

zuzurechnen sind.²⁴⁹ Zugleich kann es aber die ehrverletzende Kraft bzw. die Folgen einer Ehrverletzung verstärken, wenn diese in einem für jeden zugänglichen öffentlichen Medium, wie etwa auf einer digitalen Plattform, getätigt wurde.²⁵⁰

Die Aktualisierung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Abwägungsmaßstäbe für die Bedingungen und Herausforderungen der digitalen Konstellation ist eine wichtige Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung. Damit dies erfolgreich geschieht, ist der Blick in die Kultur-, Sozial- und Medienwissenschaften äußerst sinnvoll, um die verschiedenen herausfordernden Aspekte des Digitalen deutlich zu machen, welche dogmatisch verarbeitet werden müssen. Zielführend ist daneben die Beschäftigung mit dem Umgang anderer demokratischer Rechtsregime mit den Herausforderungen für die Meinungsäußerungsfreiheit im Internet. Dafür bietet sich das US-amerikanische Recht an, da es sich zum einen stärker als viele kontinentaleuropäische Rechtsordnungen vom deutschen Grundrechtssystem unterscheidet. Zum anderen haben das US-amerikanische Recht sowie in den Vereinigten Staaten ansässige Firmen enormen Einfluss auf die digitale Konstellation, insbesondere auf die digitalen Plattformen. Aus diesen Gründen widmet sich der nächste Abschnitt der Redefreiheit in den USA, ihrer digitalen Dimension und ihren Grenzen.

2.4 Freedom of Online-Speech

Das Internet und die großen Plattformunternehmen der digitalen Konstellation sind v.a. in den USA entstanden und gewachsen. US-amerikanische Unternehmen prägen das westliche Plattformökosystem; sie entscheiden maßgeblich über die Zukunft digitaler Kommunikation.²⁵¹ Deshalb ist es sinnvoll, sich die Regulierung von Äußerungen im Herkunftsland und an Unternehmenssitzen der meisten bedeutenden Plattformen anzusehen. Zum einen, um zu begreifen, unter welchen regulatorischen Bedingungen die Plattformen groß geworden sind und agieren und zum anderen, um zu verstehen, welche kulturelle Prägung bzw. welche Denkmuster in Bezug auf Äußerungen Entscheidungsträger:innen und Rechtsabteilungen der Plattformunternehmen haben.

Anders als die menschenwürdezentrierte Verfassung in Deutschland verwirklicht die Verfassung der Vereinigten Staaten ein liberales Verständnis der Äußerungsfreiheiten. Obwohl beide Verfassungen demokratische Staaten und Systeme begründen, weisen sie in ihrer Genese, Tradition und Auslegung sowie im auf ihrer Grundlage entwickelten Rechtsverständnis erhebliche Unterschiede auf. Das liberale US-amerikanische Grundrechtsmodell unterscheidet sich vom menschenwürdezentrierten deutschen Grundrechtsmodell etwa dadurch, dass Grundrechte in den Vereinigten Staaten v.a. Abwehrrechte gegen den Staat und staatliche Eingriffe sind. Dagegen kommt dem Staat im menschenwürdezentrierten System eine wichtige Rolle bei der Verwirklichung

249 Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 5, Rn. 88.

250 Vgl. Hoven & Witting (2021). *Das Beleidigungsunrecht im digitalen Zeitalter*, S. 2400. Siehe auch zur Problemachse der sich wandelnden Öffentlichkeiten Kapitel 5.5.

251 Siehe Kapitel 3.2.

von Grundrechten zu, obgleich sie auch hier eine primär abwehrrechtliche Funktion einnehmen.

Die große Zurückhaltung bzgl. Grundrechtseingriffen in den USA gilt insbesondere für die Redefreiheit (»Freedom of Speech«), welche nur enggeschneiderte Ausnahmen (*narrowly tailored exceptions*) von der Regel – keine staatlichen Eingriffe – kennt. Das US-amerikanische Verfassungsrecht, insbesondere die *Free Speech Clause* des *First Amendments*, entfaltet darüber hinaus eine enorme kulturelle Wirkmacht,²⁵² die am ehesten mit der Bedeutung der Menschenwürdegarantie des GG für die deutsche Rechtsordnung vergleichbar ist. Dies gilt auch für den Einfluss der *Free Speech Doctrine* auf die digitalen Plattformen. Diesen wird weitestgehend freie Hand gelassen, wenn es darum geht, Rede (*Speech*) auf ihren Angeboten zu regulieren. Gerade die großen Kommunikationsplattformen wie *Facebook*, *Twitter* oder *YouTube* sind als US-amerikanische Unternehmen im äußerst liberalen Regime der *Section 230* des CDA zu globalen Schlüsselunternehmen geworden, mit eigenen von den Prinzipien des *First Amendments* geprägten Regularien.²⁵³

Die weitreichende Staatsfreiheit und die regulative Macht der Plattformen haben Folgen für die Äußerungsfreiheiten in der digitalen Konstellation und für das Auftreten invektiver Konstellationen im Netz auch über die USA hinaus. Ferner kann aus dem unterschiedlichen Umgang anderer (demokratischer) Rechtssysteme mit ähnlichen Problemen und Herausforderungen gelernt werden. Daraus resultiert die Möglichkeit der Übernahme sinnvoller oder effektiver Lösungen ins eigene Rechtssystem. Nicht zuletzt sind die Europäische Union²⁵⁴ und die Vereinigten Staaten führend bei den Bemühungen demokratischer Staaten um eine Regulierung des Internets, was den vergleichenden Blick über den Atlantik nahelegt.²⁵⁵

In den USA nimmt die Redefreiheit (»Freedom of Speech«) eine überragende Position ein: »Sie gilt als eine der größten juristischen, politischen und kulturellen Errungenschaften der Vereinigten Staaten.«²⁵⁶ Floyd Abrams bezeichnet sie als Seele des ersten Zusatzartikels zur Verfassung (»The Soul of the First Amendment«)²⁵⁷ und Mary Anne Franks arbeitet überzeugend heraus, dass sich rund um die *Free Speech Clause* des *First Amendments* ein Kult (»Cult«), also eine zivilreligiöse Verehrung und tiefe Verinnerlichung der Norm durch die Bevölkerung entwickelt hat.²⁵⁸

252 Vgl. Franks, Mary A. (2019). *The Cult of the Constitution*, Stanford: Stanford University Press, S. 105–158; Klonick, Kate (2018). *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in: *Harvard Law Review* 131, S. 1598–1670, hier: S. 1616–1630.

253 Vgl. Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1617–1625, insb. S. 1618.

254 Wie gezeigt, ist der europäische Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit dem deutschen sehr ähnlich und Deutschland als größtes EU-Mitglied erheblich an europäischen Regulierungsmaßnahmen beteiligt.

255 Vgl. Pollicino, Oreste (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford/Dublin/New York: Hart Publishing, S. 6–7.

256 Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 86.

257 Abrams, Floyd (2017). *The Soul of the First Amendment*, London/New Haven: Yale University Press, S. xiv.

258 Vgl. Franks (2019). *The Cult of the Constitution*, S. 105–158.

Genau wie in Deutschland wird die individuelle Entfaltung der Persönlichkeit und eine kollektive, demokratische Dimension der freien Rede durch das *First Amendment* geschützt. Die demokratische Dimension erlangt dabei in Literatur und Rechtsprechung eine größere Bedeutung als die individuelle.²⁵⁹ Zugespitzt verdeutlicht sich die Rolle der Redefreiheit im weithin bekannten Zitat des US-Supreme Court Richters Benjamin N. Cardozo in der Rechtsprechung zum Fall *Palko v. Connecticut* aus dem Jahr 1937:²⁶⁰ »Of that freedom [freedom of thought, and speech, Anm. P.B.] one may say that it is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom.«²⁶¹ Gedanken- und Redefreiheit ist also, so Cardozo, die Grundlage (fast) jeder Freiheit schlechthin.

Nachfolgend werden die Bedeutung der *Freedom of Speech* im US-amerikanischen Recht und ihre digitale Dimension beleuchtet. Darüber hinaus werden die möglichen Beschränkungen aufgeführt und betrachtet, welche durch Vorgaben der US-amerikanischen Gesetzgebung und Rechtsprechung für die Regulierung von *Online-Speech* entstehen. Dadurch soll zum einen erkundet werden, welche Regeln für die Redefreiheit auf digitalen Plattformen in den USA gelten und zum anderen, welche Herausforderungen in der US-amerikanischen Debatte um die *Free Speech* auf digitalen Plattformen diskutiert werden und wie mit ihnen umgegangen wird.

2.4.1 Zur Redefreiheit in den Vereinigten Staaten

»THE FIRST AMENDMENT'S Free Speech Clause is perhaps the most recognized and discussed provision in the entire United States Constitution [Herv.i.O.].«²⁶²

»...when the First Amendment applies, it does so with near-absolute force.«²⁶³

259 Vgl. Bhagwat, Ashutosh (2020). *Our Democratic First Amendment*, Cambridge/New York: Cambridge University Press; Feinman, Jay M. (2018). *Law 101: Everything You Need to Know About American Law*, 5. Aufl., New York: Oxford University Press, S. 61; Möller, Thomas (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, Baden-Baden: Nomos, S. 226–229. Chemerinsky stellt vier der grundlegenden Theorien zur *Free Expression* heraus, welche sowohl ihre individuelle als auch die kollektive Dimension erfassen: »Self Governance«, »Discovering Truth«, »Advanced Autonomy« und »Promoting Tolerance«. Vgl. Chemerinsky, Erwin (2021). *The First Amendment*, 6. Aufl., New York: Wolters Kluwers, S. 6–10. Ähnlich auch Stone et al., die insb. »Search for truth: the »marketplace of ideas«, »Self-governance« und »self-fulfilment« als Kernanliegen der Freiheit sich Auszudrücken nachzeichnen. Vgl. Stone, Geoffrey; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R.; Tushnet, Mark V. & Karlan, Pamela S. (2020). *The First Amendment*, 6. Aufl., New York: Wolters Kluwers, S. 9–15.

260 *Palko v Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

261 Ebd., S. 327.

262 Zick, Timothy (2018). *The Dynamic Free Speech Clause: Free Speech and it's Relation to other Constitutional Rights*, New York: Oxford University Press, S. 1.

263 Tushnet, Mark V.; Chen, Alan K. & Blocher, Joseph (2017). *Free Speech Beyond Words: The Surprising Reach of the First Amendment*, New York: New York University Press, S. 3.

»The Supreme Court has observed that the ›central meaning‹ of the First Amendment's free speech and press guarantees is that citizens must be free to communicate and receive facts and opinions about their government.«²⁶⁴

Was in den Zitaten ausgeführt wird, ist keine sich unmittelbar aus dem Text der Verfassung heraus ergebende Selbstverständlichkeit, sondern das Ergebnis einer sich entwickelnden Verfassung, deren einzelne Normen und Rechte im Lauf ihrer Geltung unterschiedliche Bedeutung und Wirkung erlangen. Die Äußerungsfreiheiten werden in den Vereinigten Staaten durch den ersten Zusatzartikel der Verfassung geschützt.²⁶⁵ Dort heißt es:

»Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances [Herv. P.B.].«

Der Kongress darf also kein Gesetz erlassen, welches die Freiheit der Rede einschränkt. Durch den Wortlaut werden neben Redefreiheit auch Pressefreiheit, Petitionsrecht, Versammlungsfreiheit und die freie Religionsausübung geschützt sowie die Einführung einer Staatsreligion verboten.²⁶⁶

Schon die Betrachtung des Wortlauts weist auf einen Unterschied zum Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG hin: Während das GG explizit *Meinungen* im Sinne von Werturteilen schützt, schützt das *First Amendment* die *Rede* und kennt die Unterscheidung zwischen Meinungsäußerung und Tatsachenbehauptung *per se* nicht. Der Halbsatz »Congress shall make no law [Herv. P.B.]« weist unmittelbar auf die Funktion des *First Amendments* als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe hin. Demgegenüber werden der Meinungsäußerungsfreiheit bereits im Verfassungstext selbst durch Art. 5 Abs. 2 GG Grenzen gesetzt und die deutschen Gesetzgeber:innen unmittelbar zu beschränkender Gesetzgebung befugt. Demnach ist die Meinungsäußerungsfreiheit durch den Wortlaut nur in ihren Grenzen garantiert,²⁶⁷ während *Freedom of Speech* als scheinbar absolutes Grundrecht gewährleistet wird.²⁶⁸

264 Zick, Timothy (2019). *The First Amendment in the Trump Era*, New York: Oxford University Press, S. 19.

265 Siehe dazu auch: Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 69; Wolf, Uwe (1996). *Spötter vor Gericht: Eine vergleichende Studie zur Behandlung von Satire und Karikatur im Recht der Bundesrepublik, Frankreichs, Englands und der USA*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, S. 150; Stock, Jürgen (1986). *Meinungs- und Pressefreiheit in den USA: das Grundrecht, seine Schranken und seine Anforderungen an die Gesetzgestaltung*, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, S. 22–24.

266 Vgl. auch Bhagwat (2020). *Our Democratic First Amendment*, S. 3.

267 Vgl. Friehe, Matthias (2020). *Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), S. 1697–1702, hier: S. 1698.

268 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 40–41; Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 86–87.

Der US Supreme Court (USSC) hat jedoch in den über 100 Jahren Rechtsprechung zur *Free Speech Clause* ein fallbezogenes System von Schranken etabliert.²⁶⁹ Historisch bezog sich die Redefreiheit im angelsächsischen Recht (»Free Speech«) seit der *Glorious Revolution* in England auf die freie Rede im Parlament. Da sich die amerikanische Revolution gegen den britischen König und das Parlament in London wandte, war es folgerichtig, dass die Redefreiheit nun für das Volk verankert wurde.²⁷⁰ Wiederum sieht der Wortlaut keine Beschränkung auf Staatsbürger:innen vor, sodass die Redefreiheit auch in den USA ein Jedermannsrecht ist.²⁷¹

Es verwundert nicht, dass in der Hierarchie geschützter Äußerungen der politischen Rede bzw. »speech that relates to informed self-government«²⁷² das höchste Schutzniveau zukommt. So wird die Volkssouveränität bzw. die Rolle der Bürger:innen als konstituierende Gewalt abgesichert. Etwas weniger geschützt sind dagegen wirtschaftlich motivierte Äußerungen (»commercial speech«) und den geringsten bzw. keinen Schutz genießen eine Reihe von abwertenden Äußerungen.²⁷³

Weiterhin unterscheidet der USSC zwischen einem klaren und umfassenden Schutz für Ideen, einem geringeren Schutzniveau für Tatsachenbehauptungen (»assertions of facts«) und einem noch geringeren Schutzniveau für bewusst falsche und schädliche Tatsachenbehauptungen (»intentionally false, harmful assertions of facts«).²⁷⁴ Diese Abstufung ist auch der deutschen Grundrechtsdogmatik eigen, die ebenfalls von einem weitreichenden Schutz für Meinungen, einem geringeren, mittelbaren Schutz von Tatsachenbehauptungen und dem geringsten Schutz für bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen ausgeht.

