

Probleme und Potenziale des NetzDG - ein Reader mit fünf HBI-Expertisen

Schulz, Wolfgang; Kettemann, Matthias C.; Heldt, Amélie P.

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Schulz, W., Kettemann, M. C., & Heldt, A. P. (2019). *Probleme und Potenziale des NetzDG - ein Reader mit fünf HBI-Expertisen*. (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts, 48). Hamburg: Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI). <https://doi.org/10.21241/ssoar.71727>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



LEIBNIZ-INSTITUT
FÜR MEDIENFORSCHUNG
HANS-BREDOW-INSTITUT

Wolfgang Schulz / Matthias C. Kettemann / Amélie P. Heldt

PROBLEME UND POTENZIALE DES NETZDG

EIN READER MIT FÜNF HBI-EXPERTISEN

PROBLEMS AND POTENTIALS OF THE NETZDG

A READER WITH FIVE HBI EXPERT OPINIONS

Arbeitspapiere des HBI Nr. 48 | November 2019



Wolfgang Schulz / Matthias C. Kettemann / Amélie P. Heldt (2019): Probleme und Potenziale des NetzDG – ein Reader mit fünf HBI-Expertisen / Problems and Potentials of the NetzDG – a Reader with Five HBI Expert Opinions. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, November 2019 (Arbeitspapiere des HBI Nr. 48). DOI: <https://doi.org/10.21241/ssoar.71727>.

ISSN 1435-9413

ISBN 978-3-87296-156-3

Die Hefte der Schriftenreihe „Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts. Ein Ausdruck des Heftes ist gegen eine Schutzgebühr von 20,00 EUR direkt beim Verlag erhältlich.

Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI), Hamburg

Das Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI) erforscht den Medienwandel und die damit verbundenen strukturellen Veränderungen öffentlicher Kommunikation. Medienübergreifend, interdisziplinär und unabhängig verbindet es Grundlagenwissenschaft und Transferforschung und schafft so problemrelevantes Wissen für Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft. Eine derartige Medienforschung setzt Kooperation voraus: Mit Partnern in vielen Ländern werden international vergleichende Fragestellungen bearbeitet. Mehr unter www.leibniz-hbi.de.

Die Autorin und Autoren

Prof. Dr. Wolfgang Schulz ist Direktor des Leibniz-Instituts für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut in Hamburg, Professor für „Medienrecht und Öffentliches Recht einschließlich ihrer theoretischen Grundlagen“ an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg und zudem Direktor des Alexander von Humboldt Instituts für Internet und Gesellschaft in Berlin

PD Dr. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard) ist Forschungsprogrammleiter "Regelungsstrukturen und Regelbildung in digitalen Kommunikationsräumen" am Leibniz-Institut für Medienforschung.

Amélie Pia Heldt ist Junior Researcher „Meinungsmacht & digitale Medien“ am Leibniz-Institut für Medienforschung.

Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI)

Rothenbaumchaussee 36

20148 Hamburg / Germany

Tel.: (+49 40) 450 217-0

info@leibniz-hbi.de

leibniz-hbi.de

@Bredow_Institut



Vorwort

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) ist seit Januar 2018 vollständig in Kraft und zielt u. a. auf die Bekämpfung von Hassrede und anderer strafbarer Inhalte auf sozialen Plattformen einer gewissen Größe ab. Das Gesetz sieht Berichtspflichten sowie die Pflicht eines effektiven Beschwerdemanagements vor und ist sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis auf einige Kritik gestoßen. Das Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI) hat die Gelegenheiten genutzt, für die Konzeptions- über die Implementierungs- bis hin zur Reformphase des NetzDG wissenschaftlichen Input zu geben. Mit Wolfgang Schulz und Matthias C. Kettemann waren zwei Institutsmitglieder als Sachverständige in verschiedenen Phasen der parlamentarischen Befassung mit dem Gesetz geladen.

Das vorliegende Arbeitspapier versammelt fünf Beiträge aus den Federn von Wolfgang Schulz, Matthias C. Kettemann und Amélie Heldt, die in den Jahren 2018-2019 erschienen sind bzw. für Anhörungen erstellt wurden und das NetzDG aus unterschiedlichen Perspektiven thematisieren:

1. *Wolfgang Schulz'* Beitrag *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG* stellte die erste englischsprachige Analyse des Gesetzes dar und wurde weltweit stark gelesen.
2. Anlässlich des Internet Governance Forum (Deutschland) 2018 in Berlin wurde *Matthias C. Kettemann* vom Center on Deliberative Democracy der Stanford University eingeladen, „Balanced Briefing Materials“ zu erstellen, um die Diskussion über das NetzDG zu versachlichen.
3. *Amélie Pia Heldt* untersucht in ihrem Beitrag aus dem Jahr 2019 die ersten Berichte von Intermediären nach dem NetzDG.
4. *Matthias C. Kettemann* hat eine Stellungnahme als Sachverständiger für die öffentliche Anhörung zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz auf Einladung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags vom Mai 2019 erarbeitet.
5. *Matthias C. Kettemann* hat zudem eine Analyse für den Europarat verfasst, die einen Überblick über den Umgang mit illegalen Internet-Inhalten in Deutschland 2016-2019 bietet.

Das NetzDG wird noch lange Jahre als wichtiger (wenn auch problematischer) Meilenstein in der deutschen Internetrechtsgeschichte gelten. Die hier versammelten Beiträge zeigen Probleme und Potenziale des umstrittenen Gesetzes auf.

Wolfgang Schulz, Matthias C. Kettemann und Amélie P. Heldt

Hamburg, November 2019



Inhaltsverzeichnis

<i>Wolfgang Schulz</i> Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG	7
<i>Matthias C. Kettemann</i> Die Zukunft des NetzDG: Ausgewogene Briefing-Materialien zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz	20
<i>Amélie Pia Heldt</i> Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports.....	30
<i>Matthias C. Kettemann</i> Stellungnahme als Sachverständiger für die öffentliche Anhörung zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz auf Einladung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags, 15.5.2019.....	45
<i>Matthias C. Kettemann</i> Follow-up to the Comparative Study on Blocking Filtering and Take-down of Illegal Internet Content	67



Wolfgang Schulz

Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*

1. Introduction

With the shift of communication to the internet, conflicts between freedom of communication and personal rights are also relocating to the Net. This article examines the peculiarities of online communication and poses the question of the role of intermediaries in these conflicts, both de facto and legally. Using the German Network Enforcement Act as an example, it examines the consequences of curating content at the intermediary level. Finally, the paper discusses what a human- rights-friendly solution might look like.

2. Privacy Risks Online

For lawyers – as opposed to politicians, from time to time – it is evident that what is illegal offline is also illegal online. This is especially true for libel, defamation and other privacy infringements. Nevertheless, internet-based communication is structurally different in ways that may lead to a reassessment of existing rules and of the traditional means of implementing legal requirements. The following attributes set online communication apart from offline communication:

Volume – The sheer number of cases can become a structural challenge. Facebook, to take an example, stated that it makes over 100,000 content-related decisions per month in the German version of Facebook alone.¹

This means that the suggestion of letting domestic courts decide on all content-related user-user or user-platform conflicts must be ruled out as a solution.

Acceleration – While some content put on a social media platform might never be read by anyone apart from the authors, some posts can go viral across platforms and reach many people in a very short period of time.² Therefore, governance mechanisms have to come into effect quickly, before the content has been widely distributed, since one can assume that after its distribution the content cannot be located and addressed. There are currently no mechanisms to control access to content after distribution.³

Observability – Online communication makes it easy for third parties or even for the general public to observe communication among groups or between individuals. This has made services like rating platforms possible but also poses distinct challenges: observers may not know the contexts in which and the social rules under which individuals or groups discuss. Many of society's problems with the internet in general and social media in particular result from the fact that previously private and localized discussions, for instance at the pub or the dinner table, are now visible to everyone, with all their exaggerations, polemics and stereotypes.

Persistence – It has become a popular saying that the internet never forgets. This is true in the sense that at least so far, there is no technology that can ensure that a piece of information can

* First published as HIIG Discussion Paper Series 2018-01, <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2018/07/SSRN-id3216572.pdf>.

1 Köver (2016).

2 Goel et al. (2009).

3 For technical possibilities and limits, see Federrath (2015).





be deleted from all servers, wherever they are. The so-called “right to be forgotten” is no more than a right to deletion that can provide a data subject with a claim against a particular controller.⁴ However, while search engines can help make the information in question far harder to find, this information is not gone.

Attribution problems – It can be hard to identify a speaker online, for instance if one wants to file a claim against him or her. Even if there is a clear name policy, this does not mean that the users are identifiable through their username in online communication. Anonymity is common online, and many users state that the option of not disclosing their real name is essential for many functions the internet fulfils for public communication.⁵ Often it is also unclear whether other actors, like the platform providers, are claiming ownership of a piece of information as well, making attribution difficult.

Weak social control – Coupled with the attribution problem is the aspect of social control. Legal concepts like privacy and its protection depend for their implementation largely on the internalization of relevant norms. Social norms and social control make the main difference, not legal enforcement. Those mechanisms might be weaker online, especially when the speakers do not know each other in “real life”. There are studies that show that when people communicate in anonymous forums, they are more uninhibited – and ultimately more hurtful – than usual.⁶

Jurisdiction issues – As a global technical medium, the internet enables access by anyone to any content, at least in principle. Although people initially worried about the internet being a legal vacuum, it has now become apparent that, to the contrary, its main challenge is that legal regimes of all nation-states can apply at the same time. Since legal systems frame privacy in different ways, there is a risk of jurisdictional conflicts.⁷

These are only some important structural characteristics of online communication. Against this background, there are political initiatives to tackle the problem of harmful content online, including content that infringes on the privacy of others. The effects mentioned above make it unlikely that the problem can be solved by means of traditional legal instruments, e.g., users suing each other in domestic courts. The attention of policymakers has therefore turned to the actor that might solve the problem in an easy way: the provider of the intermediary service, like the social media platform provider. These providers generally have mechanisms in place to assess the conformity of content with their own community standards, they can act before things go viral and they can respond even if the user who posted the content cannot be identified. Addressing the intermediaries is supposedly the easy way.

3. Approaches to regulating intermediaries

This article focuses on approaches within the European Union, especially Germany. Under Article 12 to 14 of Directive 2000/31/EC (e-Commerce Directive), there is a limit to the liability of service providers for third party content.⁸ The e-Commerce Directive (Article 14) has led to the development of takedown procedures, but it does not regulate them in detail. Even though there are differences in scope and concept, this can be seen as the European equivalent of section 230 of the

4 cf. Paal (2018), Rt. 1-3.

5 Especially emphasized by the German Federal Court (BGH) in its spickmich.de decision, BGH 23.06.2009 – VI ZR 196/08.

6 cf. Pöttsch (2010).

7 or a comprehensive discourse on the topic, see Internet & Jurisdiction Policy Network 2018.

8 Implemented in Germany in §§8-10 TMG. Liability in such cases is contingent on the service provider taking note of the unlawfulness of third party content.





US Communications Decency Act.⁹ The Directive 2000/31/EC also establishes the country of origin principle, which asserts that member states in which the service does not originate do not have the competence to regulate the service for pursuits that are covered by the directive.

At a European level, the Commission has – against this background – so far refrained from regulating intermediaries specifically but has opted to encourage measures for self-regulation. In 2016, the Commission negotiated a Code of Conduct on illegal online hate speech with big players of the IT industry, and it evaluates compliance on a regular basis.¹⁰

The German government started with a similar approach, i.e., the Ministry of Justice called on the industry to improve their complaints mechanisms. However, the government declared in 2017 that they were not satisfied with the performance of these self-regulatory efforts. According to the German Ministry of Justice, Facebook in particular reacted too slowly to complaints while Twitter generally had low response rates.¹¹

Driven by fears that fake news and hate messages could influence the Bundestag¹² election campaign in the autumn of 2017, the German government hurriedly worked on a draft for the Network Enforcement Act (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, or NetzDG). Even though most experts advised against the approach taken by this Act during a hearing at the judicial committee of the Bundestag, the coalition used its majority to pass it before the summer recess in 2017.¹³ The NetzDG came into effect on October 1, 2017, and has been fully applicable since January 1, 2018.

The regulatory model has since been adopted by Russia,¹⁴ and other countries are considering a similar approach.¹⁵

3.1. The German Network Enforcement Act

The Act defines the networks that fall within its scope: some rules are applicable only to big networks (based on the number of users in Germany), some to all. There is no definition of hate speech or fake news; instead, the act refers to existing definitions of criminal offences under the German Penal Code. There is a long list of offences covered by the Act, partly aiming to protect general rights and public safety, partly safeguarding individuals' rights, such as insult, slander and defamation (§§ 185-189 German Penal Code). The latter are the link to protecting privacy, which is the main focus of this article.

The Act also specifies that the provider of a social network must maintain an effective and transparent procedure for handling complaints over unlawful content. This is the main obligation under the Act. While early draft versions of the Act determined that providers would violate their obligations if they failed to deal with individual cases properly, it is now the obligation of the platform providers to provide a functioning complaints system.

The NetzDG specifies that a functioning complaints system shall provide the following: providers have to ensure that they delete evidently unlawful content within 24 hours after a complaint has been filed. When content is not evidently unlawful but still unlawful, deletion has to be achieved

9 Wang (2018), p. 36-7.

10 The challenges of enforced self-regulation in terms of the rule of law principle and human rights aspects cannot be discussed here. There is the obvious risk of states or supranational bodies like the EU Commission trying to convince the industry to "voluntarily" implement measures that the state could not legally enact.

11 Press release by the GMJ 2017.

12 The German Parliament.

13 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 16, issued September 07 2017, 3352.

14 cf. Rötzer (2018).

15 cf. Bröckling (2018).





within seven days. The review period may exceed seven days if more time is required for the decision-making process. Providers may also make use of a system of self-regulation in this case, in order to reduce “overblocking”.

The inclusion of an element of self-regulation follows a debate in the lawmaking process in which critics suggested using a model of co-regulation from German minor protection law, which is widely regarded as a success, as an alternative to the NetzDG approach. Under this scheme the providers can form a self-regulatory body that takes on monitoring and sanctioning responsibilities. State-appointed supervisory authority is shifting towards providers engaging in self-regulation.¹⁶ Lawmakers, however, only included the above-mentioned notion of self-regulation but did not build on the regulation established for minor protection. As of May 2018, the option to create a system of self-regulation under the NetzDG regime has not yet been used by the industry.

Under the NetzDG, providers of social networks must immediately name a person authorized to receive complaints in the Federal Republic of Germany as well as a point of contact for law enforcement.

Providers of social networks that receive more than 100 complaints over unlawful content per calendar year must also produce biannual German-language reports on the handling of complaints.

The Federal Office of Justice, which is directly subordinated to the Ministry of Justice, oversees the implementation of the Act. Breach of the obligations under sec. 2 para 1 or of the obligation to remove unlawful content can be punished with a regulatory fine of up to five million euros.¹⁷ Fines can only be issued in cases of systematic failure of the complaints handling system. The administrative offence may be sanctioned even if it is not committed in the Federal Republic of Germany.

Until April 2018, the Federal Office of Justice received approximately 400 submissions claiming that providers had not adequately responded to complaints they had received. So far, no fines have been issued.

