

## Entscheidung Aktenzeichen NetzDG0702021

**Zusammenfassung:** Beschwerdegegenstand ist ein auf der Internetplattform [...] veröffentlichte Grafik, die ohne Zugangsbeschränkungen für jedermann abrufbar ist. Nach Ansicht des NetzDG-Prüfausschusses verstößt der beanstandete Inhalt gegen den Tatbestand des § 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 15.12.2021 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 vorbezeichneten Inhalts auf die FSM übertragen. Der zuständige Prüfausschuss hat im Umlaufverfahren gemäß Ziff. IV Nr. 5 der NetzDG-Verfahrensordnung der FSM i.d.F. vom 29.11.2019 beraten und am 20.12.2021 wie folgt entschieden:

Der vorgelegte Inhalt erfüllt die Tatbestände des § 86a StGB und ist damit

## rechtswidrig

im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

### I. Sachverhalt

Zu prüfender Inhalt ist eine am 07. Dezember 2021 um 12:49 Uhr veröffentlichte Grafik des Nutzers T. H. Die Grafik besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil der Grafik ist mit der Überschrift „Original“ versehen. Es handelt sich dabei um ein Wahlplakat der SPD aus dem Bundestagswahlkampf 2021. Vor rotem Hintergrund sitzend ist in schwarz/weiß O. S. abgebildet. Vor seiner Brust ist in weißer Schrift der Slogan „Kanzler für Deutschland“ angeordnet. Links daneben ist ein Kreis mit weißem Hintergrund zu sehen, der in roter Schrift den Slogan „Wer S. will, wählt SPD!“ enthält. Rechts oben im Bild stehen in weißer Schrift die Buchstaben SPD und daneben die Worte „Soziale Politik für Dich.“

Direkt unter dem ersten Teil befindet sich ein zweiter Teil mit der links oben angeordneten Überschrift „und Korrektur“. Es handelt sich um eine Verfremdung der oberen Grafik. In der Mitte der Grafik ist in schwarz/weiß O. S. abgebildet. Zwar ist die Grafik weiterhin in der Hintergrundfarbe rot gehalten, direkt hinter O. S. befindet sich jedoch ein Kreis mit weißem Hintergrund. Auf diesem Hintergrund sind drei abgewinkelte Arme zu erkennen, die deutlich erkennbar ein Hakenkreuz bilden. Der letzte Arm des Hakenkreuzes wird von O. S. verdeckt. Auf den einzelnen Armen sind verschiedene Symbole abgebildet: darunter eine Spritze, eine Corona Testkassette, ein Wattestäbchen, sowie verschiedene Diagramm Piktogramme. Vor der Brust von O. S. ist in roter Schrift der Slogan „Kanzler für Deutschland“ platziert. Ein Stück nach rechts unten versetzt heißt es in weißer Schrift: „O. S. – Die neue Bundeskanzlerin: „Wir waren ja alle die Versuchskaninchen...“. Links neben der Abbildung von O. S. befindet sich ein Kreis mit weißem Hintergrund in dem der Satz: „Wer hat uns (wieder) verraten?“ eingepasst ist. Rechts oben in der Grafik sind die Buchstaben

NSDAP angeordnet, daneben untereinander die Worte Neue Normale; Scheiße; Durch; Asoziale; Politik für; Dich. Unten rechts enthält die Grafik dann drei Symbole. Von links nach rechts: eine Weltkugel, ein Reset Symbol (Pfeil rund dargestellt nicht ganz geschlossen) und die Buchstaben SPD in einem Herz.

[...]

Gemeinsam mit der Grafik veröffentlichte der Nutzer folgenden Kommentar:

„Mal sehen, wie lange Ihr diese Arbeit sehen könnt:

[#allesindenarm](#) [#obey](#) [#reset](#)“

Der Inhalt ist unter folgendem Link für Jedermann abrufbar:

[...]

Der Beschwerdeführer stützt seine Beschwerde auf § 86a StGB, macht aber keine weiteren Angaben.

## 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 § 86a StGB liegen vor. Die Verbreitung der streitgegenständlichen Grafik ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der Inhalt der Grafik erfüllt den Straftatbestand des § 86a StGB, da die streitgegenständliche Grafik ein Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation im Sinne des § 86a StGB enthält.