Den medialen Möglichkeiten der Entstehungszeit der *Bill of Rights* entsprechend, schützte die *Free Speech Clause* zunächst die mündliche Rede und das handgeschriebene sowie das gedruckte Wort.²⁷⁵ Dem Ziel des *First Amendments* folgend, genießen auch die verschiedenen neu entstandenen Medien und Äußerungsformen seinen Schutz, wobei für unterschiedliche Äußerungsformen unterschiedliche Schutzstandards und Tests durch Gerichte und den USSC entwickelt wurden. Neben der medialen Offenheit für geschützte Äußerungen ist auch »symbolic speech« geschützt. Symbolische Äußerungen können eine Form von Verhalten (»conduct«) wie das Tragen eines Armbandes²⁷⁶

269 Vgl. Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 87–88, 197–198.

270 Vgl. Bhagwat (2020). *Our Democratic First Amendment*, S. 26–31.

271 Vgl. Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 201.

272 Weaver, Russel L. (2020). *Understanding the First Amendment*, 7. Aufl., Carolina Academic Press: Durham (US), S. 14.

273 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 14. Siehe auch: Bodenhamer, David J. (2018). *The U.S. Constitution: A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press, S. 102; Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 228. Ausführlich zu den Schutzbereichsausnahmen siehe Kapitel 2.3.2.

274 Vgl. Nunziato, Dawn C. (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, in: *Notre Dame Law Review* 94 (4), S. 1519–1584, hier: S. 1526.

275 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 19; Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 247.

276 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969).

oder das Verbrennen einer Flagge²⁷⁷ sein und sind bei ihrer gerichtlichen Überprüfung von der reinen Rede (»pure speech«) zu unterscheiden.²⁷⁸ Darüber hinaus schützt die *Free Speech Clause* u.a. auch das Zeigen und Tragen von Bannern, Flaggen und Symbolen wie das Hakenkreuz.²⁷⁹ Auch Kunst,²⁸⁰ Film,²⁸¹ Musik,²⁸² (Nackt-)Tanz,²⁸³ Sport,²⁸⁴ Kochen,²⁸⁵ Literatur, *likes* auf Facebook, Suchmaschinenrankings auf Google, Quellcode von Software, Videospiele,²⁸⁶ *Virtual Reality*²⁸⁷ und »Nonsense«²⁸⁸ sind explizit vom *First Amendment* geschützt.

Der Begriff der Rede (»Speech«) deckt somit die gesamte Bandbreite menschlicher Ausdrucksmöglichkeiten ab.²⁸⁹ Im GG werden die verschiedenen geschützten Ausdrucksmöglichkeiten und Verhaltensweisen kleinteiliger aufgeführt (z.B. in Form von Meinungsäußerungs-, Kunst- und allgemeiner Handlungsfreiheit).

Der USSC verwendet in seiner Rechtsprechung zum ersten Zusatzartikel das Konzept des »Marktplatz der Ideen« und das »Gebot der Neutralität des Staates«, um die Auslegung des Schutzbereichs zu gestalten.²⁹⁰ Staatliche Neutralität soll gewährleisten, dass es eine aktive Debatte mit großer Beteiligung gibt und somit das Ziel verfolgt wer-

277 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

278 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 19.

279 Vgl. Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 247.

280 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 15–69.

281 Vgl. Lakier, Genevieve (2014). *Sport as Speech*, in: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 16 (4), S. 1109–1160, hier: S. 1111.

282 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 70–113.

283 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 149–159; Lakier (2014). *Sport as Speech*, S. 1111.

284 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 161–163. Die Argumente für den Schutz von »Sport as Speech« und die gesellschaftliche Bedeutung von Sport als Ausdrucksform trägt Lakier zusammen: Lakier (2014). *Sport as Speech*.

285 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 163–166.

286 Vgl. Land, Molly K. (2016). *A human rights perspective on US constitutional protection of the internet*, in: Pollicino, Oreste & Romeo, Craziella (Hg.). *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Milton Park/New York: Routledge, S. 48–70, hier: S. 50; Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 247.

287 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 169–171.

288 Vgl. ebd., S. 114–148.

289 Vgl. Tushnet; Chen & Blocher (2017). *Free Speech Beyond Words*, S. 2. Jedoch muss zwischen Abdeckung (»Coverage«) und geschütztem Ausdruck (»Protection«) unterschieden werden. Vgl. Schauer, Frederick (2021). *What is Speech? The Question of Coverage*, in: Stone, Adrienne & Schauer, Frederik (Hg.). *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, Oxford/New York: Oxford University Press, S. 159–172. Es wäre nicht nur für unbedarfte Betrachter:innen vermutlich zugänglicher, von *Freedom of Expression*, also von der Freiheit sich auszudrücken zu sprechen. Frederick Schauer greift dieses Problem auf. Er erkennt das Problem der vermeintlichen Engführung durch den Begriff der Rede (»Speech«), warnt jedoch vor der möglicherweise irreführenden Breite des Begriffs Ausdruck (»Expression«). Vgl. Schauer (2021). *What is Speech?*, S. 160–161.

290 Vgl. Froehlich, Jan. L. (2016). *Freie Rede und freie Kunst in einer offenen Gesellschaft ohne »Schmähkritik«?*, in: *AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* (4), S. 312–318, hier: S. 312.

den kann, die beste Meinung oder sogar die Wahrheit zu finden.²⁹¹ Dies geschieht auf dem »Marktplatz der Ideen«, der ein Forum ist für Debatten über öffentliche Belange, Regierungspolitik, Bewerber:innen für politische Ämter und ebenso für die Möglichkeit, sich zu informieren.²⁹²

Die ab 1919, ausgehend vom Fall *Abrams v. United States*,²⁹³ maßgeblich durch die Richter Holmes und Louis D. Brandeis entwickelte Marktplatzmetapher ist die wohl folgenreichste und eingängigste, wenn es um die Interpretation freier Äußerungen und Ausdrucksformen in den Vereinigten Staaten geht.²⁹⁴ Auf dem Marktplatz dürfen Ideen frei von staatlicher Regulierung, Zensur und Angst vor Bestrafung miteinander konkurrieren, sodass sich die beste Idee durchsetzt und andere, konkurrierende Ideen verdrängt bzw. Konkurrent:innen von ihr überzeugt werden.²⁹⁵ Staatliche Eingriffe in den Markt der Ideen werden als kontraproduktiv für den Prozess der Meinungsbildung und Wahrheitsfindung angesehen.²⁹⁶ Der Staat darf nur eingreifen, um unmittelbare Gefahren abzuwehren; ansonsten ist die beste Antwort auf gefährliche oder als schädlich verdächtige Rede immer mehr und bessere Rede bzw. Gegenrede (»Counterspeech«), so Holmes und Brandeis.²⁹⁷

Trotz der bildhaften Stärke der Marktplatzmetapher wird selbige in der Literatur kritisiert, da ihre theoretischen Prämissen empirisch nicht gegeben sind.²⁹⁸ Märkte funktionieren nicht immer frei und fair und Marktteilnehmer:innen haben unterschiedliche Voraussetzungen, um sich auf einem Markt zu bewähren oder ihre Produkte (hier Äußerungen) sichtbar zu machen und zu vermitteln.²⁹⁹ Ferner haben die letzten 100 Jahre

291 Vgl. Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 67–68. Wobei die Position zur Debattenkultur maßgeblich von Justice Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) geprägt wurde.

292 Vgl. Feinman (2018). *Law* 101, S. 61.

293 *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

294 Vgl. Schroeder, Jared (2018). *Toward a discursive marketplace of ideas: Reimagining the marketplace metaphor in the era of social media, fake news, and artificial intelligence*, in: *First Amendment Studies* 52 (1–2), S. 38–60, hier: S. 60. In *Abrams v. U.S.* war allerdings noch nicht die Rede vom »Marketplace of Ideas«. Vielmehr schrieb Justice Holmes von »free trade in ideas«. Der USSC verwendete die Marktplatzmetapher erstmalig 1953 in der abweichenden Meinung von Justice Douglas im Fall *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41, 56 (1953). Vgl. Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1523–1525.

295 Vgl. Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1520.

296 Vgl. ebd., S. 1520–1521.

297 Vgl. Gelber, Katharine (2021). *Speaking Back*, in: Stone, Adrienne & Schauer, Frederik (Hg.). *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, Oxford/New York: Oxford University Press, S. 249–265, hier: S. 249; Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1524–1526.

298 Vgl. Weinstein, James (2020). *What Lies Ahead?: The Marketplace of Ideas, Alvarez v. United States, and First Amendment Protection of Knowing Falsehoods*, in: *Seton Hall Law Review* 51, S. 135–167, hier: S. 137–138.

299 Vgl. Wu, Tim (2020). *Disinformation in the Marketplace of Ideas*, in: *Seton Hall Law Review* 51 (1), S. 169–174, hier: S. 169–170; Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1527; Papandrea, Mary-Rose (2019). *The Missing Marketplace of Ideas Theory*, in: *Notre Dame Law Review* 94 (4), S. 1725–1748, hier: S. 1727; Ingber, Stanley (1984). *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in: *Duke Law Journal* (1), S. 1–91.

intensiv gezeigt, dass Märkte regelmäßig versagen und deshalb einer Regulierung bedürfen.³⁰⁰ Auch in freien Märkten gibt es strukturelle Probleme, wie Gregory Magarian am Beispiel des Internets zeigt. Er geht auf die Probleme des Zugangs, der sozialen und finanziellen Kosten für die Sichtbarkeit eigener Äußerungen und die Macht einiger weniger Anbieter im Internet ein. Diese Faktoren führen zu strukturellen Problemen für einen freien Marktplatz der Ideen.³⁰¹

Viele Stimmen fordern zumindest eine Anpassung der sog. »marketplace doctrine« an die gegenwärtigen Bedingungen oder, weitergehend, staatliche Eingriffe zur Ermöglichung eines freieren Diskurses auf einem regulierten Marktplatz.³⁰² Danielle Citron beispielsweise ist eine der lautesten Vertreter:innen, die Einschränkungen der Redefreiheit zum Schutz der freien Rede für geboten hält, denn, so Citron, herabsetzende Äußerungen und invektive Konstellationen im Netz bringen die Betroffenen oftmals zum Schweigen und halten andere davon ab sich zu äußern, weil sie Angst vor den Konsequenzen haben.³⁰³ Demnach führt die uneingeschränkte Redefreiheit zu einer Einschränkung von Äußerungen und eben nicht zu mehr und besserer Rede, wie es die Verteidiger:innen des freien Marktplatzes der Ideen im Sinn haben. Aus der starken Betonung eines neutralen Staates entstehen Folgen für das Verfassungsleben bzw. die Anwendung der Verfassung:

»While conservative First Amendment fundamentalists are often gleeful about the potential to use the Constitution to limit the rights of women and minorities, liberal First Amendment fundamentalists often express regret that their high-minded free speech principles result in harsh consequences.«³⁰⁴

Diese Ausführungen Franks und die zuvor dargestellte Position Citrons verweisen auf den Kulturkampf um die Redefreiheit, der zwischen verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Strömungen ausgetragen wird. Die überragende Bedeutung der *Free Speech Clause* ist allgemein anerkannt. Jedoch wird darum gerungen, wo die Grenzen freier Rede gezogen werden sollten.

Das absolutistische bzw. libertäre Verständnis freier Rede setzt auf die gesellschaftlichen Selbstregulierungskräfte im Rahmen des besten Arguments und Gegenrede, um öffentliche Kommunikation zu gewährleisten. Hinzu kommt eine starke Überzeugung von der Bedeutung individueller Freiheitsausübung, welche kollektive Werte und Güter demnach übersteige.

Das Gegenargument lautet, dass freie Rede – gerade mit modernen Kommunikationsmitteln – zu einer Vielzahl invektiver Konstellationen und negativer Effekte führt,

300 Vgl. Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1527.

301 Vgl. Magarian, Gregory P. (2021). *The Internet and Social Media*, in: Stone, Adrienne & Schauer, Fredrik (Hg.). *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, Oxford/New York: Oxford University Press, S. 350–368, hier: S. 352–356.

302 Vgl. etwa Wu (2020). *Disinformation in the Marketplace of Ideas*; Citron, Danielle K. (2019). *Restricting Speech to Protect it*, in: Brison, Susan J. & Gelber, Katharine (Hg.). *Free Speech in the Digital Age*, New York: Oxford University Press, S. 122–136.

303 Siehe nur: Citron (2019). *Restricting Speech to Protect it*.

304 Franks (2019). *The Cult of the Constitution*, S. 107.

die zum einen dazu führen, dass Menschen in ihren Rechten und ihrer Würde verletzt werden, etwa im Falle von *Mobbing* oder *Shitstorms*. Zum anderen führt die Furcht vor der möglichen öffentlichen Schmähung und den potenziellen privaten Bedrohungen dazu, dass Menschen sich nicht trauen, sich zu äußern und somit in ihrem Recht auf Redefreiheit bedroht werden. Die Konfliktlinie im Kulturkampf bewegt sich also zwischen den Polen *Freiheit der Rede durch kleinstmögliche staatliche Interventionen* und *Freiheit durch staatliche Begrenzungen*, die extreme Äußerungen aus dem Diskurs verbannen und somit freie Rede und Äußerungen für die Allermeisten gewährleisten. In Bezug auf die Ausgestaltung der digitalen Dimension haben sich die Gesetzgeber:innen in den USA für die libertäre Variante entschieden, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

Die digitale Dimension von Free Speech – Geprägt durch Section 230 CDA

US-amerikanische Unternehmen dominieren die digitale Konstellation. Insbesondere im Bereich der Sozialen Medien sind die Unternehmen *Meta* (*Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp*), *Alphabet* (*YouTube*), *Snapchat* und *Twitter/X* zu nennen. Deshalb ist es wichtig zu betrachten, wie die Firmen in ihrem Herkunftsland reguliert werden, welche Kultur und Sichtweise die Unternehmen durch das US-Recht mitbringen. Dadurch lassen sich Umgangsweisen mit den Herausforderungen für die Meinungsäußerungs- respektive Redefreiheit auf digitalen Plattformen beobachten.