Furthermore, the NetzDG established a right to disclosure: anyone whose general personality rights have been violated by criminal offences covered by the new Act will, as a rule, be able to demand that the social network in question disclose details of the person that committed the offence. Such entitlement to information is founded on existing general principles of civil law, in particular on the principle of good faith and the law of torts, within the bounds set by data protection rules. However, prior to the NetzDG and the corresponding amendment of the German Telemedia Act (TMG), the courts held that there was no legal basis under data protection law to allow the operators of online platforms to disclose the subscriber information of anonymous users.¹⁸ Injured parties therefore had to first lodge a criminal complaint in order to find out the name and address of the perpetrator. With the new legislation, the right to disclosure can actually be asserted. Operators of social networks are no longer restricted by data protection law and may disclose the subscriber information of the infringer to the injured party under sec. 14 (3) TMG. In

¹⁶ Cf. Schulz/Held/Dreyer (2008).

¹⁷ The fine complies with sec. 4 para 2 NetzDG: it refers to sec. 30 para 2 OWiG and hence the fine can add up to 50 million euros.

¹⁸ Rixecker (2018), Rt. 318.





order to do so, however, a civil court with jurisdiction over the matter must have ruled the disclosure to be permissible under sec. 14 (4) TMG (judicial scrutiny reservation).¹⁹

3.2. Critical Analysis

Apart from the more formal points – including the notion that the federal state in Germany lacks legislative competence to regulate the issue²⁰ and the NetzDG being invalid for an infringement of art. 5 para 1 (EU) 2015/1535 because criminal offences and the concept of regulated self-regulation were added without re-notification of the EU Commission²¹ – criticism of the NetzDG mainly refers to violations of the e-Commerce Directive and to fundamental rights concerns.²²

3.2.1. Violation of principles of the e-Commerce Directive

The assessment of European Law focuses on the liability privilege under Art. 14 e-Commerce Directive. According to article 14, hosting services can incur liability if the provider has positive knowledge of illegal content. It loses this privilege if it does not react “expeditiously”. This leads to the question of whether member states substantiate the term “expeditiously” when naming specific time frames, like the German NetzDG demands, or whether they are deferring to the e-Commerce Directive, which might have specifically opted not to give a rigid time frame. There is good reason to believe that Germany overstepped the mark because the whole purpose of the directive is to harmonize cross-border service provision in Europe. Introducing different time frames in different member states would obstruct that aim.²³

Even if member states were able to substantiate the time frame, under the e-Commerce Directive the country of origin would be responsible for ensuring the provider’s compliance with its legal framework. Other member states could only enforce their regulation under the exemption clause of art. 3 sec. 4 e-Commerce Directive. This exception is, however, restricted to individual cases and does not allow member states to establish their jurisdiction “through the back door”.²⁴

The obligation to name a domestic authorized recipient might also violate Art. 3 e-Commerce Directive and hamper the freedom of establishment as laid down in the EU treaties.²⁵

19 Whether this is helpful or not depends on what information the provider itself has, i.e., whether the service requires a logon with a clear name.

20 Cf. Statement of the German Bar Association (DAV) 2017, 5. Bitkom statement 2017, 3. For a dissenting opinion see Roßnagel et al. (2017), p. 9, arguing that the law does not regulate content but only substantiates §10 TMG, which is itself a (lawful) federal provision.

21 Member states must notify again a draft which has already been examined under the provisions of art. 5 para 1 (EU) 2015/1535, if they make significant amendments to the draft in the following: the third subparagraph of Article 5(1) specifies that amendments made to the text are considered significant if they have the effect of altering its scope, shortening the timetable originally envisaged for implementation, adding specifications or requirements, or making the latter more restrictive (cf. CJEU in case C-433/05, Lars Sandström). Criminal offences protecting the state’s reputation were removed (§§ 90, 90a, 90b StGB) and § 201a StGB was added on the recommendation of the parliamentary committee on legal affairs on 28th June 2017, which can be regarded as a “significant change” under art. 5 para 1 (EU) 2015/1535.

22 See the Statement by Digitale Gesellschaft e.V (2017), p. 3. See also the statements by BVDW e.V (2017), pp. 1f, and OSCE (2017), pp. 8f, as well as Article 19 (2017), pp. 12ff and Global Network Initiative (2017).

23 See Recital 5, DIRECTIVE 2000/31/EC.

24 Cf. Spindler (2017), pp. 14f.

25 Cf. Ladeur/Gostomzyk (2017), p. 93.





3.2.2. Human rights aspects

Even if we limit our consideration to possible infringements of the freedom of communication, the multi-level fundamental rights system in Europe, a system that has not been constructed purposefully but rather emerged over time, makes for a rather complex situation:²⁶

The European Convention on Human Rights (ECHR) – an international treaty that is part of the Council of Europe and enforced by the European Court on Human Rights. Freedom of speech is protected under art. 10 para 1 ECHR. In Germany, it is ratified as binding law at the level of a federal act, thus ranking behind the national constitution. The EU itself has not signed and ratified the Convention.

The EU Charter of Fundamental Rights (ChFR) – part of the European Union’s legal system and binding to European institutions and member states, but only when they are implementing and applying Union law. Freedom of speech is protected under art. 11 para 1 ChFR.

The National constitution, here the *Grundgesetz* (GG, Basic Law) – all laws, including the NetzDG, have to be in accordance with it. Freedom of speech is protected under Art. 5 para 1 GG.

These three spheres of human rights protection in Europe – national, supranational, and international – overlap and intertwine. This peculiar architecture makes it difficult to grasp the relationship between the frameworks and the interplay between the different courts.²⁷ For instance, the normative hierarchy between the provisions of the Basic Law and those of the ECHR does not automatically lead to the inapplicability of the latter in case of a potential conflict with the former; due to the commitment of the – hierarchically superior – Basic Law to international treaties, the fundamental rights of the Basic Law instead need to be interpreted in such a way as to accommodate the guarantees of the ECHR to the largest extent possible.²⁸

This analysis will not go into specifics regarding freedom of speech guarantees under those fundamental rights systems but will only name points of criticism that might be relevant in all legal assessments. The complexity of the analysis is also increased by the fact that fundamental rights interests of various actors are involved:

- [1] The “victim” offended by speech on the platform, which might or might not also be the complainant,
- [2] the provider of the social media platform,
- [3] the author of illegal content that is taken down,
- [4] the author of legal content that is (wrongly) taken down,
- [5] the recipients of content.

The legal status of intermediaries like social media services under freedom of speech protection is still unclear.²⁹ They clearly enjoy freedom of speech protection for their own statements on the platform, but whether the provision of the platform as such and specific functions provided for

26 For a further referral to the law’s (non)compatibility with the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) see Kaye (2017) and Article 19 (2017), pp. 5ff.

27 Cf. Schütze R (2012), pp. 410 f.

28 The Federal Constitutional Court took this view i.a. in the Görgülü decision, Order of 14 October 2004 – 2 BvR 1481/04.

29 In the case of *Delfi AS v Estonia* (64569/09), the ECHR ruled against a news platform that had been deemed liable for anonymous defamatory comments posted under an article on their website.





the users are protected as well is heavily debated. This especially pertains to the curation of social media content, such as Facebook's News Feed, since the editorial decisions taken by intermediaries might also be protected. Furthermore, intermediaries enable or at least facilitate the communication of others and might therefore indirectly fall within the scope of free speech guarantees.³⁰ The central question is therefore whether an establishment of a complaints system as required by the NetzDG constitutes an encroachment on the fundamental rights to freedom of communication of the provider.³¹

The type of content that is illegal to publish under any circumstances is limited. For all other types of content, protecting freedom of speech requires a context-sensitive determination of the meaning of the act of speech. This is especially true for possible infringements of personal rights. German constitutional law requires a complex balancing act when reporting a person without consent. It is unlikely to encounter any "obvious" case in this field.

If a state law is likely to make a provider remove content that is legal, this law interferes with freedom of speech (art. 5 para. 1 GG, art. 10 para 1 ECHR, art. 11 para 1 CFR)³².

To begin with, the time frame of 24 hours for removing content that is "obviously illegal" triggers freedom of speech concerns. First, there is doubt over whether obviously illegal content can be identified easily, given that context always has to be taken into account. Second, each piece of content that has been flagged has to be assessed to identify the obviously illegal parts. According to Facebook, defamation and hate speech alone account for 100,000 takedowns per month in Germany.³³ Given that figure, it seems rational for a provider to take down any flagged content if in doubt, just to save costs.³⁴

The seven-day deadline for the remaining (not obviously) illegal content also raises doubts. The determination of whether a declaration is a statement of fact or a proclamation of an opinion is essential for an assessment under German law, since the level of protection differs accordingly. While the expression of an opinion is always protected under art. 5 para. 1 GG, a statement of fact is only protected insofar as it is a prerequisite of or conducive to the formation of an opinion of others.³⁵ This is a complex issue, and it is possible that different courts might disagree on the result.³⁶ The same is true for the question of whether a statement of fact is true or not, since a deliberately false assertion as well as an evidently untrue statement fall outside the scope of art. 5 para. 1 GG.³⁷ To conduct such assessments within the given time frame puts pressure on a provider and might again push said provider towards the simple but human-rights-adverse solution to take down the content in almost any case. Furthermore, the providers lack information about the context, as well as the necessary information-gathering tools, to make a proper assessment.

Early versions of the draft contained a specific obligation to ensure that similar content would not be uploaded again. This triggered fears of overblocking since the most effective way of doing this is by using upload filters, which, at the current state of development, fail to detect irony or critical reference to content.³⁸ This part of the draft has been removed, but the current legislation still requires that similar content on the platform should be detected and removed, which again

30 Schulz (2017), p. 375.

31 See cf. Ladeur/Gostomzyk (2017), pp. 32ff. and 93f. for an emphasis of (and an argument for the violation of) the provider's fundamental right to occupational freedom.

32 Cf. Reporter ohne Grenzen (2017), pp. 7f; Ladeur/Gostomzyk (2017), pp. 76f.

33 Steinlechner (2018).

34 For a more nuanced analysis based on recent statistics see Gollatz/Riedl/Pohlmann (2018).

35 Jarass (2018), Rt. 5 f.

36 See Lee (2017) for a discussion of the difficulties of context and statistics in German court decisions.

37 Jarass (2018), Rt. 7.

38 Cf. Duarte/Llansó/Loup (2018).





is best achieved by automated systems that are as of yet not context sensitive. Concerns therefore remain that platforms will resort to (semi-)automated flagging systems that can have a substantial impact on the final outcome of content removal decisions.³⁹

If an encroachment on fundamental rights occurs and we seek to assess whether it is justified, we have to perform a proportionality test. At least according to German methodology, the first step of that test is to see whether the legislation follows a “legitimate aim”. While enforcing criminal law certainly constitutes a legitimate aim, we have to consider that some of the NetzDG rules fail to provide assistance in identifying the culprit. However, reducing the impact of criminal acts might also be legitimate. It is noteworthy, however, that the official explanatory memorandum for the NetzDG begins by referring not to this aim, but rather to the need to maintain a culture of political debate. This is understandable given the rise of right-wing populist movements at the time the law was passed. However, the desire to protect political culture, plausible as it is, does not suffice to limit human rights; it instead burdens the NetzDG with the complexity of moral aspirations.⁴⁰ It is not the responsibility of the state to govern the style and civility of debate in society. However, if there is indeed a structural risk to the freedom and openness of debate, state intervention might be justified.

Another point of criticism is that the Federal Office of Justice has a crucial role to play in the enforcement of the Act and reports directly to the Minister of Justice, making it by no means politically independent.⁴¹ This is especially notable in Germany, where the independence of the media system is firmly protected by the Federal Constitutional Court, one of the reasons being the historical use of new media during the Nazi dictatorship.

These are only the broad lines of criticism, showing the structural problems with this kind of regulation. It can thus already be said that trying to make use of intermediaries might not be the silver bullet after all.⁴²

4. Towards an internet-sensitive solution

4.1. Regulating Intermediaries

Online intermediaries of different kinds, including search engines, social media or app platforms, play a constitutive role in today’s digital environment. They have become a new type of powerful institution in the 21st century shaping the public networked sphere, and they are subject to intense and often controversial policy debates.⁴³ As mentioned before, their intermediary function puts them in a convenient position for lawmakers and regulators to utilize.

Driven by the need to better understand online governance structures, we developed a four-component system building on a concept by Larry Lessig.⁴⁴ It considers legal norms set by the state, contracts, social norms and computer code in their interaction. With regard to intermediaries, it is significant that computer code, contracts and, to some extent, social norms are developed by

39 Cf. Kaye (2018).

40 Similarly focusing on the law’s lack of an empirical basis, see Reporter ohne Grenzen (2017), p. 2.

41 Cf. Kaye (2017), p. 4.

42 For a more nuanced conclusion and an emphasis on the positive effects of the law, see, inter alia, Roßnagel et al. (2017) and Theil (2018).

43 Cf. Gasser/Schulz (2015), pp. 3f.

44 See Niva Elkin-Koren (2011), pp. 16f.





them and that the state tries to influence all of these factors through the law. The power of intermediaries also raises questions about “private ordering” by intermediaries,⁴⁵ which is not the focus of this article, but is important nonetheless. This article discusses the law harnessing the power of intermediaries, for instance by coding filters or by acting on their contractual right to remove content.

If legislation creates incentives for a rational intermediary to act in a way that likely has a negative impact on freedom of speech, this must be considered as interfering in freedom of expression.⁴⁶ This means that it can only be justified when it complies with the limitations specified in the GG, the ChFR or the ECHR.

There is an incentive to fulfil the legal demands by using technology. Detection and deletion of harmful speech online is already a common practice, and they are already used to investigate child pornography and terrorist activities.⁴⁷ Technology is also used in the field of copyright infringements.⁴⁸ What is significant, however, is how the technical possibilities of regulation via code influences the legal requirements – and vice-versa.

4.2. The Significance of Context as a Law and Technology Problem

Privacy infringements are a special case since, at least in Germany, the constitution demands a proper construction of the meaning of the statement in question. This in turn requires, as mentioned before, an assessment of the context.⁴⁹ It makes, to take an example, a big difference for the legal assessment whether critical reflection or irony is involved. Child pornography is one of the few examples for which no context is conceivable that would justify publication.

A widely discussed case in Germany regards a selfie taken by a refugee with Chancellor Angela Merkel. This picture was circulated by right-wing groups along with the false statement that this particular refugee was involved in terrorist activities; this post went viral. Much of the ensuing discussion about the case also used the picture. As a result, using the indicator of this picture in connection with the word “terrorist” would lead to the removal of many posts that critically examined the use of the image by right-wing extremists.

In consequence, the state of the art in context detection thus becomes the determining factor for an automated system to produce legally acceptable results. Despite significant progress in the field of artificial intelligence, it appears that there are currently no systems that can detect irony⁵⁰ and critical references to illegal content with sufficient certainty. Therefore, the legal assessment – especially the proportionality of a measure – depends on the technological state of the art.