Gemäß § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs. 3) verwendet.

Nach § 86a Abs. 2 StGB sind Kennzeichen im Sinne des § 86a Abs. 1 StGB u.a. auch „Abzeichen“ wie insbesondere auch das schwarze Hakenkreuz auf weißem Kreis vor rotem Hintergrund als „das Symbol der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft“ (vgl. BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86a RN 3 ff. m.w.N.).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in das Symbol des Hakenkreuzes Spritzen und andere Symbole eingefügt wurden (Testkassette, Wattestäbchen, Piktogramme). Auch die Unvollständigkeit des Hakenkreuzes führt nicht zu einer anderen Bewertung. Das Hakenkreuz ist trotz der Einfügungen und der Nichtsichtbarkeit des vierten Armes noch deutlich erkennbar und bleibt bestimmendes Element des Bildes.

Nach § 86a Abs. 2 StGB sind auch solche Kennzeichen erfasst, die denen in § 86a Abs. 1 StGB genannten zum Verwechseln ähnlichsehen. Denn nach der Gesetzesbegründung sollen solche Symbole erfasst werden, die nur geringfügig von den durch die verbotene Organisation verwendeten Kennzeichen abweichen, zugleich nach ihrem Eindruck auf den verständigen Beobachter jedoch deutlich an jene Kennzeichen erinnern (BT-Drs. 12/4825, 6).

Der Nutzer hat auch die Tathandlung des Verbreitens bzw. öffentlichen Verwendens erfüllt, indem er die Grafik bei [...] hochlud und somit für jedermann zugänglich machte. Dies geschah auch im Inland, da die Grafik auch in Deutschland abrufbar ist.

Verwendet wird ein Kennzeichen, wenn es derart gebraucht wird, dass es optisch wahrnehmbar ist (vgl. KG NJW 1999, 3500). Ein Kennzeichen wird dann „öffentlich“ im Sinne des § 86a StGB verwendet, wenn die Art der Verwendung die Wahrnehmbarkeit für einen größeren, durch persönliche, nähere Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis ermöglicht.

Hierbei ist nicht der Ort entscheidend, an welchem das Kennzeichen verwendet wird, sondern ein nach Anzahl und Individualität unbestimmter und nicht beschränkter Personenkreis, der die Kennzeichen wahrnimmt (OLG Celle NStZ 1994, 440; AG Rudolfstadt NStZ-RR 2013, 143). Über den Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB fallen unter den Begriff der Schrift unter anderem auch Abbildungen. Erfasst ist daher die Einstellung eines Kennzeichens in eine Website oder als Upload bei [...] als Teil einer Grafik (vgl. BGH NStZ 2015, 81).

Es kommt vorliegend auch keine Einschränkung des Tatbestandes wie etwa durch „kritischen Gebrauch“, den Aspekt der Sozialadäquanz oder durch eine Kollision mit der Meinungsfreiheit in Betracht. Da es sich bei § 86a StGB um ein Gefährdungsdelikt handelt, kommt es nicht darauf an, ob die Verwendung z.B. in für den Nationalsozialismus werbender Absicht erfolgt (OLG München NStZ 2007, 97). Der Tatbestand ist vielmehr auch dann erfüllt, wenn der Täter mit der Verwendung des

Kennzeichens nur Aufmerksamkeit erregen und provozieren will und keine weiteren politischen Absichten verfolgt (OLG Oldenburg NSTZ-RR 2010, 368; vgl. hierzu BeckOK StGB/Ellbogen StGB 86a RN 21 ff. m.w.N.).