Die Ausgestaltung der digitalen Dimension von *Free Speech* wird maßgeblich durch die Gesetzgebung der *Section 230* des CDA aus dem Jahr 1996 und die Rechtsprechung in den Fällen *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)* (1997),³⁰⁵ *Zeran v. America Online, Inc (AOL)* (1997)³⁰⁶, *Elonis v. United States* (2015)³⁰⁷ und *Packingham v. North Carolina* (2017)³⁰⁸ geprägt.

Grundsätzlich sind online getätigte Äußerungen durch das *First Amendment* geschützt.³⁰⁹ Dies entschied der USSC explizit im *Fall Reno v. ACLU* im Jahr 1997: »In essence, the Court decided that communicating over computer-based systems is more analogous to printing a newsletter or speaking in a public park than to communicating through the broadcast media.«³¹⁰

Eine Unterscheidung und Klassifizierung von *Online-Speech* ist wichtig, da der USSC eine Beschränkung von Medienbeiträgen wie Fernsehsendungen oder Radiobeiträgen aus Gründen des Jugendschutzes für zulässig erachtet. Das Internet, so das Gericht weiterhin, funktioniert aber anders als diese Medien und es ist unwahrscheinlicher, dass Jugendliche aus Versehen an sexuell explizite Inhalte geraten. Dies würde vielmehr eine ge-

305 *Reno v American Civil Liberties Union (ACLU)*, 521 U.S. 844 (1997).

306 *Zeran v. America Online, Inc (AOL)*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

307 *Elonis v United States*, 575 U.S. ____ (2015).

308 *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ____ (2017).

309 Vgl. Havens, Trae (2021). *The First Amendment Has Entered the Chat: Oklahoma's Cyberharrasment Law*, in: *Oklahoma Law Review* 73 (2), S. 401–418, hier: S. 403; Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 247; Brown v. *Entertainment Merchants Associaton*, 564 U.S. 786, 790 (2011); *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

310 Vick, Douglas W. (1998). *The Internet and the First Amendment*, in: *The Modern Law Review* 61, S. 414–421, hier: S. 418.

zielte Suche voraussetzen.³¹¹ Deshalb sieht das Gericht für das Internet im Wesentlichen keine Ansatzpunkte für Regulierung und zugleich ein enormes Demokratisierungspotenzial, wie Danielle Citron und Neal Richards hervorheben:

»Far more than the printing press, the Court explained, the mid'90s Internet of web pages and chat rooms enabled anyone to become a virtual town crier. Speakers no longer needed the permission of powerful media companies to reach the public, because the Internet levelled the playing field between powerless speakers and powerful printers or broadcasters. [...] As a result, the Court held that the ›special justifications for regulation of broadcast media‹ had no application to the ›vast democratic forums of the Internet.‹³¹²

Die Supreme Court Richter:innen trafen ihren das Internet idealisierenden Beschluss als Reaktion auf einhegende Regulierungsbemühungen der Legislative.

1996 fällten die US-amerikanischen Gesetzgeber:innen eine folgenreiche Entscheidung für die Gestaltung der Redefreiheit im Netz, indem sie den CDA beschlossen.³¹³ Ziel des Bundesgesetzes war es eigentlich, Minderjährigen den Zugang zu Online-Pornografie zu erschweren, bestenfalls unmöglich zu machen bzw. »[...]an attempt to ensure that content on the Internet was 'decent' and fit for children.«³¹⁴ Neben dem CDA wurde auch der spezifischere *Child Pornography Prevention Act (CPPA)*, ein Gesetz zum Kinder- und Jugendschutz, im selben Jahr vom US Kongress verabschiedet.³¹⁵

Bürger:innenrechtsgruppen klagten unter Berufung auf die befürchteten übermäßigen Einschränkungen der *Free Speech Clause* des *First Amendments* gegen die ihrer Mei-

311 Vgl. Vick (1998). *The Internet and the First Amendment*, S. 418–419. Aus heutiger Sicht ist dies aufgrund der Allgegenwärtigkeit sexualisierter Inhalte im Netz abwegig.

312 Citron, Danielle K. & Richards, Neil M. (2018). *Four Principles for Digital Expression (You Won't Believe #3!)*, in: *Washington University Law Review* 95, S. 1353–1387, hier: S. 1355.

313 Vgl. Goldman, Eric (2019). *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in: *Notre Dame Law Review Reflection* 95 (1), S. 33–46, hier: S. 33. Die Bedeutung des Gesetzes zeigt sich auch an der stetig wachsenden Zahl von Publikationen, siehe nur: Candeup, Adam (2021). *Reading Section 230 as Written*, in: *Journal of Free Speech Law* (1), S. 139–173; Schiff, Alexander (2021). *Informationsintermediäre*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 13–31; Candeup, Adam (2020). *Bargaining for Free Speech: Common Carriage, Network Neutrality, and Section 230*, in: *Yale Journal of Law and Technology* 22, S. 391–433; Goldman, Eric (2019). *The Complicated Story of FOSTA and Section 230*, in: *First Amendment Law Review* 17, S. 279–293; Citron, Danielle K. & Wittes, Benjamin (2018). *The Problem Isn't Just Backpage: Revising Section 230 Immunity*, in: *Georgetown Law Technology Review* 2 (2), S. 453–473; o.A. (2018). *Section 230 as First Amendment Rule*, in: *Harvard Law Review* 131, S. 2027–2048; Bolson, Andrew P. (2016). *Flawed but Fixable: Section 230 of the Communications Decency Act*, in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 42 (1), S. 1–18; Sheridan, David R. (1997). *ZERAN v. AOL and the Effect of Section 230 of the Communications Decency Act upon Liability for Defamation on the Internet*, in: *Albany Law Review* 61 (1), S. 147–180. Zur Genese des Gesetzes siehe insbesondere: Schiff (2021). *Informationsintermediäre*, S. 14–17; Leary, Mary G. (2018). *The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act*, in: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 41 (2), S. 553–622, hier: S. 558–561.

314 Citron & Richards (2018). *Four Principles for Digital Expression*, S. 1358.

315 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 56.

nung nach zu breit und allgemein gestalteten Gesetze und bekamen in weiten Teilen Recht.³¹⁶

Der CPPA wurde sechs Jahre später in Gänze als inkompatibel mit den Garantien des *First Amendments* erklärt.³¹⁷ In der bereits genannten Entscheidung *Reno v. ACLU* erklärte der USSC bereits 1997, dass große Bestandteile des CDA zu unspezifisch (»unconstitutionally vague«)³¹⁸ formuliert waren, um den strengen Anforderungen an Einschränkungen der Redefreiheit gerecht zu werden.³¹⁹ Auch einen erneuten gesetzgeberischen Versuch, der 1998 als Reaktion auf den weitgehend ungültig gewordenen CDA unternommen wurde, den *Child Online Protection Act (COPA)*, brachte der USSC 2002 nach Klagen von Bürgerrechtler:innen als zu unspezifisch definiert zu Fall.³²⁰

Die weiterhin bestehenden Teile des CDA, insbesondere *Section 230*, entbinden Betreiber:innen von Online-Angeboten in den allermeisten Fällen von einer Haftung für Inhalte, die von Nutzer:innen auf ihren Plattformen verbreitet werden.³²¹ Das Gericht sieht die Plattformbetreiber:innen und Anbieter:innen digitaler Angebote nicht als Herausgeber:innen der auf ihnen verbreiteten Inhalte an und spricht ihnen daher die Verantwortung für diese ab.³²² Zugleich wird den Anbieter:innen von Online-Diensten ermöglicht bzw. werden sie dazu ermutigt, als »gute Samariter« (»Good Samaritan«) eigene Regularien für ihre Angebote zu schaffen und durchzusetzen, ohne ihre Immunität zu verlieren.³²³ Dadurch ist eine rechtliche Grundlage im US-Recht für die *Content Moderation* geschaffen worden.³²⁴

Inhaltliche Regulierung und auch die Durchsetzung dieser Regeln liegt in den USA weitestgehend bei den im dritten und nächsten Kapitel in den Fokus genommenen digitalen Plattformen und bei sonstigen Anbieter:innen von Webangeboten. Diese können

316 Vgl. für den CPPA: Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 56–57 und für den CDA: Citron & Wittes (2018). *The Problem Isn't Just Backpage*, S. 455; Vick (1998). *The Internet and the First Amendment*, S. 415; *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

317 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 56–56; *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 US 234 (2002).

318 *Reno v. ACLU* 521, U.S. 844, 873 (1997).

319 Vgl. Holliday, Erin M. (2018/2019). *Missing Links: The First Amendment's Place in an Ever-Changing Web*, in: *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* 19, S. 54–66, hier: S. 56; Citron & Richards (2018). *Four Principles for Digital Expression*, S. 1358; Leary (2018). *The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act*, S. 559.

320 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 56; *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 US 564 (2002).

321 Vgl. Goldman (2019). *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, S. 33; Holliday (2018/2019). *Missing Links*, S. 56.

322 Vgl. Holliday (2018/2019). *Missing Links*, S. 56. Das ist auch nachvollziehbar, da der CDA als Reaktion auf ein Gerichtsurteil (*Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 1 (N.Y. Supreme Court 1995)) geschaffen wurde, welches »[...] einen Diensteanbieter haftungsrechtlich dafür sanktionierte, dass er eine redaktionelle Kontrolle über Inhalte Dritter ausübte.« Schiff (2021). *Informationsintermediäre*, S. 25, siehe dazu auch: Citron & Wittes (2018). *The Problem Isn't Just Backpage*, S. 456–457 und ausführlich: Bolson (2016). *Flawed but Fixable*, S. 3–9.

323 Vgl. Schiff (2021). *Informationsintermediäre*, S. 16–17; Candéup (2020). *Bargaining for Free Speech*, S. 418; Holliday (2018/2019). *Missing Links*, S. 56–57; Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1602.

324 Siehe ausführlich Kapitel 6.2.3.

weitaus tiefergreifender regulieren, als es der Staat – gebunden durch das *First Amendment* – überhaupt könnte. Die Immunität aus *Section 230 CDA* reicht so weit, dass Anbieter:innen von Online-Angeboten keine Regeln für das Verhalten auf ihren Seiten einführen müssen, sofern sie nicht wollen.³²⁵ Daraus erwachsen Probleme für die Plattformen, wenn sie in andere Staaten mit weniger liberalen Rechtsordnungen expandieren.

Ziel der Gesetzgebung, die *Section 230* in den CDA aufnahm, war die Vermeidung einer Vorzensur bzw. von »collateral censorship« und die Ermunterung der Plattformbetreiber:innen als *gute Samariter* aktiv gegen obszöne, herabsetzende und sonstige problematische Inhalte vorzugehen.³²⁶ Ob dies gelungen ist, hängt stark von der Perspektive der Betrachter:in ab und ist aus einer deutschen Grundrechtsperspektive heraus zu bezweifeln, zumal der ursprüngliche CDA schon durch die Rechtsprechung zu *Reno v. ACLU* stark eingeschränkt und beinahe auf die Plattform- und Intermediärimmunität reduziert ist. Hinzu kommt die, für die Betreiber:innen von Online-Angeboten günstige, weitere Ausdeutung der *Section 230 CDA*:

Im Fall *Zeran v. AOL*, ebenfalls im Jahr 1997, entschied ein US-amerikanisches Bundesgericht (der U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit) über die Frage, ob AOL für herabsetzende Äußerungen durch Dritte auf einem AOL-Message-Board gegenüber dem Kläger *Zeran* verantwortlich gemacht werden kann.³²⁷ Das Gericht verneinte mit Blick auf die *Section 230* des CDA eine Schuldigkeit von AOL und sah die Verantwortung bei *Zeran*. Dieser sollte den Urheber der Äußerungen ausfindig machen und ihn überzeugen, die Äußerungen zu löschen oder Zivilklage³²⁸ gegen ihn einreichen.³²⁹ Mit dieser Entscheidung wurde die Auslegung der *Section 230* des CDA geprägt und die Bedeutung der Immunität von Internetintermediären und Plattformbetreiber:innen unterstrichen.³³⁰ Auch eine Zuständigkeit des Internetproviders für ihm bekannt gewordene diffamierende Äußerungen (»notice-based liability«) verneinte das Gericht.³³¹

325 Vgl. Kosseff, Jeff (2019). *First Amendment Protection for Online Platforms*, in: *Computer Law & Security Review* 35, S. 1-16, hier: S. 1. Ein extremer Fall ist derjenige der User-generated-Content-Plattform *Ripoff Report (RoR)*, die eine strikte Politik des Nicht-Löschens verfolgte, was nur aufgrund der Vorgaben der *Section 230 CDA* möglich war. Siehe: Madeiros, Ben (2017). *Platform (Non-)Intervention and the »Marketplace« Paradigm for Speech Regulation*, in: *Social Media + Society* 3 (1), S. 1–10. Mittlerweile hat RoR in den »Terms of Service« sich zumindest das Recht eingeräumt, bestimmte Inhalte – für die keine Verantwortung übernommen wird – zu entfernen. Vgl. *Ripoff Report*, Terms of Service, 2. Online Conduct, abgerufen am 28.07.2021, von: <https://www.ripoffreport.com/terms-of-service>.

326 Vgl. Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1602.

327 Vgl. ebd. Ausführlich zum Sachverhalt siehe: Schiff (2021). *Informationsintermediäre*, S. 17–19; Sheridan (1997). *ZERAN v. AOL and the Effect of Section 230*, S. 162–163.

328 Jedoch setzt die Rechtsprechung hohe Hürden für Auskunftersuche gegenüber Plattformen, wenn es darum geht, die Daten anonymer Nutzer:innen zu bekommen, um zivilrechtlich gegen sie vorzugehen. Vgl. Madeiros (2017). *Platform (Non-)Intervention and the »Marketplace« Paradigm for Speech Regulation*, S. 3; *Dendrite International, Inc. v. Doe No. 3*, 342 New Jersey Superior Court 134, 775 A.2d 756 (App. Div. 2001).