45 Cf. Niva Elkin-Koren (2011), pp. 17f. and Balkin (2018), pp. 1182f.

46 For the freedom of expression granted by the GG, this follows from the modern interpretation of an interference with fundamental rights as any act by the state that makes the exercise of the affected right impossible or substantially more difficult. Cf. Grabenwarter (2017), Rt.100.

47 Cf. Iqbal et al. (2018).

48 See. Dewey (2016) on how Youtube uses automated takedown measures and the complications that arise, especially in connection to citations and Fair Use.

49 This means, inter alia, that due to the importance of this right for a democratic society, where different interpretations of a statement are equally possible, one must assume the one that is still protected by freedom of speech. Cf. Grabenwarter (2017), Rt.139f. In Germany the BVerfG has established a nuanced test system for assessing ambiguous statements, Order of 25 October 2005 – 1 BvR 1696/98 – (see also Hochhuth (2006)).

50 Van Hee, Lefever and Hoste (2018).





This is not unheard of, but legal requirements for content regulation are among the rare cases for which it becomes relevant on a constitutional level. This has to be taken into account when discussing a human-rights-compatible solution for privacy challenges online.

4.3. Council of Europe Recommendation on the Roles and Responsibilities of Internet Intermediaries

The most recent and rather comprehensive attempt to issue guidance to states on how to regulate intermediaries in a human-rights-friendly manner is the Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member states on the roles and responsibilities of internet intermediaries adopted by the Council of Europe in April 2018.⁵¹

The recommendation states that protection of privacy and personal data is fundamental for the enjoyment and exercise of most of the rights and freedoms guaranteed in the Convention. However, the internet has facilitated an increase in privacy-related risks and infringements and has spurred the spread of certain forms of harassment, hatred and incitement to violence, in particular on the basis of gender, race and religion, which remain underreported and are rarely remedied or prosecuted. Moreover, the rise of the internet and related technological developments have created substantial challenges for the maintenance of public order and national security, for crime prevention and law enforcement, and for the protection of the rights of others, including intellectual property rights. Targeted disinformation campaigns online, designed specifically to sow mistrust and confusion and to sharpen existing divisions in society, may have destabilising effects on democratic processes.

A wide, diverse and rapidly evolving range of players, commonly referred to as “internet intermediaries”, facilitate web-based interactions between natural and legal persons by offering and performing a variety of functions and services. The recommendation highlights that intermediaries may carry out several functions simultaneously. Intermediaries may moderate and rank content, including through the automated processing of personal data, and they may thereby exert forms of control that influence users’ access to information online in ways comparable to the media, or they may perform other functions that resemble those of publishers. Traditional media outlets might also offer intermediary services, for instance when they offer space for user-generated content on their platforms. The regulatory framework governing the intermediary function is without prejudice to the frameworks that are applicable to the other functions offered by the same entity.

Remarkably, the recommendation is divided almost equally into proposals for states and proposals for intermediaries themselves. The latter are based on the Ruggie principles, stating that companies, while not directly bound by human rights, should nevertheless have a responsibility to observe them in their decision-making.

There are some recommendations that set limits on the NetzDG-style of regulation in the interest of protecting human rights. No. 1.3.2 is of particular importance, requiring state authorities to obtain an order from a judicial or other independent administrative authority whose decisions are subject to judicial review when compelling intermediaries to restrict access to content. This does not apply in cases concerning content that is illegal irrespective of context, such as child pornography, or in cases requiring expedited measures in accordance with the conditions prescribed in Article 10 of the Convention.

⁵¹ Available at: <https://rm.coe.int/1680790e14>. The author of this article was the chairman of the Committee that drafted the Recommendation.





Crucial in this context is 1.3.7, stating:

States should ensure, in law and in practice, that intermediaries are not held liable for third-party content which they merely give access to or which they transmit or store. State authorities may hold intermediaries co-responsible with respect to content that they store if they do not act expeditiously to restrict access to content or services as soon as they become aware of their illegal nature, including through notice-based procedures. State authorities should ensure that notice-based procedures are not designed in a manner that incentivises the take-down of legal content, for example due to inappropriately short timeframes. Notices should contain sufficient information for intermediaries to take appropriate measures. Notices submitted by states should be based on their own assessment of the illegality of the notified content, in accordance with international standards. Content restrictions should provide for notice of such restriction being given to the content producer / issuer as early as possible, unless this interferes with ongoing law-enforcement activities. Information should also be made available to users seeking access to the content, in accordance with applicable data protection laws.

This statement offers several valuable points, including the need to specify complaints and the explicit mention of the time frame, which have been some of the main points of criticism of the NetzDG approach.

5. Conclusions

The core of the legal assessment of measures taken by the state is the proportionality test. The Council of Europe Recommendation already marks some consequences of applying the test. Conflicts between privacy and freedom of communication are especially delicate because of their sensitivity to context. Intermediaries do not have the knowledge base to carry out a proper assessment and technical means are not yet available. In consequence, measures that lead to an ad hoc assessment and/or to the use of technology for content moderation will not meet the proportionality test and, as a result, violate freedom of communication. The proportionality test should also guide the regional scope of measures.⁵²

This insight – which is bitter for the protection of privacy – can only be mitigated by accompanying measures. One obvious measure might be to enhance the knowledge of counter speech.⁵³ This allows for a more “informed and nuanced approach to identifying and limiting” hate speech e.g., based on taxonomies of actors, types of speech and types of harm.⁵⁴ In political debates, this is sometimes used as an argument against regulation without actually getting into the issue. However, extensive research on various practices and their effects exists.⁵⁵

Furthermore, it can be in the best interest of intermediaries – and should be encouraged by lawmakers and courts alike – to design and implement instruments of dispute resolution so that the conflicts can be brought back to their primary parties.⁵⁶ Finally, we will almost certainly witness the adaptation of social norms to the new means of communication. When we realise that people

52 In its Google Spain decision (C-131/12), the CJEU purposefully limited the deletion obligation to the search results on European search queries, leaving open the possibility of still finding the results when using, for example, Google.com.

53 See Benesch (2014).

54 Gagliadore/Gal/Alves/Marzinez (2015), p. 5.

55 See for example the work of Susan Benesch, especially the Dangerous Speech Project, <https://dangerousspeech.org/>.

56 For early encouragement of such ideas, see Lide C (1996) and Perritt H (2000). New perspectives cf. Cheung/Schulz (2018). For the advantages of modes of self-regulation see Article 19 (2017), p. 11.





do not attach so much significance to an incidental statement on an online platform, this will reduce the actual harm done by these instances of communication and consequently reduce the need for legal action to protect privacy online.

References

- Balkin J (2018) Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *UCLA Law Rev.* 51:1149-1209.
- Article 19 (2017) Germany: The Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks – Legal Analysis. <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/09/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf>. Accessed 29 May 2018.
- Bitkom (2017) Stellungnahme zum Regierungsentwurf NetzDG. <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Stellungnahme-zum-Regierungsentwurf-NetzDG.html>. Accessed 28 May 2018.
- Bröckling M (2018) Ein NetzDG für Frankreich. <https://netzpolitik.org/2018/ein-netzdg-fuer-frankreich/>. Accessed 24 May 2018.
- Bundesverband Digitale Wirtschaft e.V. (2017) Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken des BMJV vom 14. März 2017. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_BVDW_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Accessed 28 May 2018.
- Cheung A, Schulz W (2018) Reputation Protection on Online Rating Sites. *Stanford Law and Technology Journal* (forthcoming).
- Dewey C (2016) How we're unwittingly letting Robots censor the Web. https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/03/29/how-were-unwittingly-letting-robots-censor-the-web/?noredirect=on&utm_term=.e1efcfb456a2. Accessed 28 May 2018.
- Benesch S (2014) Countering Dangerous Speech: New Ideas For Genocide Prevention. <https://www.ushmm.org/m/pdfs/20140212-benesch-countering-dangerous-speech.pdf>. Accessed 5 December 2018.
- Digitale Gesellschaft e.V. (2017) Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. https://digitalegesellschaft.de/wp-content/uploads/2017/03/Stellungnahme_DigiGes_NetzDG.pdf. Accessed 28 May 2018.
- Duarte N, Llansó E, Loup A (2018) Mixed Messages? The Limits of Automated Social Media Content Analysis. <https://cdt.org/files/2017/12/FAT-conference-draft-2018.pdf>. Accessed 5 December 2018.
- Elkin-Koren N (2011) Mapping the Frontiers of Governance in Social Media. Draft Paper prepared for the 1st Berlin Symposium on Internet and Society, 25-27 October 2011.
- Federrath H (2015) Geoblocking und die Möglichkeiten der Technik. *ZUM* 59/12:929-932.
- Gasser U, Schulz W (2015) Governance of Online Intermediaries – Observations From a Series of National Case Studies. https://cyber.harvard.edu/publications/2015/online_intermediaries. Accessed on 5 December 2018.
- Gagliadore I, Gal D, Alves T, Martinez G (2015) Countering Online Hate Speech. <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>. Accessed 5 December 2018.
- German Bar Association DAV (2017) Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Informationsrecht und Strafrecht – Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG). https://www.cr-online.de/DAV_SN_41-2017.pdf. Accessed 28 May 2018.
- German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (2017) Löschung von strafbaren Hasskommentaren durch soziale Netzwerke weiterhin nicht ausreichend. http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/03142017_Monitoring_SozialeNetzwerke.html. Accessed 24 May 2018.
- Global Network Initiative (2017) Proposed German Legislation threatens Free Expression around the World. <https://globalnetworkinitiative.org/proposed-german-legislation-threatens-free-expression-around-the-world/>. Accessed 29 May 2018.
- Goel S, Anderson A, Hofmann J, Watts D (2016) The Structural Virality of Online Diffusion. *Management Science* 62(1).
- Gollatz K, Riedl M, Pohlmann J (2018) Removals of online hate speech in numbers. <https://www.hiig.de/en/removals-of-online-hate-speech-numbers/>. Accessed 5 December 2018.
- Grabenwarter C (2017) Art. 5. In: Maunz/Dürig (eds) *Grundgesetz-Kommentar*. Beck, München.
- Internet & Jurisdiction Policy Network (2018) Data & Jurisdiction Work Plan. <https://www.internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/Data-Jurisdiction-Work-Plan.pdf>. Accessed 28 May 2018.
- Hochhuth M (2006) Kein Grundrecht auf üble Nachrede – Der Stolpe-Beschluss schützt das Personal der Demokratie. *NJW* 2006, pp. 189-191.
- Iqbal F, Marrington A, Hung P, Yankson B (2018) A Study of Detecting Child Pornography on Smart Phone. Conference Paper for the International Conference on Network-Based Information Systems. https://www.researchgate.net/publication/319268051_A_Study_of_Detecting_Child_Pornography_on_Smart_Phone. Accessed May 28 2018.





- Jarass H (2018) Art. 5. In: Jarass H, Pieroth B (eds) Grundgesetz Kommentar. Beck, München.
- Kaye D (2018) Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.
- Kaye D – Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – Office of the High Commissioner for Human Rights (2017) Open letter to the German Chancellor concerning the draft law “Netzwerkdurchsetzungsgesetz” (OL-DEU-1-2017). <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>. Accessed 28 May 2018.
- Köver C (2016) Facebook verrät, wie viele Hasskommentare es wirklich löscht. <https://www.wired.de/collection/life/facebook-verraet-wie-viele-hasskommentare-wirklich-geloescht-werden>. Accessed 23 May 2018.
- Ladeur K-H, Gostomzyk T (2017) Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i.d.F. vom 16. Mai 2017 – BT.Drs. 18/12356 – Erstattet auf Ansuchen des Bitkom. <https://www.cr-online.de/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf>. Accessed 28 May 2018.
- Lee D (2017) Germany’s NetzDG and the Threat to Online Free Speech. <https://law.yale.edu/mfia/case-disclosed/germanys-netzdg-and-threat-online-free-speech>. Accessed 29 May 2018.
- Lide C (1996) ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation. Ohio St. J. on Disp. Resol. 12:1, 193-222.
- Organization for Security and Co-operation in Europe (2017) Legal Review of the Draft Law on Better Law Enforcement in Social Networks. <https://www.osce.org/fom/333541>. Accessed 28 May 2018.
- Paal B (2018) Art. 17. In: Paal B, Pauly D (eds) Beck’sche Kompakt-Kommentare Datenschutzgrundverordnung Bundesdatenschutzgesetz. Beck, München.
- Perritt H (2000) Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR. Ohio St. J. on Disp. Resol. 15.3, 675-703.
- Pötzsch S (2010) Einfluss wahrgenommener Privatsphäre und Anonymität auf Forennutzer. In: Ziegler J, Schmidt A (ed) Mensch & Computer 2010: Interaktive Kulturen. Oldenbourg Verlag, München, p 129-138
- Reporter ohne Grenzen (2017) Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) zur Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am 19. Juni 2017. https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Internetfreiheit/20170619_Stellungnahme_oeA_BT-Rechtsausschuss_NetzDG_Reporter_ohne_Grenzen.pdf. Accessed 28 May 2018.
- Rixecker R (2018) Appendix to § 12. In: Münchener Kommentar zum BGB. Beck, München.
- Roßnagel A, Bile T, Friedewald M, Geminn C, Heesen J, Karaboga M, Krämer N, Kreutzer M, Löber L, Martin N, Nebel M, Ochs C (2017) Forum Privatheit und selbstbestimmtes Leben in der digitalen Welt: Policy Paper Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz. <http://www.forum-privatheit.de/forum-privatheit-de/publikationen-und-downloads/veroeffentlichungen-des-forums/positionspapiere-policy-paper/Policy-Paper-NetzDG.pdf>. Accessed 28 May 2018.
- Rötzer F (2017) Russland kopiert deutsches Netzwerkdurchsetzungsgesetz. <https://www.heise.de/tp/features/Russland-kopiert-deutsches-Netzwerkdurchsetzungsgesetz-377642.html>. Accessed 23 May 2018.
- Schulz W (2017) Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs. AfP 2017, pp. 373-379.
- Schulz W, Held T, Dreyer S (2008), Regulation of Broadcasting and Internet Services in Germany. <https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/f7f75629f2781560a1b898f16a46cf87a066822c.pdf>. Accessed 5 December 2018.
- Schütze R (2012) European Constitutional Law. Cambridge University Press, Cambridge.
- Spindler G (2017) Legal Expertise commissioned by BITKOM concerning the notified German Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks. <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Sonstiges/Legal-Expertise-Official-2-0.pdf>. Accessed 28 May 2018.
- Steinlechner P (2016) 100.000 Hassinhalte in einem Monat gelöscht. <https://www.golem.de/news/facebook-100-000-hassinhalte-in-einem-monat-geloescht-1609-123459.html>. Accessed 5 December 2018.
- Theil S (2018) The German NetzDG: A Risk Worth Taking?. <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/>. Accessed 29 May 2018.
- Wang J (2018) Regulating Hosting ISPs’ Responsibilities for Copyright Infringement. Springer, Singapore.