Hintergrund dafür ist der Schutzzweck des § 86a StGB, der neben der Abwehr der durch das Kennzeichen symbolisierten verfassungsfeindlichen Bestrebungen und einer Gewährleistung des politischen Friedens auch verhindern will, dass die Verwendung von verfassungsfeindlichen Kennzeichen sich wieder einbürgert. Ein Ziel der Vorschrift ist insoweit, solche Kennzeichen aus dem Bild des politischen Lebens grundsätzlich zu verbannen (BVerfG, NJW 2006, 3050 [3051]; BGH, NJW 2002, 3186 [3187]). So soll verhindert werden, dass entsprechende Kennzeichen auch erneut von den Verfechtern der politischen Ziele, für die das Kennzeichen steht, gefahrlos gebraucht werden können (vgl. BGHSt 25, 30 [33 f.]; 25, 128 [130 f.]; BGH, NJW 2002, 3186; BGH, NJW 2007, 1602; BGH, NSTZ 2009, 384; vgl. BGH, NJW 2010, 163). Als abstraktes Gefährdungsdelikt wehrt die Vorschrift insoweit Gefahren ab, die allein mit dem äußeren Erscheinungsbild solcher Kennzeichen und unabhängig von der einzelnen Motivation seiner Verwendung verbunden sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein „Verwenden“ im Sinne des § 86a StGB aber ausnahmsweise dann nicht vor, wenn die betreffende Person in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der dem Kennzeichen zugehörigen Organisation und die Bekämpfung ihrer Ideologie zum Ausdruck bringt, da diese Form der Verwendung dem Schutzzweck der Norm nicht zuwiderlaufe (BGH NJW 2007, 1602; BGHSt 25,30 [32 ff.]; 25, 133 [136 f.]; 51, 244 [246 ff.]). Voraussetzung ist, dass das Kennzeichen in einer Weise dargestellt wird, die offenkundig gerade zum Zweck der Kritik an der verbotenen Vereinigung oder der ihr zugrundeliegenden Ideologie eingesetzt (vgl. BGHSt 25, 30 [34]; 51, 244) oder erkennbar parodistisch verwendet wird (BGHSt 25, 133 [136 f.]).

So wird eine Balance zwischen dem Ziel der grundsätzlichen Verbannung verbotener Kennzeichen aus dem Bild des politischen Lebens und den Anforderungen, die das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung an seine Beschränkungen stellt, hergestellt (vgl. BVerfG NJW 2006, 3052; BGH, NSTZ 2009, 384). Erfolgt die Verwendung zwar in kritischer oder satirischer Absicht, ergibt sich die gegnerische Zielrichtung aber nicht bereits aus dem Aussagegehalt der Darstellung selbst, reicht dies für eine Straflosigkeit indessen nicht aus (siehe hierzu BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86a RN 28 ff. m.w.N.). Bei der Bewertung kommt es vielmehr auf einen aus Beobachtersicht auf Anheb zu erkennenden kritischen Aussagegehalt einer Darstellung an; bei mehrdeutigen oder die Kritik nur undeutlich vermittelnden Verwendungen ist dagegen der Schutzzweck des § 86a StGB verletzt (vgl. BGH, NJW 2007, 1602).

Vorliegend fehlt es an der offenkundigen Distanzierung bzw. erkennbar kritischen oder parodistischen Auseinandersetzung mit dem Kennzeichen durch den Nutzer. Der Nutzer hat sich

nicht mit dem Symbol als solchem oder den dahinterstehenden Anschauungen auseinandergesetzt. Aus dem mit der Grafik veröffentlichten Kommentar wird sogar deutlich, dass er es mit der Veröffentlichung gerade darauf anlegt, dass diese gelöscht werden könnte. Das Hakenkreuz und die Anlehnungen an den Nationalsozialismus in der Abbildung stellen sich als Provokationen dar, denen aber eine weitere Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus nicht zu entnehmen ist.

Zwar führt der Nutzer in seinem Kommentar aus, dass er davon ausgeht, dass Deutschland sich mit der neuen Regierung wieder mitten im Faschismus befinde und stellt damit einen Bezug zum Nationalsozialismus her. Es wird damit auch deutlich, dass er sich nicht hinter die nationalsozialistische Gewaltherrschaft stellt. Dies reicht für die vom BGH geforderte offenkundige Distanzierung gleichwohl nicht aus. Denn einerseits sieht ein flüchtiger Leser ggf. nur die Abbildung. Aus dieser selbst geht keine Distanzierung hervor. Auf die Einlassungen unterhalb der Abbildung kann es indes nicht ankommen, da auch hier eine etwaige Distanzierung nicht explizit vorgenommen wird. Es findet keine Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und dessen Symbolen statt. Es geht allein um eine Kritik an der Impfkampagne und den Maßnahmen im Rahmen der Pandemie. Im Ergebnis dokumentieren die Einlassungen des Nutzers unter der Abbildung einen sorglosen Umgang mit den Symbolen der nationalsozialistischen Herrschaft. Aber eben dieses Verhalten wird von § 86a StGB als strafbares Verhalten erfasst.