329 Vgl. Madeiros (2017). *Platform (Non-)Intervention and the »Marketplace« Paradigm for Speech Regulation*, S. 3.

330 Vgl. Candéup (2020). *Bargaining for Free Speech*, S. 423; Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1606.

331 Vgl. Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1607.

In der Erläuterung der Entscheidung wurden zwei Hauptgründe angeführt, welche das Gericht aus der Stoßrichtung der *Section 230 CDA* ableitet. Zum einen sollen Internet-intermediäre und digitale Plattformen als *gute Samariter* selbst Regeln schaffen, um beleidigendes und obszönes Material von ihren Angeboten fern zu halten, und zum anderen sollen die Nutzer:innen von Online-Angeboten vor Zensur geschützt werden, damit online ein freier und uneingeschränkter Diskursraum entsteht.³³² Diese Begründung ist einigermassen widersprüchlich: Zum einen sollen die Plattformbetreiber:innen und Intermediäre *content moderation* betreiben, um einen zivilen Diskurs zu ermöglichen, und zum anderen sollen die Nutzer:innen genau vor diesen, in einer radikal liberalen Deutung verhafteten *chilling effects*, sprich vor diskurseinengenden Regeln geschützt werden.³³³ Die Rechtsprechung zu *Zeran v. AOL* ist bis heute einschlägig und wurde zum Fixpunkt für nachfolgende Urteile anderer Gerichte.³³⁴

Die *Section 230 CDA* und die einschlägige Rechtsprechung haben zur Folge, dass die regulative Verantwortung vom Staat auf die digitalen Plattformen übergeht, was diesen enorme Diskursmacht einräumt. Die dahinterstehende Grundannahme, dass der Staat möglichst wenig in die Beziehungen zwischen Bürger:innen eingreifen soll, entspricht dem liberalen, abwehrrechtlichen Verständnis der Grundrechte in den Vereinigten Staaten. Dawn C. Nunziato nennt dies treffend einen »hands-off approach«³³⁵ – Hände weg vom Diskurs und Streit der Bürger:innen. Im Falle der digitalen Plattformen, die zumeist vom Silicon Valley aus, ihren globalen Erfolg starteten, hat dies Folgen für alle demokratischen Staaten und darüber hinaus.

Ausnahmen von der Immunität der Plattformbetreiber:innen stellen die Bereiche Kinderpornographie und Menschenhandel dar, wobei letztere Ausnahme erst 2018, also 22 Jahre nach Verabschiedung des *CDA*, durch den *Fight Online Sex Trafficking Act (FOSTA)* in Kraft trat.³³⁶ Bzgl. sonstiger Äußerungen und »Speech« im Sinne des *First Amendments* gelten die vom USSC entwickelten Schranken, die im nächsten Abschnitt betrachtet werden.³³⁷ Es bleibt aber fraglich, inwiefern diese Schranken überhaupt Wirkung entfalten, wenn die Schlüsselakteur:innen, also die Betreiber:innen von digitalen Plattformen und Online-Angeboten, nicht mit der Durchsetzung der Schranken betraut sind und der Staat im Netz nur einen sehr begrenzten Durchgriff hat.

Es gibt nicht nur Befürworter:innen einer höchstens durch private *gute Samariter* regulierten *Online Speech*. Der *Post-Reno v. ACLU-Communications-Decency-Act* in der breiten, die Tech-Unternehmen begünstigenden Ausdeutung von *Zeran v. AOL* ist umstritten, vielfach kritisiert und viele Autor:innen fordern Ergänzungen bzw. eine Novellie-

332 Vgl. Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1607–1608.

333 Vgl. ebd., S. 1608.

334 In der Literatur wird insbesondere der Fall *Doe v. AOL, Inc.*, 783 So.2d 1010 (Florida Supreme Court) genannt und besprochen, vgl. Schiff (2021). *Informationsintermediäre*, S. 19–20; Leary (2018). *The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act*, S. 575–576.

335 Vgl. Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1520–1521.

336 Vgl. Tesis, Alexander (2020). *Free Speech in the Balance*, Cambridge/New York: Cambridge University Press, S. 112. Für einen kritischen Überblick zu *FOSTA* und die Beziehung zu § 230 *CDA* siehe: Goldman (2019). *The Complicated Story of FOSTA and Section 230*.

337 Vgl. Holliday (2018/2019). *Missing Links*, S. 63–66.

rung des Gesetzes.³³⁸ Das ist nicht erstaunlich, da das Gesetz Mitte der 90er Jahre für das Internet der 90er Jahre gemacht und bis zum Erlass des FOSTA 2018 nicht mehr angetastet wurde.³³⁹ Jedoch ist das Plattformnetz von heute etwas ganz anderes als die Online-Kommunikation der 90er Jahre, unter deren Eindruck der CDA verabschiedet wurde.³⁴⁰ Jeff Kosseff, als einer von vielen, schätzt den politischen Druck für eine Reform oder gar die Abschaffung der *Section 230* CDA als so stark ein, dass er schon vorgreifend diskutiert, wie *Online-Speech* nach den Vorgaben des *First Amendments* in einer *Nach-Section-230-CDA-Welt* aussehen könnte.³⁴¹ Er kommt zu dem Schluss, dass zwar wünschenswerte Effekte im Kampf gegen invektive Cyberphänomene wie *Revenge Porn* oder Beleidigungen («Defamation») erzielt werden könnten, insgesamt aber ein sehr viel schwächerer Schutz der Plattformen und Intermediäre gegeben wäre, welcher negative Effekte auf die freie Rede haben würde.³⁴²

Invektive Konstellationen im Netz führen jedoch zu einem enormen Handlungsdruck für Politik, Justiz und Betreiber:innen von Online-Angeboten und es ist zu erwarten, dass es in den nächsten Jahren auch in den Vereinigten Staaten zu neuer staatlicher Regulierung von *Online-Speech* kommen wird. Eric Goldman bringt die Debatte auf den Punkt:

»For its first twenty years, Section 230 seemed politically untouchable. Everyone loved the Internet, no one wanted to undermine its potential, and Google and Facebook spent a lot of time and money on lobbying and posed a formidable challenge to potential opponents. In what felt like an instant, the political calculus changed completely. [...] [M]any people have fallen out of love with the Internet—and especially with Google and Facebook, who many regulators and consumers think have acquired too much power and therefore require regulatory intervention.«³⁴³

Hinweise auf eine Weiterentwicklung der Regulierung von *Online-Speech* finden sich in den USSC-Urteilen in den Fällen *Elonis v. United States* von 2015 und *Packingham v. North Carolina* aus dem Jahr 2017.

Elonis ist ein Fall, der sich zwar im Internet abgespielt hat, aber von der Gerichtsmehrheit noch überwiegend nach Offline-Maßstäben beurteilt wurde. *Elonis* hatte seine damals baldige Ex-Frau, Arbeitskolleg:innen, Sicherheitskräfte und eine Kindergartenklasse auf seiner *Facebook-Seite* mittels »use of symbolic speech and indirect threats

338 Siehe nur: Lee, Tawanna D. (2021). *Combating Fake News with »Reasonable Standards«*, in: *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 43 (1), S. 81–108; Schiff (2021). *Informationsintermediäre*, S. 27 insb. Fn. 77; Tsesis (2020). *Free Speech in the Balance*, S. 113–116; Leary (2018). *The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act*; Citron & Wittes (2018). *The Problem Isn't Just Backpage*; Hsia, Julie (2017). *Twitter Trouble: The Communications Decency Act in Inaction*, in: *Columbia Business Law Review* (1), S. 399–452; Madeiros (2017). *Platform (Non-)Intervention and the »Marketplace« Paradigm for Speech Regulation*, S. 2–3; Bolson (2016). *Flawed but Fixable*.

339 Vgl. Kosseff (2019). *First Amendment Protection for Online Platforms*, S. 1 & 15.

340 Vgl. Nunziato (2019). *The Marketplace of Ideas Online*, S. 1527–1531.

341 Siehe: Kosseff (2019). *First Amendment Protection for Online Platforms*.

342 Vgl. ebd., S. 2 & 15–16.

343 Goldman (2019). *The Complicated Story of FOSTA and Section 230*, S. 292–293.

made through modified rap songs, quotations of artistic works, photographs and personal monologues« bedacht.³⁴⁴ Dafür wurde er von unteren Gerichten wegen Bedrohung (»threats« gem. 18 U. S. C. §875(c)) verurteilt, was die Mehrheit der USSC-Richter:innen zurückwies.

In seiner Analyse des Urteils zeigt Oreste Pollicino, dass die Gerichtsmehrheit bemerkenswerter Weise die Plattform, auf welcher Elonis' Äußerungen veröffentlicht waren, außer Acht ließ und sich v.a. mit gesetzlich notwendigen Anforderungen an die mentale Gesundheit für eine Verurteilung des Beschwerdeführers oder dem Risiko einer echten Gefahr (»risk of serious harm«) beschäftigte.³⁴⁵ Eigentlich wäre das Urteil damit nicht interessant für eine online-spezifische Bewertung von Äußerungen, wenn nicht Richter Samuel A. Alito in seiner teilweise konkurrierenden und abweichenden Meinung knapp auf die Rolle von Sozialen Medien und die Spezifika dort getätigter Äußerungen eingegangen wäre.³⁴⁶ Elonis berief sich in seiner Verteidigung darauf, dass seine Äußerungen als Kunstwerke gedacht seien und das auch berühmte Rapper frei von Strafe Drohungen in ihren Texten vermitteln könnten. Dagegen argumentiert Alito:

»Taken in context«, lyrics in songs that are performed for an audience or sold in recorded form are unlikely to be interpreted as a real threat to a real person. [...] Statements on social media that are pointedly directed at their victims, by contrast, are much likely to be taken seriously. To hold otherwise would grant a license to anyone who is clever enough to dress up a real threat in the guise of rap lyrics, a parody, or something similar.«³⁴⁷

Er plädiert demnach für eine kontextspezifische Auslegung des Einzelfalls³⁴⁸ und erkennt die Unmittelbarkeit der Sozialen Medien als ein Bewertungskriterium an. Alitos Votum zeigt, dass eine medienspezifische Bewertung von digitalen Äußerungen in die

344 Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 57. Zum Sachverhalt siehe auch: Kass, Matt (2017). *Elonis v. United States: At the Crossroads of First Amendment and Criminal Jurisprudence in the Digital Age*, in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 43, S. 110–140, hier: S. 112–113.

345 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 57; *Elonis v. United States* 575 US ____ (2015). Dazu kritisch: Murphy, Megan R. (2020). *Context, Content, Intent: Social Media's Role in True Threat Prosecutions*, in: *University of Pennsylvania Law Review* 168, S. 733–766; Robinson, Eric P. & Hill, Morgan B. (2020). *The Trouble with »True Threats«*, in: *University of Baltimore Journal of Media Law & Ethics* 8 (2), S. 37–67; Kass (2017). *Elonis v. United States*, S. 127–130; Opila, Jessica L. (2017). *How Elonis Failed to Clarify the Analysis of »True Threats« in Social Media Cases and the Subsequent Need for Congressional Response*, in: *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 24 (1), S. 95–114; Land (2016). *A human rights perspective on US constitutional protection of the internet*, S. 52–53.

346 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 57.

347 *Elonis v. United States*, 575 U.S. ____ (2015). Opinion Alito, S. 6. Siehe auch Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 57; Kass (2017). *Elonis v. United States*, S. 139–140.

348 Vgl. *Elonis v. United States*, 575 U.S. ____ (2015). Opinion Alito, S. 6. So auch Kass: »The strongest ally for the true threat analysis is context [...]«, Kass (2017). *Elonis v. United States*, S. 139.

Erwägungen des USSC langsam Eingang finden, auch wenn sie im konkreten Fall keine Auswirkung hatten.³⁴⁹

In der Entscheidung *Packingham v. North Carolina* dagegen erkannte die Gerichtsmehrheit die Bedeutung der Räume des Internets, insbesondere der Sozialen Medien, als öffentliche demokratische Foren bzw. moderne öffentliche Plätze, in deren Rahmen Bürger:innen ihrer Stimme Gehör verschaffen können, an.³⁵⁰ Daher ist auch der Zugang zu solchen Plattformen, die quasi-öffentliche Funktionen erfüllen, durch das *First Amendment* geschützt.³⁵¹ Das in *Reno v. ACLU* geschaffene Bild der »vast democratic forums of the Internet« wird im Urteil aufgegriffen und bestätigt.³⁵² Die Entscheidung stellt die Autonomie der Plattformen betreffend der Frage, inwieweit die Plattformen und Intermediäre selbst den Schutz des *First Amendments* genießen können, teilweise infrage.³⁵³ Zudem weitet sie die Bedeutung des *First Amendments* für digitale Räume aus.³⁵⁴ Jedenfalls darf der Staat Bürger:innen den Zugang zu den digitalen Plattformen nur mit extremer Vorsicht (»extreme caution«) verwehren.³⁵⁵ Das Urteil ist aber nicht nur aufgrund seiner Aussagen zur Bedeutung digitaler Plattformen als designierte Orte der freien Rede interessant, vielmehr äußert sich der USSC nunmehr, wie er selbst ausführt, zur Beziehung von *First Amendment* und dem Internet.³⁵⁶

»While we now may be coming to the realization that the Cyber Age is a revolution of historic proportions, we cannot appreciate yet its full dimensions and vast potential to alter how we think, express ourselves, and define who we want to be. The forces and directions of the Internet are so new, so protean, and so far reaching that courts must be conscious that what they say today might be obsolete tomorrow.«³⁵⁷

Diese Aussagen sind verwunderlich, da sie das Netz und seine Auswirkungen auf der einen Seite korrekt beschreiben und auf der anderen Seite so behandeln, als wäre es noch immer etwas vollständig Neues, was noch nicht durch das Recht greifbar ist und sich nur schwer juristisch bewerten lässt.³⁵⁸ Citron und Richards wenden dagegen treffend ein: »Contrary to the Court's thinking, the Internet is not a babe in the woods. Nor is it separate from everyday life. Today, virtually *all* aspects of our public and private lives—politics, child-rearing, work, health, shopping and sex—involve the Internet. [Herv.i.O.]«³⁵⁹ Auch wenn die *Packingham*-Rechtsprechung eine erste zaghafte Annäherung des USSC an die Realität der digitalen Kommunikation ist, so muss sie zukünftig intensiviert und

349 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 58.

350 Vgl. Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1611.

351 Vgl. ebd.

352 Vgl. *Packingham v. North Carolina*, 582 U. S. ____ (2017), S. 5; Citron & Richards (2018). *Four Principles for Digital Expression*, S. 1359.

