

## Entscheidung NetzDG0402023

**Zusammenfassung:** Beschwerdegegenstand ist ein auf der Internetplattform [...] veröffentlichter Nutzerkommentar, der ohne Zugangsbeschränkungen für jedermann abrufbar ist. Nach Ansicht des NetzDG-Prüfausschusses verstößt der beanstandete Inhalt gegen den Tatbestand des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gem. § 86a StGB und ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

**Hinweis:** Der nachfolgenden Entscheidung des NetzDG-Prüfausschusses kommt keine dem Richterrecht entsprechende rechtsfortbildende Qualität zu, sodass die der Entscheidung zugrundeliegenden Feststellungen im Rahmen anderer Verfahren nicht als bindende Rechtsquelle herangezogen werden können. Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3b NetzDG entfaltet die Entscheidung eines NetzDG-Prüfausschusses ausschließlich Bindungswirkung gegenüber dem antragenden Anbieter des sozialen Netzwerks. Eine darüberhinausgehende Bindungswirkung, insbesondere zwischen den am Verfahren beteiligten Nutzern, besteht nicht.

Mit Antrag vom 18.04.2023 hat das Unternehmen [...] als Mitglied der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V. (FSM) gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3b Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des nachfolgenden Inhalts auf die FSM übertragen. Der zuständige Prüfungsausschuss hat im Umlaufverfahren gem. Ziff. IV Nr. 5 der NetzDG-Verfahrensordnung der FSM i.d.F. vom 22.11.2019 beraten und am 26.04.2023 wie folgt entschieden:

Nach Ansicht des NetzDG-Prüfausschusses verstößt der gemeldete Inhalt gegen § 86a StGB und ist

**rechtswidrig**

im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

## **I. Sachverhalt**

Gerügt wegen eines angenommenen Verstoßes gegen §§ 86, 86a StGB wurde ein Beitrag, der auf der Plattform [...] von einem Nutzerprofil mit dem Namen [...] bereitgehalten wird.

Der Beitrag des [...] -Profilbetreibers ist kein Video mit Bewegtbildern, sondern enthält ein instrumentales Musikstück ohne Text. Der „Marsch“ ist der (Waffen-)SS, einer der wichtigsten Organisationen der nationalsozialistischen Terrorherrschaft, die 1946 vom Internationalen Kriegsverbrechertribunal in Nürnberg zur verbrecherischen Organisation erklärt wurde, zuzuordnen. Es handelt sich um das sog. Teufelslied, dessen Text die Vernichtung der restlichen Welt lobpreist. Der „Marsch“ wird von dem Nutzer unter dem Titel „SS marschiert in Feindesland (WW2)“ zum Abruf bereitgehalten. Das Abrufen des Beitrags unterliegt einer Altersbeschränkung.

## II. Begründung

Nach § 1 Abs. 3 NetzDG sind rechtswidrige Inhalte solche, die einen der dort abschließend aufgezählten Straftatbestände erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Die Voraussetzungen des § 86 StGB sind nicht erfüllt, allerdings liegen jene des § 86a StGB vor. Der Beitrag des Nutzers ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Nach **§ 86 StGB** macht sich u. a. strafbar, wer Propagandamittel der in § 86 Abs. 1, 2 StGB genannten Vereinigungen im Inland verbreitet oder zur Verbreitung im Inland oder Ausland herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt oder in Datenspeichern öffentlich zugänglich macht.

Propagandamittel i.d.S. sind Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB), die sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Gedanken der Völkerverständigung, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation oder gegen die Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland richten. Umfasst sind insoweit jedoch ausschließlich **nachkonstitutionelle Schriften** oder **Bearbeitungen** oder **Aktualisierungen vorkonstitutioneller Schriften**. Vorliegend handelt es sich um einen Inhalt aus vorkonstitutioneller Zeit, der weder bearbeitet noch aktualisiert wurde. Mithin liegt bereits kein taugliches Tatobjekt i.S.d. § 86 StGB vor.

2. Nach **§ 86a StGB** wird bestraft, wer im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4, Abs. 2 StGB bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in einem von ihm verbreiteten Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB) verwendet, oder einen Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB), der ein derartiges Kennzeichen darstellt oder enthält, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt.