Matthias C. Kettemann

Die Zukunft des NetzDG: Ausgewogene Briefing-Materialien zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz*

Zusammenfassung

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) ist seit Januar 2018 vollständig in Kraft und zielt auf die Bekämpfung von Hassrede und anderer strafbarer Inhalte auf sozialen Plattformen ab. Das Gesetz sieht Berichtspflichten sowie die Pflicht eines effektiven Beschwerdemanagements vor und ist auf einige Kritik gestoßen. Die vorliegenden *Ausgewogenen Briefing-Materialien* ('Balanced Briefing Materials'), die beim Internet Governance Forum Deutschland am 27. November 2018 erörtert wurden, enthalten Argumente zu verschiedenen Aspekten des Gesetzes, wie seiner empirischen Grundlage und seiner Verfassungsmäßigkeit. Die Materialien enthalten auch Perspektiven auf die Überarbeitung des Gesetzes und Argumente für und gegen jede Möglichkeit der Gesetzesreform. Diese werden mithilfe Praktiken deliberativer Demokratie diskutiert. Die Materialien werden dann entsprechend der Diskussionsergebnisse überarbeitet und als Informationsquelle für den weiteren politischen Prozess verwendet.

Vorwort

Die Materialien sind Teil eines kooperativen Forschungsprojekts zwischen dem Global Digital Policy Incubator und dem Center for Deliberative Democracy der Stanford University. Dieses Dokument enthält Auszüge aus den Materialien, die vom Forschungsteam entwickelt wurden (Ansprechpartner: Professor James Fishkin, CDD, Professor Eileen Donahoe, GDPi, Professor Larry Diamond, CDDRL, Visiting Scholar Max Senges, CDDRL). Dieses Dokument wurde für das deutsche IGF vom 27. November 2018 erstellt. Es wurde verfasst und übersetzt von Matthias C. Kettemann, Postdoc Fellow des Exzellenzclusters "Die Herausbildung normativer Ordnungen", Goethe-Universität Frankfurt am Main. Für Input und die wissenschaftliche Begutachtung gilt unser Dank: Alice Siu und Jackie Kerr (Stanford University), Rebecca McKinnon (Ranking Digital Rights), Wolfgang Schulz (Hans-Bredow-Institut und HIIIG), Alexander Peukert und Mathias Hong (Goethe-Universität Frankfurt), Wolfgang Benedek (Universität Graz), Thorsten Thiel (Weizenbaum-Institut) und Clara Kiesbye (Stipendiat*innen-Arbeitsgruppe für digitalen Wandel, Heinrich-Böll-Stiftung).

1. Intermediäre, demokratische Werte, und Kontrolle kontroverser Inhalte

Diese Materialien sind Teil der größeren Forschungsinitiative "Digitale Intermediäre, demokratische Werte und Steuerung kontroverser Inhalte", die sich mit komplexen Herausforderungen befasst, mit denen sowohl demokratische Regierungen als auch die digitale Plattform des privaten Sektors konfrontiert sind. Die zentrale Forschungsfrage lautet: Wie können wir die Realisierung von Menschenrechten auf digitalen Plattformen sichern und für eine Diskurslandschaft sorgen, die notwendig ist, um die Demokratie zu stärken und zu schützen?

* Erstmals veröffentlicht unter dem Titel: The Future of the NetzDG: Balanced Briefing Materials on the German Network Enforcement Act, Deliberative Polling, Briefing Materials for Multistakeholder Discussion, developed for Stanford University, Center on Deliberative Democracy, Oktober 2018. Version 1.0 - 30.10.2018, Version 2.0 - 14.11.2019, Deutsche Fassung der Version 2.0 - 16.11.2019.





2. Ausgewogene Briefing-Materialien: informierte Entscheidungsfindung in multistakeholderbasierten (Internet) Governance-Prozessen

Die vorliegenden *Ausgewogenen Briefing-Materialien* geben zunächst einen Überblick über die Herausforderungen der Moderation von Inhalten im Internet. Anschließend stellen wir das Netzwerkdurchsetzungsgesetz vor, analysieren es und stellen Änderungsoptionen vor. Die vorliegende Version der Materialien wurde zur Diskussion auf dem IGF-Deutschland am 27. November vorbereitet. Ein erster Entwurf wurde mit Peer-Reviewern geteilt; anschließend wurde eine zweite Version mit externen Expert*innen verschiedener Stakeholdergruppen diskutiert. Diese branchenübergreifende Gruppe spiegelt ein breites Spektrum von Perspektiven zu umstrittenen Inhalten, Meinungsfreiheit und Intermediärsverantwortlichkeit wider. Nachdem Einarbeitung dieser Kommentare wurden die Materialien übersetzt und mit den Teilnehmer*innen des Workshops am IGF-Deutschland geteilt. Während des Workshops werden die Materialien besprochen und zusätzliches Feedback gesammelt. Im Laufe der Zeit werden sich die Materialien weiterentwickeln und eine gemeinsame Basis für Diskussionen über das NetzDG bilden.

Beim Workshop im Rahmen des IGF-Deutschland werden Praktiken deliberativer Demokratie eingesetzt, um die Vor- und Nachteile der vorgeschlagenen Governance-Lösungen zu diskutieren und weiterzuentwickeln. Der Ansatz wurde von *Deliberative Polling* als Methode inspiriert, um ausgewählte Stakeholder in einen deliberativen Prozess einzubinden und die Qualität der Argumentationsgrundlagen für Entscheidungsfindungsprozesse zu erhöhen.

3. Governance von Meinungsäußerungsfreiheit

3.1. Rolle des Staates

Die Entwicklung des Internets ist inzwischen maßgeblich für unsere kommunikativen Beziehungen. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Jahr 2015 feststellte, ist das Internet eines der wichtigsten Mittel geworden, mit dem wir unsere Rechte ausüben, insbesondere die Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit. Das Internet stelle unverzichtbare Instrumente zur Teilhabe an Aktivitäten und Diskussionen von politischen Themen und Angelegenheiten allgemeinen Interesses zur Verfügung "essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest"⁵⁷. Es spielt "a particularly important role with respect to the right to freedom of expression."⁵⁸ Aber auch die Freiheit der Meinungsäußerung im Internet hat negative Aspekte. Online finden wir auch Hassrede, Förderung von Terrorismus, Völkermordverherrlichung und Inhalte, die die sexuelle Ausbeutung von Kindern wiedergeben. Wie es in der Empfehlung des Europarats von 2018 zu Internet-Intermediären heißt: "the rise of the internet and related technological developments have created substantial challenges for the maintenance of public order and national security, for crime prevention and law enforcement, and for the protection of the rights of others". In sozialen Netzwerken haben "targeted disinformation campaigns"⁵⁹ destabilisierende Effekte auf demokratische Prozesse.

57 EGMR, *Cengiz and Others v. Turkey*, judgment of 1 December 2015, § 49.

58 Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries, 7 March 2018, PP 2.

59 *Ibid.*, PP 3.





Die Staaten haben die Hauptverantwortung, die Grund- und Menschenrechte im digitalen Umfeld zu schützen. Alle von ihnen eingeführten Regulierungsrahmen, einschließlich Selbst- oder Co-Regulierungsansätze, müssen wirksame Aufsichtsmechanismen enthalten und mit geeigneten Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung einhergehen.⁶⁰ Staaten haben nicht nur die negative Verpflichtung, das Recht auf freie Meinungsäußerung und andere Menschenrechte im digitalen Umfeld nicht zu verletzen, sondern auch eine positive Verpflichtung, die Menschenrechte zu schützen und ein sicheres Umfeld für alle zu schaffen. In Anbetracht der Drittwirkung der Grundrechte schließt diese positive Verpflichtung den Schutz von Einzelpersonen vor den Handlungen privater Parteien ein. Staaten müssen sicherstellen, dass Unternehmen rechtlich und in der Praxis alle einschlägigen gesetzlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen einhalten. Dabei müssen Staaten insbesondere die Bedeutung von marktbeherrschenden sozialen Netzwerken beachten, die besonderen Verpflichtungen unterworfen werden können.

3.2. Rolle von Unternehmen

Dem Privatsektor kommt eine besondere Rolle bei der Realisierung der Menschenrechte im Internet zu.⁶¹ Die weitaus meisten kommunikativen Räume im Internet befinden sich in privater Hand. Intermediäre, einschließlich Social-Media-Unternehmen, sind zu wichtigen normativen Akteuren geworden.⁶² Netzwerkeffekte und Fusionen haben dazu geführt, dass eine relativ kleine Anzahl wichtiger Intermediäre den Markt dominiert. Diese Unternehmen haben Pflichten nach internationalem und nationalem Recht. Im Einklang mit den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und dem Rahmen "Schutz, Achtung und Abhilfe" ("Ruggie-Prinzipien")⁶³, sollen Intermediäre die Menschenrechte ihrer Nutzer*innen (und anderer Betroffener) bei allen ihren Handlungen (einschließlich der Formulierung und Anwendung von Nutzungsbedingungen) respektieren und Abhilfe schaffen für negative Auswirkungen auf die Menschenrechte, die in direktem Zusammenhang mit ihrem wirtschaftlichen Tätigkeiten stehen.

4. Das NetzDG

Die Verabschiedung des Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG)⁶⁴ wurde durch Ängste vor äußeren Einflüssen bei den Bundestagswahlen motiviert und hat zum Ziel, soziale Netzwerke von strafrechtlich verbotenen Inhalten freizuhalten. Es wurde gegen den Rat der meisten⁶⁵ (aber

60 Ibid., Abs. 1.1.3.

61 Vgl. Kettmann, Hassrede und Katzenbilder: Wie können im globalen Netz nationale Gesetze respektiert werden?, in Jaume-Palasi/Pohle/Spielkamp (Hrsg.), Digitalpolitik – eine Einführung (2017)(iRights.info), 48-57.

62 Ende 2017 hatte Facebook 2 Milliarden aktive User, YouTube 1,5 Milliarden, WhatsApp 1,2 Milliarden, WeChat 889 Millionen, Instagramm 700 Millionen und Twitter 300 Millionen. Siehe Zakon, Hobbes' Internet Timeline 10.2.

63 Siehe 'Ruggie Principles': Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, UN Doc. A/HRC/17/31 vom 21.3.2011 (deutsche Fassung). Die Prinzipien haben drei Säulen: a) die Pflicht der Staaten, die Menschenrechte zu schützen (auch gegenüber Bedrohungen seitens wirtschaftlicher Akteure), b) die Pflicht der Unternehmen, die Menschenrechte zu respektieren, und c) das Recht auf Wiedergutmachung im Falle erlittener Menschenrechtsverletzungen durch wirtschaftliche Akteure.

64 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG).

65 Vgl. die Verweise in Peukert, MMR 2018, 572, note 2, in particular Guggenberger, ZRP (2017), 98; Nolte, ZUM (2017), 552.





nicht aller⁶⁶) Expert*innen, darunter des UN-Sonderberichterstatters für Meinungsäußerungsfreiheit,⁶⁷ und der meisten zivilgesellschaftlichen Organisationen⁶⁸ angenommen. Das NetzDG trat am 1. Oktober 2017 in Kraft, wobei die wichtigsten Bestimmungen ab dem 1. Januar 2018 gelten.⁶⁹ Derzeit sind drei Anträge auf vollständige oder teilweise Nichtigerklärung des NetzDG beim Bundestag anhängig sowie Klagen vor dem Bundesverfassungsgericht. Eine Überarbeitung des Gesetzes ist spätestens in drei Jahren vorgesehen.⁷⁰

§ 1 Abs. 1 NetzDG sieht vor, dass das Gesetz für Telemediendiensteanbieter gilt, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer*innen beliebige Inhalte mit anderen teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). Nicht umfasst sind Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, Plattformen zur Individualkommunikation oder Plattformen zur Verbreitung spezifischer Inhalte. Abs. 2 sieht vor, dass das soziale Netzwerk im Inland mindestens zwei Millionen registrierte Nutzer*innen haben muss. Zentrale Pflicht des NetzDG ist, dass soziale Netzwerke "offensichtlich strafbare" Inhalte binnen 24 Stunden nach Eingang einer Beschwerde löschen oder sperren müssen. Ein Inhalt ist dann "offensichtlich strafbar", wenn er sich ohne tiefere Prüfung als strafbar erweist. Über gemeldete Inhalte, die nicht offensichtlich strafbar sind, müssen soziale Netzwerke spätestens innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entscheiden. In § 1 Abs. 3 sind strafbaren Handlungen im Sinne des Gesetzes aufgelistet.⁷¹ In strittigen Fällen (z.B.: Frage der Wahrheit/Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung) kann das soziale Netzwerk Nutzer*innen vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Beschwerde geben und die Frist überschreiten.

Wird die Berichtspflicht nicht eingehalten oder ein wirksames Beschwerdemanagement nicht vorgehalten, können Strafen bis zu 50 Millionen Euro verhängt werden. Ordnungswidrig handelt ein soziales Netzwerk nicht schon bei einer falschen (Nicht-)Sperrung, sondern nur dann, wenn es vorsätzlich oder fahrlässig strukturelle Mängel beim Beschwerdemanagement aufweist. Adressat des Bußgeldbescheids sind Leiterin oder Leiter der unternehmensinternen Beschwerdestelle oder eine Person aus der Leitung des sozialen Netzwerks.

66 Vgl. Schwartmann, GRUR-Prax 2017, 317, 319; Schiff, MMR 2018, 366 ff.; Magen, VVDStRL 77(2018), 67ff; Roßnagel et al, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Forum Privatheit Policy Paper (2018).

67 Letter of the Special Rapporteur for freedom of opinion and expression to the German Ambassador at the United Nations in Geneva, OL DEU 1/2017.

68 Beckedahl, Breites Bündnis stellt sich mit Deklaration für die Meinungsfreiheit gegen Hate-Speech-Gesetz, 11.4.2017, Netzpolitik.org.

69 Schulz, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, HIG Discussion Paper Series 2018-01.

70 Vgl. aber Beckedahl, Laut Angela Merkel wird das NetzDG gerade evaluiert. Aber das Justizministerium weiß von nichts, 14.11.2018, Netzpolitik.org.

71 Die vom Gesetz erfassten rechtswidrigen Inhalte sind solche, die folgende Tatbestände des Strafgesetzbuchs erfüllen: § 86 („Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen“), § 86a („Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen“), § 89a („Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“), § 91 („Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“), § 100a („Landesverräterische Fälschung“), § 111 („Öffentliche Aufforderung zu Straftaten“), § 126 („Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten“), § 129 („Bildung krimineller Vereinigungen“), § 129a („Bildung terroristischer Vereinigungen“), § 129b („Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland“), § 130 („Volksverhetzung“), § 131 („Gewaltdarstellung“), § 140 („Belohnung und Billigung von Straftaten“), § 166 („Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen“), § 184b („Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften“) in Verbindung mit § 184d („Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien“), §§ 185 bis 187 („Beleidigung“, „Üble Nachrede“, „Verleumdung“), § 201a („Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“), § 241 („Bedrohung“) oder § 269 („Fälschung beweiserheblicher Daten“).





Darüber hinaus sieht das NetzDG eine Berichtspflicht für Netzwerke vor, die im Kalenderjahr mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte erhalten. Der Bericht muss umfassen Informationen zum Umgang mit Beschwerden über strafbare Inhalte auf der Plattform, insbesondere die Mechanismen zur Übermittlung von Beschwerden über strafbare Inhalte und die Entscheidungskriterien für Löschung und Sperrung von strafbaren Inhalten, die Anzahl der im Berichtszeitraum eingegangenen Beschwerden über strafbare Inhalte sowie die Anzahl der Beschwerden, die im Berichtszeitraum zur Löschung oder Sperrung des beanstandeten Inhalts führten. Das NetzDG enthält auch eine Auskunftspflicht für soziale Netzwerke. Wer im Anwendungsbereich des Gesetzes in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wird, kann von dem Betreiber des sozialen Netzwerks Auskunft darüber verlangen, wer die Rechtsverletzung begangen hat.