Auch eine Einschränkung des Tatbestandes über den Aspekt der Sozialadäquanz scheidet vorliegend aus, da es an hinreichenden Hinweisen für das Vorliegen eines sozialadäquaten Zweckes fehlt.

Nach § 86 Abs. 3 StGB, der über den Verweis in § 86a Abs. 3 StGB Anwendung findet, scheidet eine Strafbarkeit nach § 86a StGB aus, wenn das Kennzeichen oder die Verwendungshandlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient.

Ein derartiger sozialadäquater Zweck ist vorliegend nicht erkennbar. Der Nutzer hat in seinem Begleitkommentar keinen konkreten Bezug auf die streitgegenständliche Grafik genommen, obwohl schon die Verwendung des Hakenkreuz-Symbols als solches dies erforderlich gemacht hätte. Das Einfügen von Spritzen und anderen Symbolen in das Hakenkreuz macht die Grafik nicht zur Kunst. Ebenso scheidet eine Parodie, Satire o.ä. offenkundig aus, da kein entsprechender Inhalt erkennbar ist. Auch wenn es sich um eine aufwendige Grafik handeln mag, so vermag sie keine satirische Aussage zu treffen. Ihr wohnt inne, den Kanzlerkandidaten bzw. Bundeskanzler herabzusetzen, dies möglichst drastisch, mittels nationalsozialistischer Symbole.

Die Verwendung der Grafik fällt grundsätzlich in den sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Nutzers.

Ebenso wie die Vorschrift des § 86 StGB steht auch die Regelung des § 86a StGB im Spannungsverhältnis zu bestimmten Grundrechten, u.a. zur Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

Im Falle des § 86a StGB sind die Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit nicht schon dann verletzt und die Norm damit insoweit verfassungsgemäß, wenn durch die Tathandlung die geschützten Rechtsgüter ernsthaft gefährdet sind. Bei der - wie hier erfolgten - Verwendung von abgewandelten NS-Symbolen zum Vorbringen von harscher Kritik in einer weder unmittelbar noch mittelbar mit der NS-Gewaltherrschaft zusammenhängenden Sache erscheint die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch § 86a StGB aber verhältnismäßig.

Die Nutzung von NS-Symbolen als Form der Kritik erfordert eine besondere Auseinandersetzung und Distanzierung. Die hier vorliegende Form der Kennzeichenverwendung ist daher nicht geeignet, um einen inhaltlich-kritischen Abstand zu den von dem Kennzeichen symbolisierten verfassungsfeindlichen Bestrebungen herzustellen. Vielmehr können derartige Formen der Verlagerung des Aussagegehalts durch Zufügen weiterer Symbole dazu führen, dass der Eindruck entstände, das Originalkennzeichen oder leichte Verfremdungen könnten gefahrlos wieder gebraucht werden. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit insbesondere hinsichtlich des Gebrauchs von NS-Symbolen ist vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte zulässig, solange nicht zugleich eine eindeutige Distanzierung vom Nationalsozialismus ersichtlich ist (vgl. BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86 RN 2). Auch das BVerfG hat betont, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Verwendung von Kennzeichen auch dann strafbar ist, wenn sie in kritischer Absicht erfolgt (BVerfG NJW 2006, 3052).

Dem Nutzer war bekannt, dass es sich um ein Hakenkreuz handelt und er setzte es ein um seiner Kritik ein besonderes Gewicht zu verleihen. Daher handelte er auch vorsätzlich. Seine Handlung ist nicht durch Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt.

Der vorgelegte Inhalt erfüllt den Tatbestand gem. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB und ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

Weitere Tatbestände im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG sind nicht erfüllt.