353 Vgl. Klonick (2018). *The New Governors*, S. 1612–1613.

354 Vgl. Pollicino (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, S. 58.

355 Vgl. Ebd.

356 Vgl. *Packingham v. North Carolina*, 582 U. S. ____ (2017), S. 6.

357 Ebd.

358 Siehe auch: Citron & Richards (2018). *Four Principles for Digital Expression*, S. 1386.

359 Citron & Richards (2018). *Four Principles for Digital Expression*, S. 1355.

weiterentwickelt werden, um der Dimension der digitalen Konstellation gerecht zu werden.

Obwohl, wie oben erwähnt, das *First Amendment* als beinahe absolutes Abwehrrecht wirkt, kennt es spezifische Einschränkungen, die im Folgenden besprochen werden. Diese Schranken könnten auch einen Hinweis auf eine potenzielle Regulierung von *Online-Speech* geben, falls der CDA entfallen würde. Der Blick auf die fallbezogenen Schranken der *Free Speech Clause* des *First Amendments* erlaubt wiederum den Vergleich zu den Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit im deutschen und europäischen Recht und gibt darüber hinaus Hinweise, wie eine verfassungskonforme Regulierung von *Online-Speech* nach dem CDA aussehen könnte.

2.4.2 Einschränkungen der Redefreiheit in den Vereinigten Staaten

Der Schutz der freien Rede vor staatlichen Beschränkungen ist in den USA sehr weitreichend, aber keineswegs schrankenlos. Die Schranken des *First Amendments* sind anders als im GG nicht explizit kodifiziert, sondern wurden im *Case Law* des Obersten Gerichts entwickelt. Die Entscheidungstechnik unterscheidet sich von der bereits geschilderten Entscheidungsweise des BVerfG. Auf der einen Seite führt dieser Umstand dazu, dass die Grenzen der Redefreiheit für die Bürger:innen schwerer zu fassen sind als etwa die nachlesbaren kodifizierten Gesetze in Deutschland, auf der anderen Seite bietet die Rechtsfortbildung im Rahmen von *Case Law* den Gerichten die Möglichkeit, auf mediale und kommunikative Entwicklungen wie der Herausbildung des Plattform-Internets flexibler zu reagieren.

Im Zuge der Kontrolle von Grundrechtseingriffen nimmt der USSC zunächst eine zweistufige Prüfung vor: Zuerst prüft das Gericht, ob das entsprechende Grundrecht betroffen ist (»coverage«) und bei Bejahung im Anschluss, ob die Beschränkung – ausnahmsweise – zulässig, nachvollziehbar argumentiert und verhältnismäßig ist (»protection«).³⁶⁰ Generell verlangt auch das US-amerikanische Recht, wie das deutsche Recht, eine Würdigung des Einzelfalls.³⁶¹

Demzufolge müssen etwa im Internet getätigte Äußerungen auch netzspezifisch analysiert und eingeordnet werden. Jedoch fehlt es bislang an ausreichender einschlägiger Rechtsprechung, um eine stichhaltige, höchstrichterlich bestätigte rechtliche Systematik hinsichtlich der Regulierung von *Free Online-Speech* zu erkennen. Analog zur deutschen Verfassungsrechtsprechung und den einzelnen Urteilen der unteren Instanzen, gibt es bislang nur (z.T. widersprüchliche) Hinweise in der Rechtsprechung,³⁶² während Grundsatzurteile des USSC zu einzelnen Aspekten und Konstellationen der digitalen Dimension von *Speech* noch ausstehen.

Daher wird nachfolgend die aktuelle Dogmatik bzgl. der Begrenzung der Redefreiheit knapp rekonstruiert. Sie wird von der Rechtsprechung, insbesondere dem USSC,

360 Vgl. Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 197.

361 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 321–313.

362 Vgl. ebd., S. 313.

in Abwägungen von Einzelfällen (»balancing tests«) entwickelt.³⁶³ Ob Äußerungen den Schutz der *Free Speech Clause* des *First Amendments* beanspruchen können, hängt – der oben beschriebenen Konstellation aus *coverage* und *protection* entsprechend – zunächst von zwei Hauptfaktoren ab: Zum einen muss eine Äußerung in eine Kategorie geschützter Rede passen und zum anderen darf sie nicht aufgrund von verfassungskonformer Regulierung verboten sein.³⁶⁴

Bei dieser Regulierung wird zwischen inhaltsbezogener Regulierung (»content-based regulation«) und inhaltsneutraler Regulierung (»content-neutral regulation«) differenziert.³⁶⁵ »Content-based regulations« sind nach der Rechtsprechung des USSC mit wenigen Ausnahmen nicht verfassungskonform³⁶⁶ und auch für »content-neutral regulation« gibt es klare Vorgaben des Gerichts.

Damit eine Regelung die Redefreiheit aufgrund bestimmter Inhalte beschränken kann, muss sie den Anforderungen einer strikten Überprüfung, dem sog. »*Strict Scrutiny Test*«, genüge tun; während für inhaltsneutrale Regulierungen nur »intermediate scrutiny«, sprich eine mittelbare Überprüfung, vorgesehen ist.³⁶⁷ *Strict scrutiny* bedeutet, Einschränkungen müssen »einem überragenden staatlichen Interesse (»compelling governmental interest«) dienen, und [...] möglichst eng formuliert (»narrowly tailored«) worden sein, um dieses Interesse zu erreichen«.³⁶⁸ *Intermediate scrutiny* sieht dagegen niedrigere Anforderungen vor. Demnach müssen Einschränkungen zum einen einem wichtigen staatlichen Interesse dienen (»further an important government interest«) und zum anderen müssen die Einschränkungen diesem Interesse maßgeblich dienen (»must do so by means that are substantially related to that interest«).³⁶⁹

Nicht nur die Ziele der Regulierung werden durch die Gerichte einer Prüfung unterzogen, sondern auch die Regulierung selbst. So dürfen Gesetze, welche Äußerungen einschränken, weder zu unbestimmt (*vagueness doctrine*) noch zu weit gefasst (*overbreadth doctrine*) sein.³⁷⁰ Ein Gesetz ist »[...] unconstitutionally vague if a reasonable person cannot tell what speech is prohibited and what is permitted«³⁷¹ und »[...] unconstitutionally overbroad if it regulates substantially more speech than the Constitution allows to be regulated, and a person to whom the law constitutionally can be applied can argue

363 Vgl. Heldt, Amélie (2017). *Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA*, in: *Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ)*, S. 1458–1461, hier: S. 1459.

364 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 16; Heldt (2017). *Terror-Propaganda online*, S. 1459.

365 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 13; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 16.

366 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 13; Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 70–71; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 382 (1992).

367 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 14; *Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622 (1994).

368 Vgl. Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 72–74, Zitat S. 72.

369 Vgl. *Legal Information Institute, Cornell Law School* (oJ). *Intermediate Scrutiny*, abgerufen am 21.12.2021, von: https://www.law.cornell.edu/wex/intermediate_scrutiny.

370 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 57; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 113–118; Stone et al. (2020). *The First Amendment*, S. 112–116.

371 Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 57.

that it would be unconstitutional as applied to others.«³⁷² Durch diese Doktrin stellt der USSC ein gewichtiges Bestimmtheitsgebot für Beschränkungen der freien Rede auf. Als weitere eher urteilstechnische Regel muss das beinahe absolute Verbot von zeitlich vorgelagerten Beschränkungen (»prior restraints«) von Äußerungen, etwa durch Gerichtsbeschlüsse, Unterlassungserklärungen oder Lizenzierungssysteme genannt werden. Äußerungen dürfen nur im Rahmen der konkreten *Ex-post*-Betrachtung des Einzelfalls bewertet werden.³⁷³

Wie vorausgehend erwähnt, etablierte das Oberste Gericht verschiedene Kategorien von Rede, die nach unterschiedlichen Standards bewertet werden. Dogmatisch geht der USSC ähnlich dem BVerfG in den Fällen von »Schmähhkritik«, »Formalbeleidigung« bzw. dem »Angriff auf die Menschenwürde« vor, indem es unzulässige Äußerungen von vornherein aus dem Schutzbereich der *Free Speech* fallen lässt (»unprotected speech«). Diese Kategorie von Äußerungen darf der Staat verbieten bzw. unter Strafe stellen. Neben der ungeschützten Rede wurden in der Rechtsprechung die Kategorien der weniger geschützten Rede (»less-protected speech«) und der minderwertigen Rede (»low value speech«) geprägt.³⁷⁴ Die Schranken oder Fallgruppen wurden jedoch nicht systematisch, sondern Fall-bezogen entwickelt und unterliegen historischen Veränderungen.³⁷⁵ Nach herrschender Meinung sind die Schranken der Ausnahmen bzgl. des Schutzbereichs der *Free Speech Clause* sehr eng gezogen.³⁷⁶

Zu den Fallgruppen von Rede, die nicht vom ersten Zusatzartikel geschützt sind,³⁷⁷ zählen nach jüngerer Rechtsprechung des USSC: »*obscenity, defamation, fraud, incitement, speech integral to criminal conduct*« (*United States v. Stevens* (2010)),³⁷⁸ »*obscenity, incitement und fighting words*« (*Brown v. Electronic Merchants Association* (2011))³⁷⁹ und »*incitement, obscenity, certain kinds of defamation, speech integral to criminal conduct, fighting words, child pornography, fraud, true threats und speech presenting some grave and imminent threat the government has the power to prevent*« (*United States v. Alvarez* (2012)).³⁸⁰

372 Ebd., S. 59.

373 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 65–95; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 118–133; Stone et al. (2020). *The First Amendment*, S. 116–127.

374 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 139.

375 Vgl. Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 237–241.

376 Vgl. ebd., S. 237–238, 240–241.

377 In der Literatur lassen sich durchaus andere Systematiken finden. Exemplarisch siehe: Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 139–365; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 23–112; Stone et al. (2020). *The First Amendment*, S. 17–108 u. 129–284; Heldt (2017). *Terror-Propaganda online*, S. 1459; Kelso, R Randall (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and Reasonableness Balancing*, in: *Elon Law Review* 8 (2), S. 291–406, hier: S. 324–367.

378 *United States v. Stevens*, 130 S. Ct. 1577, 1584 (2010), zitiert nach: Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 240.

379 *Brown v. Electronic Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729, 2733 (2011), zitiert nach: Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 240.

380 *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537, 2544 (2012), zitiert nach: Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 240.

Es fällt auf, dass der USSC trotz der herausgehobenen Bedeutung fallbezogener Schranken auf eine konsistente Aufzählung der Einzelfälle in den jeweiligen Urteilen verzichtet. Dennoch lassen sich in der Gesamtschau seiner aktuellen Rechtsprechung mindestens neun Ausnahmefälle identifizieren, welche unter verschiedene Kategorien fallen, die außerhalb des Schutzbereichs des *First Amendments* und im Bereich der *content-based restrictions* liegen können. Dies bedeutet, dass Äußerungen dieser Fallgruppen entweder keinen oder nur einen geringen Schutz des *First Amendments* genießen, was dem Staat ausnahmsweise Regulierungsbefugnisse einräumt. Die Kategorien werden nun mit einem Fokus auf ihre digitale Dimension überblicksweise dargestellt:

Rede im Bereich des Sexuellen – Sexually oriented speech

1. *Obscenity*³⁸¹ oder *obscene speech*, also »[obszöne] oder pornographische Darstellungen«³⁸², liegen dann vor, wenn die Äußerung »im Einzelfall anhand einer Gesamtbetrachtung [einer durchschnittlichen Person, nach zeitgemäßen gesellschaftlichen Standards, Anm. P.B.]³⁸³ dazu dienen, lüsterne (ungesunde) Interessen zu bedienen, sexuelle Handlungs- bzw. Verhaltensweisen in offenkundig anzüglicher Weise beschreiben und [wenn, Anm. P.B.] der Äußerung insgesamt jeder ernsthafte literarische, künstlerische, politische und wissenschaftliche Wert fehlt.«³⁸⁴ Ob eine Äußerung als »Obscenity« in den Bereich ungeschützter Rede fällt, ist überprüfbar mit dem *Obscenity Test*, bzw. der *Miller*-Formel, welche sich auf die bis heute einschlägige Rechtsprechung in *Miller v. California* von 1973 bezieht, die in einem Dreischritt die genannte Definition überprüft. Es wird geprüft ob a) das Gesamtwerk lüsterne Interessen bedient, b) ob sexuelle/anzügliche Verhaltensweisen vorliegen und c) ob ernsthaftes literarisches, künstlerisches, politisches und wissenschaftliches Verhalten vorliegt.³⁸⁵

2. *Child pornography*³⁸⁶ ist, anders als Pornografie selbst, von vornherein nicht geschützt. Der staatliche Schutz für Kinder- und Jugendliche überwiegt gegenüber dem Freiheitsrecht (»compelling governmental interest«).³⁸⁷ Kinderpornografie ist auch

381 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 197–207; Stone et al. (2020). *The First Amendment*, S. 189–211; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 64–71; Stone, Geoffrey R. (2019). *Sex and the First Amendment: The Long and Winding History of Obscenity Law*, in: *First Amendment Law Review* 17, S. 134–146, insb. S. 138–144; Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 342–349; Leiturteile des USSC bzgl. Obscenity: *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

382 Vgl. Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 83–84.

383 Vgl. Feinman (2018). *Law 101*, S. 70.

384 Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 286–287; *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

385 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 67; Tsesis (2020). *Free Speech in the Balance*, S. 12–15; Feinman (2018). *Law 101*, S. 70.

386 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 207–211; Stone et al. (2020). *The First Amendment*, S. 211–218; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 80–86; Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 349–358; Leiturteile des USSC bzgl. Kinderpornografie: *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Osborn v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002); *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008).