5. Das NetzDG: Kontroversen und Perspektiven

5.1 Kontroversen

Das NetzDG wurde kontrovers aufgenommen. Folgende Argumente werden für und gegen das Gesetz angeführt:⁷² Im ersten Berichtszeitraum gingen bei Twitter⁷³ rund 264.000 Beschwerden über Inhalte ein (wovon 10% gelöscht bzw. blockiert wurden), bei YouTube⁷⁴ ca. 215.000 (27%) und bei Facebook⁷⁵ 1.704 (20%).⁷⁶ Deshalb, so Befürworter*innen, sei offensichtlich ein Gesetz notwendig. Kritische Stimmen argumentieren indes, dass das NetzDG auf einer schwachen empirischen Grundlage ruhe. Eine Evaluierung des *Code of Conduct on countering illegal online hate speech* der Europäischen Kommission⁷⁷ zeigt, dass IT-Unternehmen 70% der gemeldeten illegalen Hassrede binnen 24 Stunden löschen. Dies sei ausreichend.

Kritiker*innen argumentieren, dass zivilrechtliche Instrumente (wie die einstweilige Verfügung) Betroffenen bei der Suche nach den Verfasser*innen problematischen Inhalten besser helfen könnten und das Gesetz überflüssig machten. Befürwortende argumentieren indes, dass bestehende zivilrechtliche Instrumente wie die einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) bei Bedarf zusätzlich zum Gesetz bestehen blieben, das Gesetz aber mit neuen Auskunftspflichten den Zugriff auf Täter*innen erleichtere. Im Hinblick auf die Transparenz des Gesetzgebungsprozesses argumentieren Befürworter*innen des NetzDG, dass der Bundestag eine Reihe öffentlicher Anhörungen durchgeführt und ausgewählte Mitglieder der Wissenschaft und der Zivilgesellschaft zur Teilnahme eingeladen habe. Kritiker*innen argumentieren indes, dass der Prozess der Verabschiedung von Gesetzen oder Verordnungen, die für Internet-Intermediäre gelten, transparent sein sollte und dass der Prozess der Einführung des NetzDG diese Kriterien nicht entsprochen habe.

Befürworter*innen weisen auch darauf hin, dass der Meinungsfreiheit keine zusätzlichen Grenzen gesetzt würden, da das Olinestellen illegaler Inhalte (und das Verfassen von Äußerungen), die von sozialen Netzwerken blockiert werden müssten, bereits jedes strafbewehrt sei. Kritiker*innen argumentieren jedoch, dass dies den Nachweis von Vorsatz und Schuld des

72 Eigene Darstellung auf Grundlage der Nachweise in FN 8,9 und 12.

73 Twitter, Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht Januar-Juni 2018, Juli 2018.

74 Google, Entfernungen von Inhalten aus YouTube auf der Grundlage des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, Juli 2018.

75 Facebook, Netz-DG Transparenzbericht, Juli 2018.

76 Beuth, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt, Der Spiegel, 27.7.2018.

77 Europäische Kommission, Countering illegal hate speech online – Commission initiative shows continued improvement, further platforms join, 19.1.2018.





handelnden Nutzers erforderlich mache, was angesichts der knappen Fristen nicht sichergestellt werden könne. Sie kritisieren ferner, dass Deutschland keine umfassende Folgenabschätzung zu den Menschenrechten vorgenommen habe, um mögliche negative Auswirkungen des NetzDG auf die Menschenrechte zu untersuchen und ggf. abzumildern. In Bezug auf wesentliche rechtliche Änderungen argumentieren Befürworter*innen, dass sich das Gesetz lediglich auf schwerere Straftaten konzentriere und keine neuen Tatbestände einführe. Kritiker*innen stellen fest, dass das Gesetz nicht die komplexe Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und (lediglich) gemeinschaftsstandardwidrigen Inhalten reflektiere. Während Kritiker*innen davon ausgehen, dass autokratische Regierungen Gesetze wie das NetzDG als Vorbild nutzten, um ähnliche Gesetze zur Unterdrückung abweichender Stimmen einzuführen, argumentieren Befürworter*innen, dass dies nicht Einfluss auf die Bewertung des NetzDG haben solle.

Mit Blick auf europäisches Recht argumentieren Unterstützer*innen, dass das NetzDG den freien Dienstleistungsverkehr nicht behindere (Art. 56 AEUV). Bestimmte Eingriffe in die vier Freiheiten im Binnenmarkt seien notwendig, um schwere Straftaten zu bekämpfen. Dies werde auch so im EU-Recht respektiert. Kritiker*innen argumentieren dagegen, dass das NetzDG in den freien Dienstleistungsverkehr eingreife. Die Verpflichtung, einen inländischen zugelassenen Empfänger zu benennen, erweise sich auch im Hinblick auf Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie als problematisch und würde u.a. die in den EU-Verträgen garantierte Niederlassungsfreiheit behindern. Befürworter*innen argumentieren, dass Anbieter sozialer Netzwerke in der EU unter die Ausnahmeregelung von Art. 3 (4) der Richtlinie fallen (Rechtsvorschriften, die zur Wahrung der öffentlichen Ordnung erforderlich sind). Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 14 Absatz 3 der E-Commerce-Richtlinie entsprechend Verfahren zur Inhaltsgovernance vorsehen. Kritiker*innen argumentieren, dass Art. 3 der RL Regelungen zum Binnenmarkt enthalte und dass das NetzDG gegen das Herkunftslandprinzip verstoße. Unterstützer verweisen auf Art. 14 der RL, der eine Haftungsausnahme für Hostinganbieter enthält. Sie verlieren ihr Privileg nur, wenn sie nicht sofort reagieren, sobald sie benachrichtigt wurden ('notice-and-take-down'). Kritiker*innen argumentieren, dass der Zweck der Richtlinie es sei, die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen in Europa zu harmonisieren, und unterschiedliche nationale Zeitpläne diesem Zweck zuwiderlaufen würden.

Hinsichtlich der formalen Gesetzgebungskompetenz für das NetzDG verweisen Befürworter*innen auf die Bundeskompetenz für „Recht der Wirtschaft“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Grundgesetz). Kritiker*innen widersprechen und argumentieren, dass das NetzDG entgegen der verfassungsmäßigen Zuständigkeitsordnung zwischen Bundes- und Länderebene gemäß Art. 70 Abs. 1 GG beschlossen wurde. Befürworter*innen sind der Ansicht, dass das NetzDG keine neue Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit darstelle. Ihnen zufolge diene das Gesetz lediglich dazu, die bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung von Intermediären, strafbare Inhalte spätestens nach Inkennzeichnung zu entfernen besser zu effektuieren. Der Entwurf beziehe sich explizit auf strafbare Inhalte; diese unterfielen nicht dem Schutz der Meinungsfreiheit. Kritiker*innen argumentieren hingegen, dass das Gesetz erheblich gegen Grundrechte verstoße, da es unverhältnismäßig stark in die Meinungsäußerungsfreiheit, die Medienfreiheiten und die wirtschaftlichen Rechte von Anbietern sozialer Netzwerke eingreife. Die wesentlichen Überwachungspflichten und die strengen Fristen zum Löschen seien im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG unverhältnismäßig. Des Weiteren verstoße das NetzDG, so die Kritik, gegen Art. 3 GG (Gleichheit vor dem Gesetz), weil Anbieter sozialer Netzwerke anders behandelt werden als andere Mediendiensteanbieter. Befürworter*innen argumentieren hingegen, dass der Einsatz privater Akteure zur Durchsetzung öffentlicher Vorschriften ein etablierter gesetzlicher Ansatz sei. Da sich die Intermediäre von anderen Mediendiensteanbietern unterschieden, sei eine spezifische Regulierung eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Social-Media-Netzwerke mit mehr als 2 Millionen registrierten Nutzer*innen spiegle





die besondere Bedeutung dieser marktmächtigen Plattformen wider und sei eine legitime unterschiedliche Behandlung.

Befürworter*innen sehen es nicht kritisch, dass das Bundesamt für Justiz (das direkt dem Justizministerium unterstellt ist) das NetzDG durchsetzt, weil ihnen zufolge unangemessene politische Einflussnahme sehr unwahrscheinlich sei. Jeder Fall würde sehr genau beobachtet werden. Kritiker*innen argumentieren, dass dies dem Prinzip der Unabhängigkeit der Medien widerspreche. Befürworter*innen argumentieren, dass die individuellen Nutzer*innen, deren Inhalte gelöscht werden, nicht Teil des Verwaltungsverfahrens seien, weil sie nicht den Geldbußen unterworfen werden, die am Ende des Verfahrens stehen können. Darauf antworten Kritiker*innen, dass es innerhalb des NetzDG keine angemessenen Verfahren gäbe, um rechtlich geschützte Interessen des Einzelnen sicherzustellen.

In Bezug auf die Auswirkungen des NetzDG argumentieren Befürworter*innen des Gesetzes, dass sich Unternehmen nicht über die kurzen Fristen beschwert hätten. Der größte Teil der Inhalte werde innerhalb des Zeitrahmens entfernt, den auch der Code of Conduct der EU vorsehe. Das NetzDG sehe bereits in seiner jetzigen Form eine Verlängerung der 7-Tage-Frist vor, wenn Tatsachen festgestellt werden müssten. Kritiker*innen argumentieren, dass die 24-Stunden-Frist für das Entfernen von "offensichtlich illegalen" Inhalten im Licht der Kontextgebundenheit von Sprache sehr kurz bemessen sei. Die Durchführung solcher Beurteilungen dauere normalerweise viel länger. Anbietern fehle häufig sowohl notwendige Informationen über den Kontext als auch die erforderlichen Instrumente zur Informationsbeschaffung, um die Situation zu verbessern. Dies würde zu extensivem "Überlöschen" führen. Unterstützer*innen argumentieren dagegen, dass das neue Gesetz nicht verlange, dass soziale Netzwerke ihre Plattformen proaktiv nach rechtswidrigen Inhalten durchsuchten. Eine solche Pflicht sei ja schon in der E-Commerce-Richtlinie verboten. Schließlich argumentieren Kritiker*innen, dass jede falsche Löschung aufgrund des NetzDG eine zu viele sei, insbesondere wenn faktisch wie rechtlich kein Wiederherstellungsrecht bestehe und Einzelpersonen nur ein Rechtsweg über die Zivilgerichte offen stehe.

5.2 Optionen (Tabelle)

Optionen	Pro-Argumente	Kontra-Argumente
# 1 Das NetzDG benötigt keine Reform.	Unternehmen haben sich nicht ernsthaft beschwert und Berichte zeigen, dass Unternehmen viele Fälle von Hassrede gelöscht haben.	Gegen viele Aspekte des Gesetzes wurde erhebliche Kritik geäußert. Wir sollten die Gelegenheit nutzen, um zumindest die schwerwiegendsten Mängel zu beheben.





<p># 2</p> <p>Das NetzDG soll aufgehoben werden.</p>	<p>Angesichts der erheblichen Kritik und der schlechten Prioritätensetzung des Gesetzes ist es am besten, das Gesetz wieder aufzuheben und sich bei der Bekämpfung von Hassrede auf einen Koeregulierungsansatz zu stützen.</p>	<p>Es ist noch zu früh, um zu beurteilen, ob das Gesetz Wirkung zeigt. Koeregulierungsansätze können ineffektiv sein. Sie wurden vor dem NetzDG von der EU verfolgt und haben sich nicht als nicht ausreichend erwiesen. Sie bieten auch keinen Rechtsbehelf für Personen, die inhaltlichen Entscheidungen ausgesetzt sind, da sie in der Regel auf informellen Vereinbarungen zwischen Staaten und nichtstaatlichen Akteuren beruhen.</p>
<p># 3</p> <p>Das NetzDG könnte novelliert werden.</p>		
<p># 3.1.</p> <p>Das NetzDG könnte mit einer Put-Back-Option (oder einem Wiederherstellungsrecht) versehen werden.</p>	<p>Das NetzDG wurde entworfen, um (offensichtlich) rechtswidrige Inhalte zu bekämpfen. Inhalte, die diesen Kriterien nicht entsprechen und dennoch aufgrund von "Überlöschung" entfernt werden, müssen wieder online gestellt werden. Derzeit gibt es kein Verfahren, um sicherzustellen, dass fehlerhaft blockierte Inhalte wieder online gestellt werden, außer das Beschreiten des regulären Rechtswegs.</p>	<p>Unternehmen zu zwingen, Inhalte wiederherzustellen, die nicht (offensichtlich) rechtswidrig sind, aber dennoch gegen Standards der Netzbetreiber verstoßen, ist problematisch im Lichte ihrer unternehmerischen Freiheit und ihrer negativen Meinungsfreiheit („Freiheit, nicht gezwungen zu werden, etwas zu sagen“). In Einzelfällen stehen ohnedies staatliche Gerichte zur Verfügung.</p>





<p># 3.2.</p> <p>Das NetzDG könnte um die Pflicht erweitert werden, dass Unternehmen detailliertere Informationen zu ihrem Umgang mit Beschwerden und zum Löschen von Inhalten (inkl. des konkreten Lösungsgrundes) zur Verfügung stellen.</p>	<p>Das NetzDG könnte die Anbieter sozialer Netzwerke dazu verpflichten, detailliert zu begründen, warum bestimmte Inhalte gelöscht werden müssen. Dies würde den Benutzern helfen, ihre Rechte besser zu verstehen. Generell sollten Unternehmen gesetzlich dazu angehalten werden, ihre Prozesse zur Moderation von Inhalten im Hinblick auf das NetzDG transparent zu gestalten und disaggregierte Daten zu gelöschten Inhalten der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Eine solche Rechenschaftspflicht würde es der Wissenschaft ermöglichen, den Lösch- und Wiederherstellungsprozess genauer zu untersuchen.</p>	<p>Dies würde erhebliche zusätzliche Arbeit für soziale Netzwerke bedeuten, die Verwendung algorithmischer Instrumente zur Entscheidungsfindung erschweren und den Prozess verlangsamen. Die Verpflichtung der Unternehmen, disaggregierte Daten zu Beschwerden, einschließlich Beschwerden im Zusammenhang mit AGB-Verstößen, zu veröffentlichen, kann kostspielig sein. Auf diese Weise könnten darüber hinaus 'bad actors' lernen, interne Sicherheitsmaßnahmen zu umgehen.</p>
<p># 3.3.</p> <p>Die Berichtspflicht im NetzDG könnte erweitert werden, sodass sie auch die Meinungsfreiheits-Governance hinsichtlich Verstöße gegen Gemeinschaftsrichtlinien umfasst.</p>	<p>Derzeit müssen Anbieter sozialer Netzwerke nur die Beschwerden melden, die sie bezüglich illegaler Inhalte erhalten. Dies sollte überarbeitet werden, um auch nicht rechtswidrige Inhalte aufzunehmen, die die Unternehmen aufgrund ihrer eigenen Richtlinien entfernen.</p>	<p>Die Unternehmen sind bereits jetzt verpflichtet, umfangreiche Unterlagen bereitzustellen. Durch die Berichtspflicht über die Behandlung nicht rechtswidriger Inhalte würden die Betriebskosten erhöht werden. Wenn Unternehmen dazu gezwungen werden, interne Richtlinien zu veröffentlichen, können 'bad actors' lernen, diese Sicherheitsmaßnahmen zu umgehen.</p>
<p># 3.4.</p> <p>Die Richtlinien zur Festsetzung von Bußgeldern bei Verstößen gegen das NetzDG könnten angepasst werden.</p>	<p>Die Leitlinien stellen allgemeine Verwaltungsgrundsätze für die Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde dar und basieren auf dem Ermessensspielraum des Bundesamtes für Justiz.</p>	<p>Nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht ist Ermessensspielraum, insbesondere wenn er durch veröffentlichte Richtlinien begrenzt und eingeschränkt ist, nicht zu beanstanden.</p>





