische Sprache einsetzten.¹⁸⁸ Der Bericht stellte mehrere implizite *biases* gegenüber arabischsprachigen Nutzern fest. Das „over enforcement“ auf der einen Seite steht in krassem Kontrast zum „under enforcement“ bei vergleichbaren Beiträgen auf der anderen Seite.¹⁸⁹

V. Fazit: Versammlungsfreiheit als Grenze des virtuellen Hausrechts

Online-Kommunikation ist die digitalisierte Form der Grundrechtsausübung, der Meinungs-, Wissenschafts-, Kunst oder auch Pressefreiheit.¹⁹⁰ Es gilt, die Responsivität des Rechts auf den Strukturwandel der Öffentlichkeit aufrecht zu erhalten, so dass auch „neuartige digitale Öffentlichkeiten als digitale Formen des Protests und der Contestation im transnationalen Raum“ entstehen.¹⁹¹ Bei zu starker Berücksichtigung der kommerziellen Interessen der Plattformbetreiber, die ein werbefinanziertes Geschäftsmodell betreiben¹⁹², drohen letztlich Werbepartner¹⁹³ über das akzeptable Diskussionsumfeld zu entscheiden. Das legitime kommerzielle Eigeninteresse der Plattformbetreiber kann nicht losgelöst von diesen Werbeinteressen betrachtet werden. Die Geldgeber eines Unternehmens wie Meta sind aber, anders als die Finanziierer von politischen Parteien ab einer bestimmten Betragshöhe, nicht transparent. Wird hingegen zu sehr auf staatliche und politische Interessen im Sinne einer gesamtgesellschaftlichen Diskurszähmung geachtet, droht der Verlust der freien Protestkultur im digitalen Raum. Eine Verbannung schräger, störender oder auch anstößiger Stimmen aus dem Mainstream führt zu einer Radikalisierung an den Rändern der Gesellschaft.¹⁹⁴ Auch Online müssen plakative Slogans, Positionierungen und provokative Meinungskundgaben, oder bewusst zweideutige Satire im Sinne der Spontaneität und des hohen Guts der freien politischen Willensbildung von den Bürgern zum Staat möglich sein. Private, die Online einen öffentlichen Raum für Protest zur Verfügung stellen, werden unter dem Eindruck der Regulierung und Selbstregulierung zunehmend zu staatsgleich Grundrechtsverpflichteten.

Es gilt zudem, die grundrechtsspezifischen Gefährdungen für Online-Protest zu unterbinden. Während die Unterlassung der Löschung eines rechtswidrigen Beitrags bußgeldbewehrt ist, gilt dies nicht für die unrechtmäßige Löschung eines rechtmäßigen Beitrags.¹⁹⁵ Die massenhafte rechtswidrige Löschung, Sperrung und Verbannung

¹⁸⁸ BSR, Human Rights Due Diligence of Meta's Impacts in Israel and Palestine in May 2021, Insights and Recommendations, September 2022, 5.

¹⁸⁹ Vgl. die Beispiele bei Human Rights Watch, Meta's Broken Promises. Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook, 2023, 27 ff.

¹⁹⁰ Zur Digitalisierung des Alltags eingehend *Geminn*, *Deus ex machina?*, 2023, passim.

¹⁹¹ *Eickenjäger/Fischer-Lescano*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hrsg.), *Versammlungsrecht*, 2. Aufl. 2020, Rn. 33.

¹⁹² Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Problemen *Sandhu*, *EuZW* 2024, 26 m. w. N.

¹⁹³ Vgl. BGHZ 230, 347 (376 Rn. 73), wonach Hassrede auch zum Erhalt von Werbepartnern verboten wird. Zur Werbung auf Online-Plattformen s. nun Art. 26 DSA.

¹⁹⁴ *Geminn*, *Deus ex machina?*, 2023, 404.

¹⁹⁵ *Hebeler/Berg*, JA 2021, 969 (972); *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641 (650).

politisch unliebsamer Nutzer und ihrer Beiträge aus dem öffentlichen Raum des sozialen Netzwerks bleibt damit ein Problem des Individuums, das zivilrechtlich jeweils gerichtlich geltend zu machen ist.¹⁹⁶ Dabei stellen diese Formen der Meinungssteuerung im digitalen Raum nicht minder gefährliche Risiken mit erheblichen Nachteilen für die gesellschaftliche Debatte und die Freiheitsausübung dar, wie unkontrollierte Desinformation. Wird schließlich das gewinnorientierte Geschäftsmodell der Online-Dienste grundrechtlich zu sehr akzentuiert, bündigt die Plattformregulierung letztlich die Nutzer eines sozialen Netzwerks stärker als die Online-Vermittler – und wird zur Nutzer-Regulierung zum Nachteil freier kommunikativer Entfaltung im digitalen Raum.

¹⁹⁶ Zum Problem *Kuzcerawy*, in: van Hoboken/Quintais/Appelman u. a. (Hrsg.), *Putting the DSA into Practice*, Verfassungsbooks, 2023, 168 ff.