387 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 86.

dann keine geschützte Rede, wenn sie durch den *Obscenity Test* nicht identifiziert werden kann.³⁸⁸

Die digitale Konstellation wirft neue Fragen in Bezug auf den strikten Ausschluss von Kinderpornografie aus dem Schutzbereich des *First Amendments* auf, der bereits Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen war. Etwa das *Sexting*, sprich das Übersenden von (erotischen) Nacktbildern- bzw. Videos, unter Minderjährigen.³⁸⁹ Dies ist eine weitverbreitete Praxis von Heranwachsenden auch in den USA,³⁹⁰ die zwar oft die Definition von Kinderpornografie trifft, aber oftmals als konsensual und Ausdruck der sich entwickelnden Sexualität von Jugendlichen anzusehen ist.³⁹¹ Solches muss zunächst anerkannt werden, auch wenn es erhebliche Gefahren wie etwa Rachepornografie, unkontrollierte Verbreitung oder Bullying mit den jeweiligen möglicherweise gravierenden Folgen mit sich bringt. Es bleibt aber problematisch, *Sexting* unter Jugendlichen mit dem gleichen Maßstab zu messen wie sonstige Kinderpornografie.³⁹²

Neben dem *Sexting* beschäftigen sich Debatte und Gerichte mit virtuell erstellter Kinderpornografie, für deren Herstellung keine Kinder unmittelbar zu Schaden gekommen sind, als möglichem Schutzgut für das *First Amendment*.³⁹³ Während der USSC seit der Rechtsprechung im Fall *New York v. Ferber* aus dem Jahr 1982 keinen Zweifel daran lässt, dass echte (»actual«) Kinderpornografie nicht durch das *First Amendment* geschützt ist und demnach durch Gesetze verboten werden kann, ist dies für virtuell bzw. künstlerisch/künstlich erstellte Kinderpornografie nicht eindeutig.³⁹⁴ Der USSC entschied in den Fällen *Ashcroft v. The Free Speech Coalition* von 2002 und *United States v. Williams* von 2008, dass das Herstellen und die Verbreitung virtueller Kinderpornografie nicht in jedem Fall verboten werden kann. Zumindest bis zu der Schwelle einer unmöglichen Unterscheidbarkeit von virtueller und realer Kinderpornografie durch den technischen Fortschritt ist virtuelle Kinderpornografie mitunter statthaft,³⁹⁵ obwohl diese Schwelle in der Literatur bereits 2010 als überschritten angesehen wurde.³⁹⁶ Hard-

388 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 207.

389 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 81–82.

390 Vgl. Madigan, Sheri; Ly, Anh; Rash, Christina L.; v. Ouystel; Joris & Temple, Jeff R. (2018). *Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behavior Among Youth: A Systematic Review and Meta-Analysis*, in: *JAMA Pediatrics* 172 (4), S. 327–335.

391 Siehe zur Verbreitung und rechtlichen Behandlung von *Sexting* unter Minderjährigen in den USA: Strasburger, Victor C.; Zimmermann, Harry; Temple, Jeff R. & Madigan, Sheri (2019). *Teenagers, Sexting, and the Law*, in: *Pediatrics* 143 (5), abgerufen am 14.04.2023, von: <https://publications.aap.org/pediatrics/article/143/5/e20183183/37112/Teenagers-Sexting-and-the-Law>.

392 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 82.

393 Vgl. Mains, Benjamin A. (2010). *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography*, in: *Hastings Constitutional Law Quarterly* 37 (4), S. 809–836; Schuster, Lyndall (2002). *Regulating Virtual Child Pornography in the Wake of Ashcroft v. Free Speech Coalition*, in: *Denver University Law Review* 80 (2), S. 429–461; *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002); *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008).

394 Vgl. Mains (2010). *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment*, S. 810.

395 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 86; Mains (2010). *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment*, S. 810–812.

396 Vgl. Mains (2010). *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment*, S. 812.

und Software haben seit 2010, sowohl betreffend der Leistungsfähigkeit als auch der Zugänglichkeit, gewaltige Sprünge nach vorn gemacht, was das Argument zum Verbot virtueller Kinderpornografie unterstreicht.

Rede an der Grenze zwischen Sprache und Verbrechen

3. *Incitement*,³⁹⁷ die Schutzbereichsausnahme »Anstiftung durch Rede«, geht auf eine lange Reihe von Urteilen zumeist aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zurück. In dieser sich fortentwickelnden Rechtsprechung definierte der USSC mittels verschiedener Tests und Formeln die Reichweite der Schutzbereichsausnahme.³⁹⁸

Der heute gültige Standard wurde im Urteil *Brandenburg v. Ohio* von 1969 entwickelt und nennt sich »Brandenburg-Test« bzw. »imminent lawless action« Test.³⁹⁹ Dieser besagt: »Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action [Herv. P.B.]«. ⁴⁰⁰ Laut dem *Brandenburg-Test* muss Rede dazu geeignet sein, zu einer unmittelbaren bzw. unmittelbar bevorstehenden, gesetzeswidrigen Handlung anzustiften oder diese herbeizuführen. Ferner muss das Eintreten der gesetzeswidrigen Handlung wahrscheinlich sein, damit die Rede verboten werden kann. Es reicht nicht, dass Gewalt oder Gesetzübertretungen angedroht oder befürwortet werden, um die Rede zu beschränken. Vor Gericht werden drei Merkmale geprüft: a) gezielte Anstiftung (»Direct Advocacy«), b) Unmittelbarkeit (»Imminence«) und c) Wahrscheinlichkeit (»Likelihood«). ⁴⁰¹

Die in *Brandenburg v. Ohio* entwickelten Standards werden aus verschiedenen Perspektiven heraus kritisiert: Sie seien aus der Zeit gefallen;⁴⁰² würden der Rechtsanwendung zu unspezifische Vorgaben für den Gebrauch des Tests machen, was dementsprechend zu Unklarheiten führe;⁴⁰³ würden die freie Rede unnötig einengen und sollten abgeschafft werden, da die Verantwortung für ein Verbrechen bei der Person läge, die das

397 Vgl. Tsesis (2020). *Free Speech in the Balance*, S. 85–89; Leiturteile des USSC bzgl. *Incitement*: *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. (1919); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

398 Konkret entwickelte das Gericht zunächst den »Clear and Present Danger Test« in den Jahren nach dem Ersten Weltkrieg, in den 20er und 30er Jahren den »Reasonableness Test« und schließlich ab den 50er Jahren eine Risiko-Formel (»Risk Formula Approach«). Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 140–160.

399 Vgl. Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 75–76; eine ausführliche Besprechung des Urteils *Brandenburg v. Ohio* findet sich bei: Lynd, Staughton (1975). *Brandenburg v. Ohio: A Speech Test For All Seasons?*, in: *The University of Chicago Law Review* 43, S. 151–193. Zur Entwicklung der Schranke und ihren Tests siehe: Feinman (2018). *Law 101*, S. 71–73.

400 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), Justitia.

401 Vgl. Wilson, Richard A. & Kiper, Jordan (2020). *Incitement in an Era of Populism: Updating Brandenburg after Charlottesville*, in: *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs* 5 (2), S. 189–255, hier: S. 205–214.

402 Vgl. Wilson & Kiper (2020). *Incitement in an Era of Populism*, S. 86–87; Han, David S. (2019). *Brandenburg and Terrorism in the Digital Age*, in: *Brooklyn Law Review* 85 (1), S. 85–110.

403 Vgl. Wilson & Kiper (2020). *Incitement in an Era of Populism*.

Verbrechen begeht und nicht bei der Person, die dazu auffordert;⁴⁰⁴ und schließlich seien sie nicht geeignet, um den Gefahren von Anstiftung im Zuge von online Rede zu begegnen.⁴⁰⁵

Der digitale Raum entspricht nicht mehr den Annahmen, die das Gericht 1969 über die Räume der Meinungsäußerung getroffen habe. Insbesondere die Entstehung von *Echokammern* und die algorithmische Strukturierung digitaler Plattformen verändern die Prämissen der Redefreiheit, indem sie etwa Gegenrede erschweren oder gar unmöglich machen.⁴⁰⁶

4. *Speech integral to criminal conduct*,⁴⁰⁷ bezieht sich auf Rede, die mit einem bestimmten kriminellen Verhalten wie etwa Mord oder Kindesmissbrauch in Verbindung steht oder dieses Verhalten unmittelbar androht. Eugene Volokh formuliert es in seiner Rekonstruktion der Doktrin so: »When speech tends to cause some illegal conduct (illegal conduct other than prohibited speech itself)—such as murder, fights, restraint of trade, child sexual abuse, discriminatory refusal to hire, and the like—this opens the door to possible restrictions on such speech.«⁴⁰⁸

5. *Fighting words*,⁴⁰⁹ bezeichnet Wörter, »die bereits durch ihre Äußerung verletzend wirken oder die dazu geeignet sind, eine sofortige Störung des öffentlichen Friedens her-

404 Vgl. Hart, James (2019). *Revisiting Incitement Speech*, in: *Quinnipiac Law Review* 38 (1), S. 111–136.

405 Vgl. Goldenziel, Jill I. & Cheema, Manal (2019). *The New Fighting Words?: How U.S. Law Hampers the Fight against Information Warfare*, in: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 22 (1), S. 81–170, hier: S. 109–112; Han (2019). *Brandenburg and Terrorism in the Digital Age*.

406 Vgl. Han (2019). *Brandenburg and Terrorism in the Digital Age*, S. 99–104.

407 Vgl. Volokh, Eugene (2016). *The Speech Integral to Criminal Conduct Exception*, in: *Cornell Law Review* 101 (4), S. 981–1052, hier: S. 1051; Leitentscheidung des USSC zur *Criminal Conduct Exception*: *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949).

408 Volokh (2016). *The Speech Integral to Criminal Conduct Exception*, S. 986–987. Die *Speech Integral to Criminal Conduct Exception* wird in der Literatur kritisch betrachtet. Siehe nur die ausführliche Betrachtung von Volokh (2016). *The Speech Integral to Criminal Conduct Exception*, oder, die Schranke gänzlich ablehnend: Weinstein, James (2019). *Cyber Harassment and Free Speech: Drawing the Line Online*, in: Brison, Susan J. & Gelber, Katherine (Hg.). *Free Speech in the Digital Age*, New York: Oxford University Press, S. 52–73, hier: S. 68–69.

409 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 172–184; Kasper, Eric T. (2021). *No Essential Reason to Restrict the Freedom of Speech: Why it is Time to Knock out Chaplinsky v. New Hampshire and the Fighting Words Doctrine*, in: *Texas Tech Law Review* 53 (4), S. 613–668; Stone et al. (2020). *The First Amendment*, S. 84–88; Strasser, Mark P. (2020). *Those are Fighting Words, Aren't They? On Adding Injury to Insult*, in: *Case Western Reserve Law Review* 71 (19), S. 249–292; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 36–39; Barton, Ashley (2017). *Oh Snap: Whether Snapchat Images Qualify as Fighting Words under Chaplinsky v. New Hampshire and How to Address American's Evolving Means of Communication*, in: *Wake Forest Law Review* 52 (5), S. 1287–1312; Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 79–80; O'Neil, Robert M. (2013). *Hate Speech, Fighting Words, and Beyond: Why American Law is Unique*, in: *Albany Law Review* 76 (1), S. 467–498; Calvert, Clay (2010). *Fighting Words in the Era of Texts, IMs and E-Mails: Can a Disparaged Doctrine Be Resuscitated to Punish Cyber Bullies*, in: *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* 21 (1), S. 1–48; Leitentscheidungen des USSC zu *Fighting Words*: *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

beizuführen.«⁴¹⁰ Die *Fighting-Words-Doktrin* bzw. *Free Speech Exception* wurde 1942 im Urteil zu *Chaplinsky v. New Hampshire* entwickelt und ist bis heute gültig.⁴¹¹ Sie wurde jedoch durch weitere Supreme-Court-Rechtsprechung konkretisiert, sodass *Fighting Words* anhand von vier Kernelementen bestimmt werden müssen:

a) Anhand des *Inhalts* der Äußerung; b) dem/der *Adressat:in* der Äußerung; c) der *Wahrscheinlichkeit einer Reaktion* des/der Adressat:in; und schließlich c) ob es wahrscheinlich ist, dass eine solche – gewalttätige – Reaktion *unmittelbar* erfolgt.⁴¹² Gerichte müssen den genauen Wortlaut und die Umstände einer Äußerung würdigen, wenn sie die *Fighting-Words-Doktrin* anwenden.⁴¹³

Die Anwendung der Doktrin im digitalen Raum wird dadurch erschwert bzw. verunmöglicht, dass sie sich in der Ursprungsrechtsprechung und auch in der derzeitigen Interpretation auf das in Anwesenheit gesprochene Wort bezieht.⁴¹⁴ Im Internet gibt es jedoch weniger *face-to-face*- als *text-to-text*-Situationen, z.B. in *Instant-Messaging*-Systemen, E-Mails etc. Daher argumentiert etwa Clay Calvert, dass die *Fighting-Words-Doktrin* auch auf *text-to-text*-Situationen angewendet werden sollte, um invektiven Konstellationen – im Fall Clays geht es um Cybermobbing – gesetzgeberisch beikommen zu können, ohne dass die Gesetze auf Grundlage der Redefreiheit außer Kraft gesetzt werden können.⁴¹⁵ Ähnlich argumentiert Ashley Barton im Zuge der Analyse eines Präzedenzfalls vor dem Colorado Court of Appeals,⁴¹⁶ bei dem es darum ging, ob ein mit *Snapchat* versendetes Bild *Fighting Words* darstellen kann und inwieweit dies generell auf potenziell beleidigende Bilder auf der Plattform *Snapchat* zutreffen kann.⁴¹⁷ Am Ende der Analyse kommt sie zu dem – die Probleme der Rechtsprechung zum *First Amendment* in der digitalen Konstellation zuspitzenden – Schluss:

»Snapchat, along with other new technology, deserves First Amendment protection. However, reconciling First Amendment speech principles by qualifying Snapchat images as ›speech‹ without reclassifying how such speech is evaluated under the fighting words doctrine does a disservice to our First Amendment jurisprudence.«⁴¹⁸

Neben der Kritik zur mangelnden Anwendbarkeit in der digitalen Konstellation wird die *Fighting Words Exception* von Mark P. Strasser als insgesamt zu unspezifisch kritisiert

410 Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 80; »There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These included the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ›fighting‹ words – those which by their utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace.«, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571–572 (1942), *justitia*.

411 Vgl. zum Sachverhalt Strasser (2020). *Those are Fighting Words, Aren't They?*, S. 250–254. Siehe ferner Kasper (2021). *No Essential Reason to Restrict the Freedom of Speech*, insb. S. 614–615.

412 Vgl. Calvert (2010). *Fighting Words in the Era of Texts, IMs and E-Mails*, S. 4–5.

413 Vgl. ebd., S. 26.

414 Vgl. ebd., S. 36–37.

415 Vgl. ebd., insb. S. 45–48.

416 *In re R.C. No. 14CA2210*, 2016 WL 6803065 (Col. App. Nov 17, 2016).