<p># 3.5.</p> <p>Das NetzDG könnte überarbeitet werden, um die Bedeutung sozialer Netzwerke als öffentliche Foren mit „grundrechtlichen Gewährleistungspflichten“ hervorzuheben.</p>	<p>(Halb)öffentliche Räume, die für jedermann zugänglich sind müssen anders behandelt werden als private Räume, in denen das Hausrecht (also nur die AGB des Unternehmens) gilt. Eine einseitige Regulierungsstruktur, wie sie das NetzDG vorsieht, spiegelt die Bedeutung dieser privaten Hybrid-Räume mit öffentlicher Relevanz nicht wieder.</p>	<p>Soziale Netzwerke sind primär private Foren und Unternehmen müssen das Recht haben, diese (teils auch zur Vermeidung von Sanktionen nach dem NetzDG) effektiv zu verwalten. Auch marktmächtige soziale Netzwerke monopolisieren nicht alle möglichen Kommunikationskanäle.</p>
---	---	---





Amélie Pia Heldt*

Reading Between the Lines and the Numbers: an Analysis of the First NetzDG Reports**

Approaches to regulating social media platforms and the way they moderate content has been an ongoing debate within legal and social scholarship for some time now. European policy makers have been asking for faster and more effective responses from the various social media platforms to explain how they might deal with the dissemination of hate speech and disinformation. After a failed attempt to push social media platforms to self-regulate, Germany adopted a law called the Network Enforcement Act (NetzDG) which forces platforms to ensure that “obviously unlawful content” is deleted within 24 hours. It contains an obligation that all platforms that receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content must publish bi-annual reports on their activities. This provision is designed to provide clarification on the way content is moderated and complaints handled on social networks. After the NetzDG came into force, initial reports reveal the law’s weak points, predominantly in reference to their low informative value. When it comes to important take-aways regarding new regulation against hate speech and more channelled content moderation, the reports do not live up to the expectations of German lawmakers. This paper analyses the legislative reasoning behind the reporting obligation, the main outcomes of the reports from the major social networks (Facebook, YouTube and Twitter) and why the reports are unsuitable to serve as grounds for further developments of the NetzDG or any similar regulation.

Keywords: NetzDG, speech regulation, social media, transparency, content moderation

Introduction

Good content, bad content? What seems reasonable to some might be offensive to others. Depending on our social norms, laws and culture, we tend to categorize what we see on the internet as a process of content selection that fits our expectations and our needs or not (Gillespie, 2018, p. 197). This plays into our perceptions of the content disseminated by users on social media platforms and these inherent discrepancies constitute a reason why regulating online speech is still an unresolved issue for lawmakers. In the legislative process one pervading question remains: how to improve content moderation in the light of long established legal provisions. The minimum European lawmakers tend to agree upon is the legitimacy of the need to take down unlawful content. At the very least, this is what the German government assumed when it issued a law that made it mandatory for the largest social media platforms to ban obviously unlawful content within 24 hours. In doing so, Germany was one of the first countries to issue a so-called anti-“hate speech” law and it has been the target of fairly constant criticism since it was instated. Not only do critics label it as unconstitutional (Gersdorf, 2017; Schulz, 2018), but it is also mentioned in the international discussion as a bad example of platform regulation (Special Rapporteur for the UN: Kaye, 2018). The NetzDG was meant to enhance the protection of users against hate speech and to provide more clarity on the way platforms handle and moderate unlawful content (Wischmeyer, 2018, p. 7). However, as this paper will show, so far there is still no certainty about either of these goals mainly because the reports do not provide well defined results. Many have expected the

* I would like to thank Stephan Dreyer and Nikolas Guggenberger for their valuable feedback on the earlier draft of this paper. Thank you to the peer-reviewers for reading and evaluating this article.

** First published in Internet Policy Review, 8(2019)2, <https://policyreview.info/articles/analysis/reading-between-lines-and-numbers-analysis-first-netzdg-reports>.





published reports to provide more substantial insights on content moderation policies – an expectation that seems to have been betrayed (Gollatz et al, 2018).

The main aim of this article is to provide an analysis of the reports published by the major social media platforms, including insights into the implementation of the NetzDG while focusing on the obligation of ensuring user-friendly complaint procedures. The result of this analysis shows that it is not enough to require companies to publish transparency reports if the information they contain has no real informative value. This article shows that the law might have incentivised the platforms to remove hate speech faster, but that there is no certainty about its effect due to the lack of substantial information in the reports. Facebook for example does not fully comply with the obligation of supplying an easily recognisable complaint procedure, therefore the number of complaints cannot be considered conclusive. After introducing the NetzDG in general and why it is deemed unconstitutional in the German debate, the present article will dive deeper into the rationale of the NetzDG. This law can serve as an example of “new-school speech regulation”, that is, a type of regulation that is aimed at the owners of the digital infrastructure instead of the speakers themselves (Balkin, 2014, p. 2298). Starting from the published complaint figures, this article examines the implementation of complaint tools and eventually shows that the reports constitute no factual ground for a re-evaluation of the NetzDG or for a similar regulatory project even though the reporting obligation is a key provision. The law leaves room for interpretation with regards to its implementation and this has somehow hollowed out the obligation to publish transparency reports as the figures do not reflect the full picture. The reporting obligation under NetzDG might however serve as a counterexample in the discussion on transparency and the corresponding reports. It shows that we need to formulate transparency rules in a clearer way so that the data collected can serve the purpose of iteration for both the companies and the state.

1. The NetzDG: an act to improve law enforcement on social media platforms

1.1 The regulatory rationale of the NetzDG

A series of events involving online discrimination against and agitation towards ethnic minorities (that reached a peak in 2015–2016 when refugees from Syria arrived in Germany) triggered the German government in acting against hateful online content. There are other factors that could also be interpreted as catalysts that caused the government to act: an increasing awareness of the problem of aggressive and potentially harmful online communication and an air of mistrust of the tech companies that run the biggest social media platforms. The latter especially applies to their governance through content moderation policies (Citron, 2017, p. 1065 f.). In order to combat hate speech and other unwanted content on social networks (Delort et al, 2011, p. 9), the German government drafted a law that would force social networks to examine complaints and delete content if possible within 24 hours of receiving user complaints. The main motive for the legislator’s action was to thwart the increase of hate speech on social networks (as stated in the law’s explanatory memorandum) and to respond to public pressure surrounding the issue (Liesching, 2018b, para 2). After several failed attempts to implement a system of self-regulation by the social network companies to reduce the proliferation of hate speech, the German Ministry of Justice drafted the NetzDG and it was finally ratified by Parliament in July 2017. The EU, for instance, began a self-regulatory initiative with the 2016 EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online in cooperation with Facebook, Microsoft, Twitter and YouTube (its fourth evaluation was published in February 2019).





The “Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks” (Network Enforcement Act, hereinafter NetzDG) became fully effective on January 1st 2018 and aims for the faster enforcement of German criminal laws, hence the deletion – when appropriate – of unlawful content. The law defines social networks as follows: “telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public” (official translation by German Ministry of Justice). Hate speech as such is – on the contrary – neither defined by the NetzDG nor by the German Penal Code (hereinafter StGB), although the general discussion around the legislative project mostly refers to the term. The general definition of hate speech is: speech designed to promote hatred on the basis of race, religion, ethnicity, national origin or other specific group characteristics (Rosenfeld, 2002, p. 1523; Djuric et al, 2015). The NetzDG refers to StGB sections without defining the offences listed. In the StGB these offences are not listed under one specific title but in different categories, for example, breaches of public order or libel. This creates a chain of provisions that refer to one another (see below). The offences targeted by the NetzDG can be conflated as hate speech when discussing the type of offences, but it is not actually a technical term under German law.

Although scholars agree on a general definition of hate speech, its criminal prosecution differs from one country to another (even within member states of the European Union). It is important to note, therefore, that no new criminal offences for online hate speech were created or added to the StGB. Instead, the NetzDG lists 22 offences that were already and still are punishable under the StGB, such as libel, defamation, sedition and calls for violence and adds a de-facto enforcement obligation for large social media platforms. Anyone breaching these laws by posting, commenting or uploading content on social media platforms stills incurs a penalty from the state. In addition, German law now forces social networks to become more active. They are obliged to implement procedures that ensure obviously unlawful content is deleted within 24 hours of receiving a complaint. If there is any doubt regarding a takedown decision, the procedure may take up to seven days. After that deadline, a final decision on the lawfulness of a post must be reached and unlawful content needs to be removed, that is, either blocked or deleted. The fines for a breach of this obligation can reach up to 50m Euros. In addition to complying with this operational provision, social media platforms are obliged to publish bi-annual reports which will be addressed and analysed below.

1.2 Main allegations regarding the violation of constitutional law

In order to fully assimilate the importance of the published reports, it is helpful to know more about the context of the NetzDG. This law has been under attack ever since its first draft was made public. Not only was it perceived as an *ad hoc* legislative reaction, more importantly it is considered merely as a loophole that transfers public responsibility to a private actor. It has been criticized from many perspectives and an exhaustive description would go beyond the scope of this article (cf. Schulz, 2018, *passim*). However, a brief overview is necessary to comprehend the context in which the first NetzDG reports were published. To state it briefly, a wide array of scholars, politicians and activists demanded the abrogation of the NetzDG or a revised version in the near future. Liberal politicians have opposed the law in court and there have been counter-proposals (e.g. the Green Party’s proposal from January 2019). The criticism did not diminish over the course of 2018 although the consequences for free speech were not as severe as expected, instead the numbers below show that the NetzDG did not really have an impact on content moderation. Nonetheless, a law has no legitimation to stay in effect if it is deemed unconstitutional which is why it is still expected to be revised. The following passage will give a general overview of the allegations made against the NetzDG. The procedural points of criticism will be omitted





because they are more technical and inherent to the German legal system and add little to the present argument. Others are related to human rights infringements and partly transferrable to similar law projects in other jurisdictions (cf. Funke, 2018) and are, therefore, more relevant to this paper.⁷⁸

The main focus of the (non-procedural) criticism relates to possible violations of freedom of speech in various ways. The *de facto* obligation for social networks to delete manifestly unlawful content within 24 hours has raised questions pertaining to the potential overblocking of content and to the privatization of the judiciary due to the interpretation and application of criminal law by private companies. These two elements combined can in turn have chilling effects on freedom of speech and we will take a closer look at them below. First, however, one must bear in mind that the question of whether the content targeted by NetzDG may be deleted is not my main concern. First, because such content is illegal and second, because takedown is still the most effective tool social media platforms make use of when it comes to hate speech (Citron & Norton, 2011, p. 1468; Klonick, 2018, p. 12). The main source of scepticism is the shift of responsibility towards private companies as a corollary of the obligations that have been laid upon them (Guggenberger, 2017a, p. 2582). In sum, scholars agree that the NetzDG is not really an exemplar of methods for fighting hate speech online (Gersdorf, 2017, p. 447; Guggenberger 2017, p. 101; Balkin, 2018, p. 28).

The German Basic Law allows lawmakers to restrict fundamental rights under certain conditions and freedom of speech may be constrained by general laws according to art. 5(2) Basic Law. This includes criminalising offensive speech and it can have a horizontal effect between private parties when private actors require one another to observe the law. This is acceptable as long as it does not result in overblocking. Overblocking is the term used if content is deleted or blocked for no substantial reason, because the incentive to immediately delete rather than perform more fundamental checks arises (Richter, 2017; Holzmagel, 2018, p. 369). Criminal offences related to the protection of honour (such as libel) mostly overlap with the categories used by social networks in their “community guidelines”. However, this overlap is not preserved when it comes to the specific elements of a criminal offence. One would need to know and practice (national) criminal law and consider the context of the generated content (Wimmers/Heymann, 2017, p. 100). These various parameters make it difficult to parse unlawful content in a short timeframe and that is what the social media platforms have been insisting upon in recent years when justifying the slow removal of hate speech. The problem lies in the risk that there is just not enough time to make accurate takedown decisions coupled with the high level of pressure of being fined. In this scenario, the net result could potentially be overblocking (Kaye, 2018, p. 7). In accordance with section 3(2) NetzDG, social networks must provide a procedure that ensures the deletion of obviously unlawful content within 24 hours after a user complaint. If they fail to do so, they risk a fine of up to 50m Euros which makes the incentive for decisions in favour of takedowns stronger than before the implementation of the NetzDG (Schiff, 2018, p. 370). However, the fear of overblocking doesn't seem to have materialized when looking at the takedown numbers in the reports published by the companies concerned by the NetzDG (Wieschmeyer, 2018, p. 20).

However, the critique of a substantial shift of responsibility from the judiciary to platforms themselves is still under discussion. This is mainly due to the wording of [sec. 3\(2\) Nr. 2](#) NetzDG, that is, to delete “content that is manifestly unlawful”. Generally, content-related regulation has to be as neutral as possible with regards to the opinions expressed, i.e. it is subject to a strict proportionality test (so-called “Wechselwirkung”). The scope of application of a content targeting law must be sufficiently precise to avoid too much room for interpretation, which could, in the case of the NetzDG, result in an overly broad definition of legal terms and an unsubstantial removal of

78 The NetzDG itself might not be flawless but in some way, it can serve as an experiment for other lawmakers.





content. Using an unspecified legal term such as “manifestly”, although the law is applied by private party and not by a judge, puts the power of the judiciary in its interpretation and its application of the law at risk. Clear legal definitions and specific criteria are necessary to constrain the platforms’ discretion (Nolte, 2017, p. 556–558; Liesching, 2018a, p. 27; Wieschmeyer, 2018, p. 15–16; Belli, Francisco, and Zingales, 2017, p. 52; Nunziato, 2014, p. 10); leaving the interpretation of a key term of the bill too unspecified is considered as unconstitutional (FCC: BVerfGE 47, 109, 121; Wimmers/Heymann, 2017, p. 97–98; Reuter, 2018, p. 86) because this kind of interpretation is actually a core function of the judiciary.