Eine **verfassungswidrige Organisation** ist nach § 86 Abs. 1 StGB eine Vereinigung, die darauf gerichtet ist, die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu

gefährden. Nach § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB fallen darunter sämtliche ehemalige nationalsozialistische Organisationen.

**Kennzeichen** i.d.S. sind nach § 86a Abs. 2 StGB namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen oder solche, die den genannten Kennzeichen zum Verwechseln ähnlich sind.

Auch wenn hier nur das Instrumentalstück, und nicht der Text des „Marsches“ bereitgehalten wird, ist der „Marsch“ als Kennzeichen im Sinne von § 86a StGB anzusehen.

Nach der Rechtsprechung können auch Lieder Kennzeichen im Sinne des § 86a StGB sein. So ist etwa das Horst-Wessel Lied, das als „Parteihymne der NSDAP“ verwendet wurde, als Kennzeichen i.S.d. § 86a StGB, und zwar nicht nur in seiner Gesamtheit, sondern auch isoliert jeweils Melodie oder Text eingestuft worden<sup>1</sup>. Nicht erforderlich ist, dass das betreffende Lied einen gewissen Bekanntheitsgrad hat<sup>2</sup>. Dabei kommt es nach Auffassung verschiedener Stimmen in Literatur und Rechtsprechung auch nicht darauf an, ob eine hinreichende Verbindung des Textes und/oder der Melodie zu einer verfassungswidrigen Organisation besteht, sondern vielmehr darauf, dass schon die Melodie geeignet ist, die Organisation zu kennzeichnen und die Zugehörigkeit zu der Organisation zu dokumentieren.<sup>3</sup> Demgemäß kann danach ein Instrumentalstück als nichtkörperliches Charakteristika einer verbotenen Organisation Kennzeichen i.S.d. § 86a Abs. 2 StGB sein.

Zwar wird vereinzelt auch vertreten, dass eine Melodie alleine nicht ausreicht, um als Kennzeichen im Sinne von § 86a StGB zu gelten, sondern darüber hinaus eine hinreichende Verbindung zu einer verfassungswidrigen Organisation bestehen muss. Allein die Verwendung und Verbreitung einer Melodie, die von einer verfassungswidrigen Organisation genutzt wurde, könne demnach nicht

---

<sup>1</sup> OLG Oldenburg, Urteil vom 5. Oktober 1987, Az. Ss 481/87, NJW 1988, 351

<sup>2</sup> OVG Lüneburg, Beschluss vom 26. April 2012, Az. 11 ME 113/12

<sup>3</sup> BGH Urt. v. 09.08.1965, Az.: 1 StE 1/65.

ausreichen, um den Tatbestand zu erfüllen. Allerdings sind stets auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall wird durch die Art des Bereithaltens bzw. der Beschreibung des „Marsches“ ohnehin der Bezug zu der verfassungswidrigen Ideologie hergestellt. Wie dargestellt wird das Instrumentalstück auf der Plattform YouTube unter dem Titel „SS marschiert in Feindesland (WW2)“ angeboten, was zugleich die erste Textzeile des „Marsches“ ist. Damit wird ein eindeutiger und unmissverständlicher Bezug zur SS und deren Aktivitäten im Zweiten Weltkrieg hergestellt.

Das Onlinestellen und auf Abruf Bereithalten des Stücks im Internet ist insoweit auch unproblematisch als Verwenden und öffentlich Zugänglichmachen des Inhalts einzustufen. Verwenden ist jeder Gebrauch, der das Kennzeichen optisch oder akustisch wahrnehmbar macht. Öffentlich zugänglich machen meint, dass Dritten der gedankliche oder bildliche Inhalt von Propagandamitteln dadurch zur Kenntnis gebracht wird, dass dieser ohne körperliche Übertragung des Trägermediums in elektronischer Form zum Abruf bereitgehalten oder übermittelt wird.

Der Tatbestandsausschluss nach § 86a Abs. 3 StGB (Sozialadäquanzklausel) greift hier nicht. Dieser erfasst vornehmlich solche Handlungen, die sich zeitkritisch oder sonst aufklärend für das Interesse der Verfassung einsetzen oder eine Förderung von Kunst, Wissenschaft, Forschung oder Lehre bezwecken.