417 Vgl. Barton (2017). *Oh Snap*.

418 Ebd., S. 1312.

(»neither well-defined nor narrowly limited«), was in der Rechtspraxis zu erheblichen Unterschieden bei der Anwendung der Doktrin in den Bundesstaaten führt.⁴¹⁹ Eric T. Kasper spricht sich sogar für die komplette Abschaffung der *Fighting-Words-Doktrin* aus, da er in ihr, neben den Problemen bzgl. zu vager oder breiter Regulierung, ein spezielles Diskriminierungsrisiko insbesondere hinsichtlich rassistischer Diskriminierung sieht. Kasper sieht in den anderen *Free Speech Exceptions* ausreichende Regulierung und spricht sich für eine institutionelle und gesellschaftliche Zivilisierung des Diskurses aus.⁴²⁰

Bedrohungen

6. *True threats*,⁴²¹ sprich *echte Bedrohungen*, sind »Äußerungen, von denen aktuelle und tatsächliche Bedrohungen [...] ausgehen.«⁴²² Sie reichen über eine Schlagworthaftigkeit hinaus und insinuiert ein sofortiges oder unmittelbar bevorstehendes Handeln.⁴²³

Ob eine echte Drohung/Bedrohung vorliegt, ermitteln Gerichte mit dem sog. »true threat test«. *True threats* liegen vor, wenn eine vernünftige Person eine Drohung als unmittelbare oder zukünftige Gefahr interpretieren würde.⁴²⁴

In der Judikatur unterhalb der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs haben sich zwei Linien der praktischen Durchführung des Tests entwickelt – der objektive und der subjektive Test. Beim objektiven Test ermittelt eine Jury, ob eine Äußerung, dem Empfinden einer vernünftigen außenstehenden Person nach, eine echte Bedrohung darstellt und ob es aus dieser Sicht naheliegt, dass die sich äuernde Person voraussehen konnte, dass ihre Äußerung auch als Drohung zu verstehen ist. Beim subjektiven Test muss das Gericht ermitteln, ob die sich äuernde Person bewusst eine Bedrohung im Sinne der *True-Threat-Doktrin* getätigt hat.⁴²⁵ Der entscheidende Unterschied ist also die Betrachtung der Situation von außen bzw. vom (objektiven) Empfänger:innenhorizont (*objective test*) oder aus der Perspektive der sich äuernden Person bzw. der Sender:innenperspektive (*subjective test*).

419 Vgl. Strasser (2020). *Those are Fighting Words, Aren't They?*, S. 290–292, Zitat S. 290.

420 Vgl. Kasper (2021). *No Essential Reason to Restrict the Freedom of Speech*, insb. S. 666–667.

421 Vgl. Murphy (2020). *Context, Content, Intent*; Robinson & Hill (2020). *The Trouble with »True Threats«*; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 177–179; Opila (2017). *How Elonis Failed to Clarify the Analysis of »True Threats« in Social Media Cases and the Subsequent Need for Congressional Response*; Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 331–336; Brenner, Jennifer (2002). *True Threats: A More Appropriate Standard for Analyzing First Amendment Protection and Free Speech When Violence Is Perpetrated over the Internet*, in: *North Dakota Law Review* 78 (4), S. 753–784; Leitentscheidungen des USSC zu true threats: *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003); *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723 (2015).

422 Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 272; *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

423 Vgl. Tsesis (2020). *Free Speech in the Balance*, S. 89; Zur Kritik an der *True-Threat-Doktrin* siehe S. 92–95. Die moderne *True-Threat-Doktrin* wurde vom USSC 1969 im Fall *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 entwickelt. Vgl. Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 331; Brenner (2002). *True Threats*, S. 766–768.

424 Vgl. Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 331.

425 Vgl. Robinson & Hill (2020). *The Trouble with »True Threats«*, S. 40–42.

Die bedeutendsten USSC-Urteile, welche *true threats* behandeln, sind *Watts v. United States* (1969), *Virginia v. Black* (2003) und der bereits oben thematisierte Fall *Elonis v. United States* (2015).

Die Rechtsprechung zu *Elonis* wird weithin als vertane Chance des Obersten Gerichts angesehen, sich zu *First-Amendment*-Fragen im Internet und spezifisch in Sozialen Medien zu äußern.⁴²⁶ Matt Kass bringt das Problem, mit dem der USSC die unteren Gerichte in der Rechtsanwendung auf sich allein stellt, wie folgt zum Ausdruck:

»The strongest ally for the true threat analysis is context and while every jury member has their own personal biases and limitations when it comes to digital age, one can hope that a jury can analyze the historical context, reaction of the audience and the content itself when determining if an online post rises to the level of a threat.«⁴²⁷

Damit Jurys überall zu möglichst ähnlichen Ergebnissen bei der Beurteilung von Äußerungen, die als *true threat* klassifiziert werden, kommen, wäre es notwendig, dass das Gericht einheitliche und medienspezifische Standards festlegt. Denn »speech that is mediated by information networks and binary code amplifies the potential for a receiving user to interpret a statement as conveying something different than what the speaker intended to convey.«⁴²⁸

7. *Speech presenting some grave and imminent threat the government has the power to prevent.*⁴²⁹ Die 1931 in *Near v. Minnesota* entwickelte Ausnahme bezieht sich auf die ohnehin enge und in späterer Rechtsprechung, etwa 2012 in *United States v. Alvarez*, noch weiter eingegengte Möglichkeit des Staates, durch Vorzensur bzw. Unterdrückung von Rede (*prior restraint*) schweren und unmittelbaren Schaden abzuwenden.⁴³⁰ Vorzensur, so ist seit *Near v. Minnesota* klar, ist nur in wenigen enggefassten Fällen mit dem *First Amendment* vereinbar.⁴³¹ Etwa in Fragen der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Schutz vor der Anstiftung zum Aufruhr und vor Obszönitäten.⁴³² Für diese Ausnahmen

426 Siehe nur: Murphy (2020). *Context, Content, Intent*; Robinson & Hill (2020). *The Trouble with »True Threats«*; Kass (2017). *Elonis v. United States*; Opila (2017). *How Elonis Failed to Clarify the Analysis of »True Threats« in Social Media Cases and the Subsequent Need for Congressional Response*.

427 Kass (2017). *Elonis v. United States*, S. 139.

428 Murphy (2020). *Context, Content, Intent*, S. 734.

429 Vgl. Weinstein (2020). *What Lies Ahead?*, S. 145, Fn. 51; Tompros, Louis w.; Crudo, Richard A.; Pfeiffer, Alexis & Boghossian, Rahel (2017). *The Constitutionality of Criminalizing False Speech Made on Social Networking Sites in a Post Alvarez, Social Media-Obsessed World*, in: *Harvard Journal of Law & Technology* 31 (1), S. 65–109, hier: S. 89. Siehe ferner: *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 716 (1931); *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971); Zuletzt durch den USSC aufgegriffen in: *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 717 (2012); Weiterhin: Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 68–78.

430 Vgl. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 717 & 730 (2012); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 716 (1931).

431 Vgl. Pilgrim, Tom A. (1991). *Dictum Recasts the First Amendment: A Revisionist Examination of Near v. Minnesota*, in: *Communications and the Law* 13 (2), S. 43–60, hier: S. 43–44.

432 Vgl. Meyerson, Michael I. (2001). *Rewriting Near v. Minnesota: Creating a Complete Definition of Prior Restraint*, in: *Mercer Law Review* 52 (3), S. 1087–1146, hier: S. 1090–1092; Pilgrim (1991). *Dictum Recasts the First Amendment*, S. 50–51.

vom Verbot der Vorzensur gibt es wiederum Einschränkungen. So machte der USSC z.B. in *United States v. Alvarez* deutlich, dass Lügen nur reguliert werden können, wenn sich Äußernde damit erkennbar rechtswidrigen Schaden anrichten wollen und wenn die Regulierung eng auf die Vermeidung der Verletzung des Schutzgutes abzielt.⁴³³

Betrug

8. *Fraud*,⁴³⁴ also Betrug, fällt von vornherein aus dem Schutzbereich des *First Amendments*. So formuliert der USSC in der Entscheidung *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* (1976) eindeutig: »Untruthful speech, commercial or otherwise, has never been protected for its own sale. [...] Obviously, much commercial speech is not provably false, or even wholly false, but only deceptive or misleading. We foresee no obstacle to a State's dealing effectively with this problem.«⁴³⁵ Obgleich die genannte Entscheidung sich auf Betrug im Rahmen kommerzieller Rede, sprich Werbung, bezieht, hat sich rund um die Beziehung von Falschheit, Lügen und Unwahrheit zum dem *First Amendment* ein reicher Korpus von Literatur entwickelt,⁴³⁶ welcher im sechsten Kapitel dieser Arbeit insbesondere im Zusammenhang mit (*Deep*)-*Fakes* und *Fake-News* eine Rolle spielen wird.

Recht der persönlichen Ehre – Defamation

9. Certain kinds of *defamation*,⁴³⁷ wird als letzte Grenze des *First Amendments* untersucht: »Defamation« ist eine besondere Kategorie geringerwertiger und dennoch geschützter Rede.⁴³⁸ »Defamation is the intentional publication of a statement of fact which is false, unprivileged, and which causes special damage or has a natural tendency to injure reputation. A statement has a natural tendency to diminish reputation when it lowers

433 Vgl. Goldenziel & Cheema (2019). *The New Fighting Words?*, S. 107.

434 Vgl. Tsesis (2020). *Free Speech in the Balance*, S. 17–18. Leitentscheidung des USSCs zur Ausnahme des Schutzes durch das First Amendment: *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

435 *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748, 771 (1976).

436 Siehe nur: Redish, Martin H. & Pereya, Julio (2020). *Resolving the First Amendment's Civil War: Political Fraud and the Democratic Goals of Free Expression*, in: *Arizona Law Review* 62, S. 451–485; Weinstein (2020). *What Lies Ahead?*, S. 135–167; Chemerinsky, Erwin (2018). *False Speech and the First Amendment*, in: *Oklahoma Law Review* 71 (1), S. 1–15; Schauer, Frederick (2010). *Facts and the First Amendment*, in: *UCLA Law Review* 57, S. 897–919.

437 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 288–314; Lux, Emma (2021). *Twitter, Parody, and the First Amendment: A Contextual Approach to Twitter Parody Defamation*, in: *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 41 (1), S. 1–38; Tilley, Cristina C. (2020). *(Re)Categorizing Defamation*, in: *Tulane Law Review* 94 (3), S. 435–518; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 39–52; Abiuso, Christopher M. (2019). *You're Fake News: Preserving Both Free Speech and Defamation Lawsuits*, in: *Hofstra Law Review* 47 (4), S. 1359–1396; Greenwood, Jeffrey (2018). *Group Defamation, Power, and a New Test for Determining Plaintiff Eligibility*, in: *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 28 (4), S. 871–945; Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 358–362. Leitentscheidungen des USSC bzgl. *Defamation*: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); *Curtis Pub. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988); *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

438 Vgl. Tsesis (2020). *Free Speech in the Balance*, S. 15.

the esteem in which a person is held [...],« so Emma Lux⁴³⁹ Es ist essenziell, dass es neben der Beziehung zwischen diffamierender und diffamierter Person noch Dritte gibt, welche durch ihr Zeugnis den Schadenseintritt bedingen, damit Defamation vorliegen kann. Damit kommt dem Grad von Öffentlichkeit eine erhebliche Rolle in Bezug auf das Vorliegen von *Defamation* zu.⁴⁴⁰

Bis zur Rechtsprechung in *New York Times Co. v. Sullivan*⁴⁴¹ im Jahr 1964 genoss »defamatory speech« nahezu keinen Schutz durch das *First Amendment*. Das Genannte sowie folgende Urteile änderten dies, sodass es heute eine Reihe von Tests gibt, welche die Abwägung zwischen persönlicher Ehre und dem staatlichen Schutzinteresse derselben auf der einen Seite sowie der freien Rede auf der anderen Seite strukturieren.⁴⁴²

Nachfolgend wird ein genauerer Blick auf das *Defamation Law* geworfen, welches den Ehrschutz in den Vereinigten Staaten regelt. Insgesamt sieht der USSC eine Prüfung auch für die in engen Grenzen bestimmten Fälle von Rede vor, welche nicht (vollständig) als »Speech« im Sinne des *First Amendments* geschützt sind. Diese Fälle verlangen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie den Schutz vor »Präventivzensur« und vor unkonkreten Beschränkungen.⁴⁴³

»Defamation is a tort that imposes liability for making false and derogative statements that injure someone's reputation.«⁴⁴⁴ Der Ehrschutz in den Vereinigten Staaten wird nicht, wie in Deutschland, v.a. über das Strafrecht organisiert, sondern zivilrechtlich im Bereich des Deliktrechts (*Tort Law*).⁴⁴⁵ Ferner ist die *Defamation*-Gesetzgebung größtenteils Sache der Bundesstaaten, welche sich jedoch an der Rechtsprechung des USSC orientieren müssen.⁴⁴⁶ Das angelsächsische Recht, aus dem der US-amerikanische Ehrschutz entlehnt ist, unterscheidet generell im Bereich des *Defamation Law* zwischen »libel« und »slander«. ⁴⁴⁷

Slander ist eine flüchtige und »lediglich hörbar[e] (*audible*)« Diffamierung – etwa Gesprochenes, Gestik oder Zeichen, während *libel* »dauerhaft[] (*permanent*)« und »visuell (*visible*)« ist – also etwa Geschriebenes, Bilder oder Mischungen von beidem.⁴⁴⁸

Für die meisten Fälle und auch für den Bereich der *Online-Speech* kommt v.a. das Delikt *libel* infrage. Unter Berücksichtigung der USSC-Rechtsprechung lassen sich mit Jef-

439 Lux (2021). *Twitter, Parody, and the First Amendment*, S. 6.

440 Vgl. Tilley (2020). *(Re)Categorizing Defamation*, S. 449.

441 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Siehe Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 288–295.

442 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 39–41; Kelso (2016). *The Structure of Modern Free Speech Doctrine*, S. 358.

443 Vgl. Möller (2016). *Der grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA*, S. 239.

444 Feinman (2018). *Law 101*, S. 68.

445 Eine sehr zugängliche Beschreibung des *Tort Laws* insgesamt findet sich bei: Feinman (2018). *Law 101*, S. 141–178.

446 Vgl. Abiuso (2019). *You're Fake News*, S. 1367; Greenwood (2018). *Group Defamation, Power, and a New Test for Determining Plaintiff Eligibility*, S. 878.