Unspecified legal terms are usually filled with meaning by court rulings, until then they can be loaded with interpretations which might be revised later. In order to decide whether a statement is still within the boundaries of the law and therefore still protected by freedom of speech, a judge will have to examine the requirements mentioned above and potentially balance the fundamental rights of both parties. The result can then later subsequently be applied by private parties as a standard or a guideline. What is “manifestly” illegal? The NetzDG’s explanatory memorandum defines it as follows: “Content is manifestly unlawful if no in-depth examination is necessary to establish the unlawfulness within the meaning of sec. 1 (3).” This sentence does not explain from which starting point an examination is considered “in depth”, it leaves the original question of how to define “manifestly” unanswered. Still, users’ right to take the platforms’ decisions to court remains intact when social networks delete user-generated content under NetzDG. This possibility makes it unlikely that the NetzDG will be abrogated on the grounds of the ‘privatization’ argument. Nevertheless, the complexity of this assignment, deciding whether content is unwanted but perhaps not unlawful, is a core element of the public debate around content moderation (Kaye, 2018, p. 4). Because of the important implications for users’ freedom of speech, one cannot help but wonder about the fact that the German lawmakers delegated this task to social media platforms instead of enhancing their own law enforcement forces (Schmitz and Berndt, 2018, p. 7; Wieschmeyer, 2018, p. 15–16; Buermeyer, 2018).

1.3 The obligation to implement a complaint procedure

All in all, German lawmakers were aiming for a faster response from social networks as to when content is reported as unlawful. It resulted in the obligation to ensure a procedure that would guarantee a reaction on “manifestly unlawful content” within 24 hours after receipt of the complaint. As mentioned above, this provision is one of the most criticized because of the uncertain effects it could possibly have on free speech (Keller, 2018, p. 2). This topic is rightly at the centre of the debate because scholars are only beginning to know more about the effects of these rules on the behaviour of both the platforms and the users (Gollatz et al., 2018). However, this paper focuses more on the way social networks have implemented the obligation to ensure a complaint procedure. This will later contribute to measure the informational value of the reports (see *infra*, section 4).

According to sec. 3 (1) NetzDG, social networks have “to supply users with an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.” The implementation of this obligation is decisive for the relevance of the reports when it comes to conducting meaningful evaluation and regulatory impact assessments. I evaluated the significance of the reports in view of the accessibility of the complaint tool for users and their comparativeness. As mentioned above, the number of complaints filed could be of significance as far as the regulatory goals are concerned if the manner in which the data was collected and presented in the reports was different, or on the other hand, if the provision was identically implemented, regardless of the company carrying out their legal obligations. One needs to bear in mind (again) the explanatory memorandum of the NetzDG which states that social networks





have to provide a “user-friendly procedure for submitting complaints about unlawful content”. Furthermore, the procedure must be “easily recognizable, immediately accessible and always available”. The memorandum does not provide any further expectations or provisions concerning the implementation of the complaint tool. The second half of the memorandum’s section on the complaint procedure contains the requirements for the way that complaints are handled once submitted by a user. It does not elaborate any further on the way social networks should design the complaint procedure as such, leaving the concrete implementation of complaint procedures, for the most part, at the platform’s discretion. This aspect was probably not expected to be as decisive as it appears to be now that the reports show that at least one platform violates this provision. The criteria mentioned above regarding expectations of the “user-friendly procedure” shall therefore be at the centre of the remarks below when it comes to the informative value of the reports.

1.4 The NetzDG reporting obligation

In order to gain a better understanding of the way social networks moderate user-generated content and how they decide whether or not to remove content, the German lawmakers included a biannual reporting obligation. According to section 2 NetzDG:

“Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.”⁷⁹

The NetzDG’s explanatory memorandum states that the reporting obligation is required “in order to create the necessary transparency for the general public”,⁸⁰ a requirement that was similarly formulated a while ago by scholars and activists (Gillespie, 2018, p. 199). The secondary goal of the reporting obligation is to provide numbers and facts “necessary in the interest of an effective impact assessment”. The German Parliament is currently discussing a revision of the law subsequent to proposals that range from a complete abrogation of the law to only light adaptations. Changes made to the NetzDG will be based, at least partly, on the reports. The whole NetzDG project also serves as an example (for better or worse) for similar legislative undertakings. These reports are, therefore, central to a better development of the legislative tool, not only at national level, but also to answer the challenge posed by content moderation in general. As mentioned above, the German approach was quite a push forward due to political circumstances and public pressure. There is so far no equivalent in other jurisdictions and no solutions considered standard nor has best practice been established across borders because, when it comes to balancing content moderation and freedom of expression, the issues that arise are too numerous and too varied.

Hate speech, fake news, copyright infringements – just to name a few of the issues that arise – are often confused in the public debate and their respective definitions differ from one country to another. Considering the fact that social media platforms act globally, a one-size-fits-all solu-

⁷⁹ NetzDG quotes are from the official translation by the German Ministry of Justice.

⁸⁰ Loose translation of the NetzDG explanatory memorandum, retrieved from <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/123/1812356.pdf>, last accessed May 13 2019.





tion would reduce costs. At the same time, such an extensive approach could be a threat to freedom of expression because of scopes of application that are too broad, leading to more restrictive regimes. To design a new regulatory framework, it is, therefore, necessary to monitor the effectiveness of its application. On that account, implementing a reporting obligation in sec. 2 NetzDG was necessary to improve this type of regulation (Eifert, 2017, p. 1453). The memorandum also states that producing the reports shall “ensure a meaningful and comprehensive picture of how they [the social networks] deal with complaints”. As sec. 2 (2) NetzDG determines the minimum requirements for the reports, the memorandum justifies the reporting obligation with the special role of social networks. They are “crucial to the public debate” and must take on their “increased social responsibility”. Rather than providing numbers without context, the reports are supposed to help understand the connection between the grounds of which social networks delete or block unlawful content and the provisions provided by law. Unfortunately, this expectation was not fulfilled.

The minimum requirements for the reports include specific points under sec. 2 NetzDG, such as providing the “number of incoming complaints about unlawful content” (nr. 3), the “number of complaints for which an external body was consulted” (nr. 6) and the “number of complaints in the reporting period that resulted in the deletion or blocking of the content at issue” (nr. 7). The numbers listed in nr. 7 need to be broken down according to the reasons for the specific complaint which makes them particularly interesting with regards to the regulatory goal. The explanatory memorandum of the NetzDG is quite brief on that point: it merely mentions “the interests of transparency and the effectiveness of the complaint management” as the reason for that specific point and then refers to the comments on sec. 3 NetzDG (“Handling of complaints about unlawful content”). This part nevertheless reveals the tight connection between the reports and the handling of complaints. As a result, the obligation to report mainly serves to enhance transparency which goes hand in hand with an effective impact assessment of the new law, as stated in the memorandum, and the long-term goal of developing this regulatory framework in a sensible manner. These goals are important characteristics for the evaluation of the published reports. It will become clear at later point in this article that they were perhaps underrated and minimised by the platforms – as propositioned by the title.

1.5 Main results of the first round of reports

According to sec. 1(1) NetzDG, only social networks that have more than 2m users have to comply with its rules and, therefore, with the reporting obligation in sec. 2. In view of the user numbers on the largest social networks, the minimum of 100 complaints per calendar year (for having to publish reports) was easily arrived at by Facebook, YouTube and Twitter. Their reports demonstrate many similarities in the way they handle the matter of content moderation, but they also feature notable differences as far as the numbers of complaints are concerned.⁸¹ The three reports from Facebook, YouTube and Twitter were analysed for this article not long after their publication, in August 2018. The overall result, as will be explained below, is that provisions for these types of reports need to be precise if one wishes to gather meaningful data. In substance, the reports show that social media platforms tend to moderate content on the grounds of their own community guidelines more than on the basis of national criminal law. I presume that the reason for this is that it allows them to react on a global scale rather than on a national one. Furthermore,

⁸¹ This paper does not examine the case of the social network Google+ explicitly, but its report shows that the legal requirements according to NetzDG were implemented in the same manner as for YouTube. The platform Change.org is also within the scope of application but was not examined here for the purpose of focusing on the biggest platforms.





social media platforms tend to use terms and tonalities in their community guidelines that are very similar to the vocabulary used in the NetzDG, making it rather unclear to the user where the differences lie (cf. Celeste, 2018). This similarity between reports being stated, the divergence between the complaint figures is quite significant.

1.6 Community guidelines are prioritised

As the reports show, the content review process is based on a two-step approach for all three platforms. After being notified of a user complaint, the first check is made on the grounds of community guidelines or standards (both terms being used synonymously hereinafter). If the content violates these internal rules the reviewer will take the content down. Only if the result of that review is negative and if the user also submitted a complaint under NetzDG provisions (not only community guidelines), the content will be further checked for NetzDG infringements. It remains unclear how much content was taken down as hate speech under community guidelines that could have also been blocked because it violated German criminal law. To submit a complaint under the NetzDG, the user will either have to tick an additional NetzDG box in the case of YouTube and Twitter, or, in the case of Facebook, go to the “Help Centre” and follow a specific NetzDG complaint link. In the next subsection I will take a closer look at how each platform implemented the NetzDG complaint procedure and the subsequent effects on their complaint numbers. The reports do not state whether complaints have been examined on NetzDG violations even if they were not flagged as such by users. Nevertheless, it appears that YouTube, Twitter and Facebook all prioritize their own community guidelines since none of them offers to immediately submit a complaint under NetzDG (which is not mandatory under sec. 3(2) NetzDG).

A reason for this prioritisation could be the subsequent takedown options. So-called unwanted content, that is, content that violates community guidelines, will be deleted globally whereas content that is unlawful under German penal law (and therefore subject to removal under NetzDG) could only be blocked in Germany. Considering that content might be illegal in several countries, deleting it according to community guidelines might be more effective than taking it down for a just one single country, with the possibility of repeating this action in another country further down the line. This raises questions of freedom of expression in privately-owned communication spaces, especially with regards to collateral censorship (Eifert, 2017, p. 1452; Balkin, 2018, p. 6). Although, from a European perspective there is a big overlap between *unlawful* and *unwanted* content, the definitions do not completely intersect. From a communications science perspective, it might be questionable as to which consequences the NetzDG provisions have on the way social networks formulate their community guidelines on a global scale because they could adjust their own policies to fit the broadest definition of hate speech (Gollatz et al. 2018, p. 6). It also points out that adapting the community guidelines to national (criminal) law in order to decrease the differences between community rules and German law could, in turn, have a massive influence on another country's regulation of social networks. However, there is no certainty that platforms will follow that path because the cost of adapting to national legislation could be too high. Instead, they could broaden their community guidelines to cover multiple definitions of hate speech – eventually restricting more speech than necessary under respective national regulations (Eifert, 2017, p. 1452; Belli/ Francisco/ Zingales, 2017, p. 46; Koebler/Cox, 2018).

1.7 Content moderation: How?

Under the reporting obligation of sec. 2 NetzDG, it is mandatory to describe the personnel and organisational resources deployed to comply with the provisions of the law. The reports show that human content reviewers are by no means replaced by machines (cf. Delort et al, 2011, p. 24). None of the three social networks examined for this paper solely rely on algorithms or artificial





intelligence to cover the tasks of recognizing and reviewing unlawful content or handling user complaints. Given the amount of data uploaded by users, filters and other technologies are in use and undergo constant optimization, but in order to properly review content that might be unlawful platforms still heavily depend on human moderators (Roberts, 2016; Matsakis, 2018). The role of moderators in the review process is even more important when it comes to evaluating content that does not violate community standards but is potentially unlawful (see *infra*, section 3.1.). Cases that do not violate community guidelines but might be punishable under German criminal law are in general more complex and as a result require more sophisticated review. The cost of content moderation therefore increases when it has to comply with the law rather than with community guidelines, this is because of the complexity of applying legal provisions instead of internal guidelines. From a cost-benefit point of view, platforms would prefer to minimise staff overheads (Read, 2019) which is why the way they address this challenge is worth paying attention to.

Through a partnership with a German company named Arvato, Facebook has a team specially dedicated to NetzDG complaints numbering approximately 65 employees (as of August 2018). The staff speaks German and is trained to handle the complaints that are within the scope of section 1(3) NetzDG. As an initial step, the “Community Operations” team reviews the reported content to determine whether or not it violates Facebook’s Community Standards. If the issue is taken further, the second part of the two-step approach, a so-called “Legal Takedown Operation” team takes over, who are specially trained to review content for potential illegality. The report does not mention any software that would support the work of the Facebook reviewers. This might indeed not be necessary since the amount of complaints under NetzDG seems quite manageable (see *infra*, section 3.3). In general, Facebook makes use of AI to identify content that clearly violates their community standards (Koebler/Cox, 2018), but relies on approximately 15,000 moderators worldwide to review unwanted content (Newton, 2019) as hate speech is still difficult to identify automatically with any precision (Koebler/Cox, 2018).

YouTube has integrated tools such as content filters in their upload process. Their NetzDG report states that they already filter any video uploaded for unlawful content and they interpret this measure as an additional compliance with the provisions of sec. 1(3) NetzDG. YouTube had to deal with copyright infringements a long time before the hate speech problem became so virulent and has therefore been using their filtering software, ContentID to manage copyright issues. Since June 2017, YouTube has also integrated machine learning in order to optimize the filtering of illegal content (YouTube, 2017). Furthermore, there is a team dedicated to any NetzDG flagging that, similar to Facebook’s approach, does not violate community guidelines but was reported by a user or a complaints body as a NetzDG violation. For the time being, their team dedicated solely to NetzDG complaints numbers approximately 100 employees.

According to Twitter’s report, over 50 people work on NetzDG complaints. The report does not include any further information on the technological tools used to support that team in any way. Given Twitter’s massive deletion of (presumably) fake accounts in July 2018 on the one hand, and the immense volume of content constantly uploaded on the other, it is quite likely that Twitter also uses filters to detect unwanted content. The company does not disclose which technological resources it uses to find and review unwanted content such as hate speech. However, it probably makes use of algorithms and machine learning to support human reviewers to reduce the amount of labour involved in the process. Such filters could also be used by Twitter to proactively detect content that is potentially unlawful under NetzDG but it does not mention them in their report (this information is not mandatory under NetzDG reporting provisions).

Since automated technologies are not yet able to detect cases related to sensitive or context-related issues that can be classified as as hate speech, satire, awareness- or education-related





or even politically sensitive, they are unable to handle all types of complaints. Although studies show that the technology is getting better at detecting hate speech and offensive language using machine learning (Gaydhani et al., 2018), researchers tend to agree that so far no technology is capable of recognizing hate speech beyond very clear cases of offensive speech (Gröndahl et al., 2018, p. 3). YouTube's statement on this subject is clear and straightforward: "Algorithms are not capable of recognising the difference between terror propaganda and critical coverage of such organisations or between inciting content and political satire." The inability of filters to recognize unwanted content could be the cause of unsubstantial content removal. Several cases were left uncommented on by the concerned platforms, including satire and innocent pictures, which could be because of human mistakes but perhaps also because of algorithmic and intelligent systems' failure to distinguish unwanted content from uncontentious content. These cases have been discussed in the media, but none of the platforms disclosed on which grounds the content was removed (Schmitz/Berndt, 2018, p. 31). All in all, the point on the "resources deployed to comply with the NetzDG" constitutes only one of many sources of speculation around the use of technology in content moderation and the reports are not specific enough to draw further conclusions in that area.