447 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 39; Abiuso (2019). *You're Fake News*, S. 1367.

448 Vgl. Kölbl, Alois (1998). *Die Meinungsfreiheit in Grossbritannien*, Frankfurt a.M./New York: P. Lang, S. 63–64. Siehe auch Abiuso (2019). *You're Fake News*, S. 1367.

frey Greenwood zusammenfassend vier Elemente des »Modern Tort« *Defamation* ausmachen:

- »(a) A false and defamatory statement concerning another;
- (b) An unprivileged publication to a third party;
- (c) Fault amounting at least to negligence on the part of the publisher; and
- (d) Either actionability of the statement irrespective of special harm or the existence of special harm by the publication.«⁴⁴⁹

Der USSC hat das *Defamation Law* durch seine Rechtsprechung unter Bezugnahme auf den ersten Zusatzartikel auch darüber hinaus maßgeblich geprägt und verschiedene fallbezogene Kriterien für die Abwägung aufgestellt.⁴⁵⁰

Dazu gehören die »Einführung einer nach der Stellung des Klägers abgestuften Verschuldenshaftung [Herv.i.O.]«⁴⁵¹ (z.B. das »actual malice«-Kriterium für Personen des öffentlichen Lebens),⁴⁵² die »teilweise Beweislastumkehr bzgl. Wahrheit der Äußerung [Herv.i.O.]«,«⁴⁵³ der »Schutz für »imaginative expression« [Herv.i.O.]«⁴⁵⁴ sowie für »Werturteile (*opinion privilege*) [Herv.i.O.]«⁴⁵⁵

»So sollen etwa [...] Äußerungen, die aus ihrem Umfeld heraus als »rhetorische Übertreibungen«, »Kraftwörter«, »urwüchsige und phantasievolle Ausdrücke« oder nicht ernstzunehmende Parodien zu erkennen sind, nicht aufgrund ihrer vordergründig diffamierenden Aussage mit Schadensersatz belegt werden.«⁴⁵⁶

Der besondere Schutz der *imaginative expression* lässt sich mit dem Schutz der Kunstfreiheit im GG vergleichen.

Das *opinion privilege* (auch »Gertz-Diktum«) wurde im Fall *Gertz v. Welch* von 1974⁴⁵⁷ geprägt und in der Folge von der Majorität der Staats- und Bundesgerichte übernommen.

449 Greenwood (2018). *Group Defamation, Power, and a New Test for Determining Plaintiff Eligibility*, S. 888.

450 Vgl. Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 151.

451 Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 152. Siehe weiterhin: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Curtis Pub. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Associated Press v. Walker*, 389 U.S. 28 (1967); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). Siehe auch: Schmidt (2016). *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis*, S. 84–86.

452 Vgl. Abiuso (2019). *You're Fake News*, S. 1368–1369; Greenwood (2018). *Group Defamation, Power, and a New Test for Determining Plaintiff Eligibility*, S. 882–884.

453 Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 153; siehe weiterhin: *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986).

454 Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 153.

455 Ebd., S. 154.

456 Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 153–154; siehe weiterhin: *Milkovich v. Lorain Journal*, 497 U.S. 1 (1990); *Greenbelt Co-Op. Publ. Assn., Inc. v. Bresler*, 398 U.S. 6 (1970); *Letter Carriers v. Austin*, 418 U.S. 264 (1974); *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

457 *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). Ausführlich zum Fall: Laughlin, Michael J. (1975). *New Standards in Media Defamation Cases: Gertz v. Robert Welch, Inc.*, in: *California Western Law Review* 12 (1), S. 172–190, insb.: 176–190. Siehe auch: Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 295–299.

Es besagt: »Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of the judges and juries, but on the competition of other ideas.«⁴⁵⁸ Später spezifizierte und beschränkte der USSC das *Gertz-Diktum*. Es sei »nicht als ›umfassende Freistellung von Defamationsklagen für alles was ›Meinung‹ genannt werden könnte‹ gedacht. Ein solches absolutes Meinungsprivileg [...] ignoriere, daß [sic!] auch Meinungen oft implizite Tatsachenbehauptungen enthalten würden.«⁴⁵⁹ Die Richter:innen wiesen auf drei Fallgruppen hin, welche wiederum Einschränkungen für das *opinion privilege* bedeuten.

Die Einschränkungen sind folgende: Erstens, sind Meinungen zu einem öffentlichen Thema solange geschützt, wie sie »keine nachweislich falschen Tatsachen implizieren«.⁴⁶⁰ Zweitens, seien »Äußerungen, die vernünftigerweise nicht als Tatsachenbehauptung in bezug [sic!] auf eine Einzelperson interpretiert werden könnten«, ebenfalls vom *First Amendment* gedeckt [Herv.i.O.].«⁴⁶¹ Somit sollen für die öffentliche Debatte die Stilmittel des »phantasievoll[e] Ausdruck[s]« und der »rhetorische[n] Übertreibung« geschützt werden.⁴⁶² Drittens, stellt »das Gericht die nach dem Klägerstatus differenzierten Verschuldensanforderungen heraus.«⁴⁶³

Darüber hinaus gibt es die Delikte »*infliction of emotional distress* [Herv. PB]« (Zufügen seelischen Leids)⁴⁶⁴ und »*false light invasion of privacy* [Herv. PB]« (Eingriff in die Privatsphäre durch Falschdarstellung)⁴⁶⁵, die Teil des *Defamation Law* sind.

Beim Delikt der *infliction of emotional distress* gibt es die Unterscheidung von Fahrlässigkeit und Intentionalität.⁴⁶⁶ Die fahrlässige Variante kann in zwei Zusammenhängen vorliegen. Zum einen, wenn etwa eine schwere Körperverletzung angedroht oder zugefügt wird und zum anderen durch eine vertragliche oder vertragsähnliche Anspruchsgrundlage.⁴⁶⁷ Die vorsätzliche Variante bedarf, genau wie die fahrlässige Variante, schweren seelischen Leids als Schadensfolge. Der Schaden muss aber, anders als beim Vorliegen von Fahrlässigkeit, von solcher Art sein, dass *keine vernünftige Person ihn ertragen kann* und das dazu führende Verhalten muss *unerhört* (»*outrageous*«) und *extrem* sein.⁴⁶⁸ Zudem macht es einen Unterschied, ob – im Falle der Klage einer Privatperson

458 *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (340) (1974), zitiert nach Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 155, insb. Fn. 515.

459 Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 155, siehe auch: Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 51; *Milkovich v. Lorain Journal*, 497 U.S. 1 (1990).

460 Vgl. Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 155.

461 Ebd., S. 156.

462 Ebd., S. 155.

463 Ebd.

464 Vgl. Chemerinsky (2021). *The First Amendment*, S. 302–309; Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 52–59; Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 157; *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988); *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

465 Wolf (1996). *Spötter vor Gericht*, S. 156.

466 Vgl. Crump, David (2018). *Rethinking Intentional Infliction of Emotional Distress*, in: *George Mason Law Review* 25 (2), S. 287–301, hier: S. 288.

467 Vgl. ebd. Ausführlicher auch ebd. auf S. 289–291.

468 Vgl. ebd., S. 292.

– ein Zusammenhang mit öffentlichen oder politischen Themen besteht oder ob es um rein private Angelegenheiten geht.⁴⁶⁹

Eine *false light invasion of privacy* liegt vor, wenn Falsches über die Privatsphäre von Personen verbreitet wird, ohne die Schwelle der *Defamation* zu überschreiten, aber dennoch ein Schaden ausgelöst wird.⁴⁷⁰

Für Personen des öffentlichen Lebens bzw. Personen in öffentlichen Ämtern gelten, ähnlich wie im deutschen Recht, höhere Hürden, damit sie sich im Rahmen der obigen Delikte auf den Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte berufen können. Sie müssen den Delinquent:innen »actual malice« (Böswilligkeit) nachweisen, um ihre Rechte durchsetzen zu können. Privatpersonen dagegen haben eine größere Aussicht auf Erfolg, wenn es um die Durchsetzung ihrer Persönlichkeitsrechte im Rahmen des *Defamation Laws* geht.⁴⁷¹

Zusammenfassend lässt sich zur Ausgestaltung der Grenzen der Redefreiheit in den Vereinigten Staaten feststellen: Das *First Amendment* ist in knappem Wortlaut verfasst worden, hat aber eine enorme, den Wortlaut weit überschreitende, kulturelle sowie rechtliche Bedeutung erlangt und wurde in zahlreichen Einzelfällen von den Gerichten, insbesondere dem USSC ausgedeutet. Diese Fälle begründen jeweils Erweiterungen des Geltungsbereichs (*Coverage*) der *Free Speech Clause* oder eben Ausnahmen, in denen Äußerungen nicht durch den ersten Zusatzartikel geschützt sind. Die Grenzen und Ausnahmen der Geltung können wie folgt zusammengefasst werden:

Äußerungen sind gegebenenfalls nicht geschützt, wenn sie nur geringen oder keinen sozialen Wert haben; sie zu unmittelbarem und wahrscheinlichem gesetzlosen Verhalten führen; sie Privatpersonen oder Personen des öffentlichen Lebens diffamieren; sie in verfassungswidriger Weise in die Privatsphäre eingreifen; sie Werbung für illegale Produkte und Dienstleistungen beinhalten bzw. wenn die Werbung falsch oder irreführend ist; es sich um »commercial speech« handelt, die von einem überwiegenden staatlichen Interesse begrenzt wird, welches Ergebnis zielgenauer Regulierung ist; oder wenn sie sexuelle Inhalte beinhalten, welche Kindern und Jugendlichen zugänglich sein könnten.⁴⁷² Für die Ausnahmen wurden durch die Judikative verschiedene Standards und Tests entwickelt, die jeweils enge Spielräume für die Begrenzung der freien Äußerungen ermöglichen.

Die genannten Einschränkungen der Redefreiheit gelten prinzipiell auch im Internet. Jedoch ist es im digitalen Raum bisher kompliziert Persönlichkeitsrechte zu schützen, da Anbieter:innen von Online-Angeboten überwiegend durch *Section 230 CDA* von einer Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen ausgenommen sind. Ferner fehlt es sowohl an (höchst-)richter:innenlichen Einordnungen spezifischer Internetphänomene und -konstellationen als auch an der Bewertung von digitalen Meinungsäußerungen sowie der Ausgestaltung des digitalen Marktplatzes der Ideen und Meinungen durch den USSC.

469 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 59.

470 Vgl. ebd., S. 62.

471 Vgl. *New York Times Co. v Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); Wermiel, Stephen (2009, aktualisiert 2021). *Actual Malice*, in: *The First Amendment Encyclopedia*, abgerufen am 10.08.2021, von: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/889/actual-malice>.

472 Vgl. Weaver (2020). *Understanding the First Amendment*, S. 20.

2.5 Zwischenfazit

Die Äußerungsfreiheiten sind in verschiedenen demokratischen Systemen unterschiedlich ausgestaltet. Sowohl das GG und seine Auslegung als auch die *US-Constitution* und ihre Auslegung erkennen eine überragende Bedeutung insbesondere von Meinungsäußerungs- bzw. Redefreiheit für die individuelle Entfaltung und die kollektive Verständigung im Rahmen demokratischer Prozesse. Wenn es um die Herausforderungen für das Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit in der digitalen Konstellation geht, so geht es darum, die Leitplanken für die Ermöglichung individueller Freiheit und Entfaltung sowie die Grundlage demokratischer Verständigung und Auseinandersetzung zu schützen. Dies ist keine einfache Aufgabe, denn Beschränkungen, welche individuelle Rechte, aber auch die Teilhabe an demokratischen Prozessen sichern, müssen gut abgewogen sein, um keine gegenteiligen Wirkungen zu entfalten.

Wie die meisten europäischen Rechtsordnungen und das Europarecht gewährt das GG, mit der Anerkennung der überragenden Stellung der Menschenwürde, nur eingeschränkte Freiheit, sich zu äußern. Diese reicht grundsätzlich sehr weit, wird aber immer dann beschränkt, wenn die Würde bzw. die Grundrechte eines Dritten über das hinzunehmende Maß hinaus beeinträchtigt werden.

Die menschenwürdezentrierte Ordnung des GG würdigt das Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit in seiner individuellen und gesellschaftlichen Bedeutung. Das BVerfG hat dementsprechend in seiner Rechtsprechung zur Meinungsäußerungsfreiheit eine Vielzahl von Vorgaben und Maßstäben entwickelt, damit die Meinungsäußerungsfreiheit nicht leerläuft, sondern weitestgehend zur Entfaltung gelangt, ohne die Würde und Rechte Dritter außer Acht zu lassen. Dahinter verbirgt sich die Überzeugung, dass Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit eine inklusive, zivilisierende Wirkung auf den öffentlichen Diskurs haben können.

Alle grundsätzlichen Erwägungen hinsichtlich der Meinungsäußerungsfreiheit lassen sich in die digitale Welt übertragen und gelten dort analog. Das BVerfG beginnt langsam, die Besonderheiten digitaler Kommunikation und virtueller Räume zu würdigen, indem es bspw. in einigen Fällen eine Verstärkung der Ehrminderung bei Beleidigungen im Internet anerkennt.

Im liberalen Verfassungssystem der Vereinigten Staaten verhält es sich etwas anders. Trotz des Ringens um das Verständnis von *Free Speech* in Politik, Öffentlichkeit und Literatur ist die geltende Rechtslage von der streng liberalen Sichtweise auf die Redefreiheit bestimmt. Bis auf wenige, eng geschneiderte Grenzen gibt es keine Begrenzungen der Freien Rede und für den digitalen Raum hat sich die Bundesgesetzgebung mit *Section 230* des CDA für eine weitreichende *Laissez-Faire*-Regelung entschieden, welche den Betreiber:innen von digitalen Plattformen, Internetintermediären und Online-Angeboten weitestgehend freie Hand in Bezug auf die Regulierung von Äußerungen lässt.

Dadurch gibt es im Netz sowohl Angebote, die als Ausdruck einer Hasskultur angesehen werden können, als auch Angebote, die aufgrund eigener Regelwerke weitreichende Einschränkungen der Äußerungsmöglichkeiten vornehmen, um einen zivilen Diskurs zu gewährleisten.

Vergleicht man die Rechtsprechung von BVerfG und USSC zu Meinungsäußerungsfreiheit und *Freedom of Speech*, lässt sich bisweilen eine entgegengesetzte Bewegung aus-