1.8 Number of complaints

The biggest divergence between the reports lies in the number of complaints from one company to another. From January to June 2018, including reports from both complaint bodies and individuals, Twitter counted 264,818 cases, YouTube 214,827 cases, and Facebook 886 cases filed explicitly as NetzDG complaints. For the second half of 2018 and for the same type of complaints, Twitter counted 256,462 cases, YouTube 250,957 and Facebook 500. The gap between the figures published by Facebook and those published by Twitter and YouTube is still noticeable and shows no real change from the first round of reports. For the following analysis, the first round of reports can, therefore, be transferred to the period between July and December 2018.

These figures leave a big question mark hanging over the volume gap between YouTube and Twitter on the one hand, and Facebook on the other, especially since Facebook has the most users and the least complaints (absolutely and relatively). As already mentioned, the implementation of a complaint tool for users is crucial to the numbers that later constitute the central part of the report. After reading the reports and exploring the complaint mechanisms, the correlation between the flagging tool and the complaints filed seems obvious but should be analysed carefully. Compliance with section 3 (1) NetzDG bears the only meaningful difference between the social networks, hence its implementation is why Facebook's numbers are significantly lower. Regarding the implementation of a NetzDG complaint tool, two approaches can be observed: either the NetzDG complaint procedure is incorporated within the flagging tool of the social network or it is located somewhere else. In the latter approach, the usual flagging tool does not include the option "complaint under NetzDG" at first glance. While Google and Twitter chose to include the NetzDG complaint in their flagging tool (visible in the first step described above), Facebook placed the access to its NetzDG complaint procedure separately from the content under its imprint and legal information.

To be more specific, Facebook's complaint form according to NetzDG is not incorporated in their feedback function next to the contentious post. Users who want to report third-party content will first be offered the report categories under Facebook's community guidelines, when clicking on a button to "give feedback". Categories include nudity, violence, harassment, suicide or self-harm, fake news, spam, hate speech and illegal sales. In addition to Facebook's reporting tool, a complaint under NetzDG can be submitted by using an external link located next to Facebook's *Impressum* (the company's imprint and legal information). This begs the question of whether or





not this type of implementation of sec. 3 NetzDG is sufficient which shall be examined below. Before analysing the consequences of this implementation in the next section, one has to bear in mind that the NetzDG does not oblige social networks to incorporate their respective complaint procedure into pre-existing complaint mechanisms.

2. Inherent bias due to a divergent implementation

According to sec. 3(1) NetzDG, social networks have to implement an “easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints”. As described above, this provision has been implemented in quite a disparate manner by YouTube and Twitter, on the one hand, and Facebook, on the other, even though the complaint procedure might actually constitute the linchpin of the legislative project. As only a similar (if not identical) implementation of this provision would lead to comparable results, the data produced can barely be used as grounds for evaluation and development because of the disparate nature of its implementation. The small number of complaints through their NetzDG tool raises the question as to whether or not Facebook’s complaint tool fulfils the requirements of sec. 3 (1) NetzDG and how it affects the significance of the reports.

2.1 User-friendly complaint procedure

As aforementioned, to comply with sec. 3 (1) NetzDG, platforms do not have to connect existing reporting tools to the NetzDG procedure. The latter must, however, be user-friendly, that is, an “easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure”. The legislative memorandum does not provide further details on how these requirements shall be translated in the design of the complaint procedure. Hence, the question is not about the margin of discretion, but whether or not a procedure such as Facebook’s is meeting these criteria. First of all, the link to the NetzDG complaint form is not easily recognisable for users since it is located far away from what users are able to immediately see when using the platform’s complaints procedure. When a user sees a post that he or she believes to be unlawful, the feedback tool alongside it only shows the categories of the community guidelines and does not mention the possibility of reporting it under NetzDG provisions. The detour via an external link located next to Facebook’s *Impressum* can hardly be described as “easily recognisable”. Providing a NetzDG link next to a website’s *Impressum* is easily recognisable if you are looking for Facebook’s general company information, but not if your goal is to report hate speech. That being said, it is “permanently available” when a user accesses Facebook in Germany.

Looking at the low volume of complaints under NetzDG in Facebook’s case, one cannot help but connect the remote location of the complaint link and the numbers in Facebook’s report. 886 cases in the first half-year of 2018 do not correlate with the high number of users and Facebook’s constant struggle with unwanted content when it comes to hate speech (and other contentious posts) (Pollard, 2018). Libel, defamation or incitement to violence have been a constant issue for the world’s largest social network (Citron & Norton, 2011, p. 1440) and Facebook only recently started to uncover some of its takedown rules (Constine, 2018). The latter have been kept secret for a long time, opening up speculation as to Facebook’s real takedown policies. Social media platforms are often criticized for their lack of transparency when it comes to policing speech (Citron & Norton, 2011, p. 1441; Ranking Digital Rights, 2018 Index, [Section 6](#)).

Every Facebook user has access to a reporting tool (the feedback button next to a post), regardless of the NetzDG provisions, but he or she might not be aware of the additional possibility provided by the NetzDG – which makes this case quite special. Not only is this additional complaint





procedure well hidden, but once a user is presented with the NetzDG complaint form (on Facebook), he or she will be warned that any false statement could be punishable by law (even if this rule doesn't apply to statements made to private parties). On the one hand, this might discourage people who wish to complain for no genuine reason and reduce the costs of unnecessary review loops. On the other hand, it could prevent users from reporting potentially unlawful content, which is cause for concern as it may result in chilling effects. The notion of chilling effects comes from U.S. First Amendment scholarship and was introduced by a U.S. Supreme Court ruling in 1952. The "chilling effects" concept essentially means that an individual will be deterred from a specific action under the "potential application of any civil sanction" (Schauer, 1978, p. 689). If a user – who is probably unsure of the lawfulness of third-party content – tries to use the complaint procedure and is confronted with the warning that any false statement could lead to legal steps, the act of deterrence seems likely. Again, Facebook's NetzDG report is too short and unspecified to infer from the simple numbers on chilling effects. The latter is nevertheless not to be underestimated and all these elements combined suggest that Facebook is pushing its users away from the NetzDG complaint procedure.

2.2 Bypassing the legislative goal?

The concrete implementation of this complaint procedure is decisive for its usability, but it is also relevant for the informational value of the figures featured in the reports. This begs the question as to whether implementing the complaint procedure the way Facebook did could mean bypassing the legislative goal of the NetzDG. The implementation of the complaint procedure should in the first place – as stated above – protect users, not serve report purposes. A company's compliance with this obligation is therefore related only collaterally to the information value of the reports. Nonetheless, it is important when it comes to evaluating how the law contributes to the enhanced protection of users. The arguments above have shown that although social networks have fulfilled their transparency obligation by publishing reports, there is actually very little that we can conclude from them. The Facebook case makes it even more difficult to use the figures as the foundation for further development. Compliance alone does not lead to insightful data. Speculating on the reasons why Facebook decided to keep users away from using the NetzDG complaint procedure will not lead anywhere, but what is certain is that the law was implemented in a rather symbolic way. One may raise doubts on how accurate the formulation of sec. 3 (1) NetzDG regarding the implementation of an "easily recognisable" complaint procedure is. However, it would be too easy to blame it on the wording alone.

The argument was made that Germany could not expect platforms to "self-regulate in its [in Germany's] interest" (Fagan, 2017, p. 435) because of the relatively small size of its market on a global scale. On the contrary, if a company wants to do business in several countries it needs to respect each country's laws, especially if the laws in a specific country are, in principle, in line with the company's own guidelines – just as most of the offences enumerated in the NetzDG overlap with the "hate speech" category of platforms' community guidelines. In the case of Germany, there is no legal obligation to prioritize the relevant legal norms over the platform's community guidelines (as long as the unlawful content will be taken down), but that does not set aside the obligation to implement a user-friendly NetzDG complaint procedure. The subsequent question is: does Facebook's failure to implement an easy-recognisable complaint procedure according to [sec. 3 \(1\) NetzDG](#) mean that it is also bypassing the general legislative goal?

The answer is that, even though Facebook's complaint procedure is very likely to violate the legal provision (see supra, section 4.1), it has – in sum – achieved the outlined objective, that is, to remove hate speech quicker. The German government's overall goal in 2017 was to force social networks to be speedier in their responses to alleged offences on their platforms. That is why the





time span for takedown decisions is limited to 24 hours and why any breach of the obligation to ensure that this type of fast-track procedure would be severely fined. The legislator wanted to remove unlawful content from sight as quickly as possible while ensuring the users' right to a due process. These reports confirm there was a need to address the issue of verbal coarsening and to protect digital communication spaces from hate speech. All three examined platforms name hate speech as the first source of complaints under the NetzDG. The social networks all implemented additional reporting tools (as part of the mandatory procedure), they deployed additional resources, and responded to the majority of complaints within 24 hours. To that extent the main requirements were met. The entry into force of the NetzDG led to larger and more specialised reviewer teams who could potentially provide a more granular review procedure. Under these circumstances it would be wrong to conclude that any of the platforms explicitly bypassed the primary legislative goal. Facebook's implementation nevertheless undermines the significance of the reports since the numbers produced cannot be taken into account for an advanced evaluation.

3. Conclusion

The discussion around content moderation by social media platforms and its regulation is still unresolved on many levels. More work still needs to be done on the relation between private rules for content moderation and national laws, including the question of prioritisation. This is also true for the enforcement of rules and the role of non-human content review in that process. We have seen that platforms cannot solely rely on technology, such as upload filters, for example, to carry out the task of content moderation since the technology is still not fully capable of recognizing hate speech. Although most of the criticism around the NetzDG with regards to constitutional law still remains valid, the reports analysed in this paper show that there are other aspects on which attention should lie, such as the implementation of complaint procedures. Unfortunately, the reports analysed constitute no reliable ground for screening and a further development of this obligation despite the data they contain. This is mainly due to the fact that the biggest player, Facebook, has dodged the obligation of creating an accessible and user-friendly NetzDG complaint procedure, preferring to manoeuvre users towards its own feedback form featuring its own categories of community standards. There was no change in this regard in the second round of reports. As long as platforms prioritize their own community rules, the effects on online speech remain more or less similar than before the coming into force of the NetzDG making it almost impossible to truly evaluate the impact of such regulation.

We can nonetheless wonder about the added value of an additional complaint tool within the platform's feedback mechanisms. Since (most) social media platforms operate globally, moderating content on the basis of global community guidelines is more cost-effective than if it was conducted on the basis of national regulation. Thus, the NetzDG-reports could lead to the conclusion that this type of additional feedback tool, which would vary from country to country (because of national regulations), is ineffective and therefore unnecessary. As mentioned in the last section, the NetzDG did push the platforms to eventually take action against hate speech, an achievement which should not be downplayed. Perhaps, ensuring a faster review of user content by a more specialised content moderator is a sufficient goal for this type of law. For now, the only conclusion to be drawn is that, for the time being and for the sake of acting on a global scale, social media platforms will prioritize their community guidelines when it comes to moderating user content.





References

- Balkin, J. M. (2018). Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, 118(7), 2011-2056. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3186205
- Balkin, J. M. (2014). Old-school/new-school speech regulation. *Harvard Law Review*, 127(8), 2296-2342.
- Belli, L., Francisco, P.A., & Zingales, N. (2017). Law of the Land or Law of the Platform? Beware of the Privatisation of Regulation and Police. In L. Belli & N. Zingales (Eds.), *Platform Regulations: How Platforms are Regulated and How They Regulate Us – Official Outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Platform Responsibility* (pp. 41-64). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio Edition.
- Buermeyer, U. (2018). Facebook-Justiz statt wirksamer Strafverfolgung?. *Legal Tribune Online*. Retrieved from <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/netzwerkdurchsetzungsgesetz-netzdg-facebook-strafverfolgung-hate-speech-fake-news/3/>
- Celeste, E. (2018). Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(2), 122-138. doi: [10.1080/13600869.2018.1475898](https://doi.org/10.1080/13600869.2018.1475898)
- Citron, D. K. (2017). Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep. *Notre Dame L. Rev.*, 93(3), 1035-1071.
- Citron, D. K., & Norton, H. L. (2011). Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age. *Boston University Law Review*, 91(4)1435-1484; *U of Maryland Legal Studies Research Paper* No. 2011-16.
- Constine, J. (2018, April 24). Facebook reveals 25 pages of takedown rules for hate speech and more. *Tech Crunch*. Retrieved from <https://techcrunch.com/2018/04/24/facebook-content-rules/?guccounter=2>
- Delort, J. Y., Arunasalam, B., & Paris, C. (2011). Automatic moderation of online discussion sites. *International Journal of Electronic Commerce*, 15(3), 9-30.
- Djuric, N., Zhou, J., Morris, R., Grbovic, M., Radosavljevic, V., & Bhamidipati, N. (2015, May). Hate speech detection with comment embeddings. In *Proceedings of the 24th international conference on world wide web*, 29-30, ACM.
- Fagan, F. (2017). Systemic Social Media Regulation. *Duke L. & Tech. Rev.*, 16, 393-439.
- Funke, D. (2018, July 24). A guide to anti-misinformation actions around the world, *Poynter*. Retrieved from <https://www.poynter.org/news/guide-anti-misinformation-actions-around-world>
- Gaydhani A., Doma V., Kendre S., & Bhagwat L. (2018). Detecting Hate Speech and Offensive Language on Twitter using Machine Learning: An N-gram and TFIDF based Approach. arXiv:1809.08651v1 [cs.CL]. Retrieved from <https://arxiv.org/pdf/1809.08651.pdf>
- Gersdorf, H. (2017). Hate Speech in sozialen Netzwerken – Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke. *MMR*, 07, 439-447.
- Gillespie, T. (2018). *Custodians of the Internet: Platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*. New Haven: Yale University Press.
- Gollatz, K., Riedl, M. J., & Pohlmann, J. (2018, August 9) Removals of online hate speech in numbers. *Zenodo*. Retrieved from <http://doi.org/10.5281/zenodo.1342325>
- Gründahl, T., Pajola, L., Juuti, M., Conti, M., & Asokan, N. (2018). All You Need is "Love": Evading Hate-speech Detection. *arXiv preprint arXiv:1808.09115*. Retrieved from <https://arxiv.org/pdf/1808.09115.pdf>
- Guggenberger, N. (2017). Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht. *ZRP*, 2017(4), 98-101.
- Guggenberger, N. (2017a). Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung. *NJW*, 36, 2577-2582.
- Holznapel, D. (2018). Overblocking durch User Generated Content (UGC)-Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz? *Computer und Recht*, 6 369-378.
- Kaye, D. (2018) Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, United Nations Human Rights Council, *A/HRC/38/35*. Retrieved from <http://undocs.org/A/HRC/38/35>
- Keller, D. (2018). Internet Platforms: Observations on Speech, Danger, and Money. *Hoover Institution's Aegis Paper Series*, 1807.
- Klonick, K. (2018). The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, *Harvard Law Review*, 131(6), 1598-1670. Retrieved from <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>
- Koebler, J., & Cox, J. (2018, August 23). The Impossible Job: Inside Facebook's Struggle to Moderate Two Billion People. *Vice Motherboard*. Retrieved from https://motherboard.vice.com/en_us/article/xwk9zd/how-facebook-content-moderation-works
- Liesching, M. (2018). Lösungsmodell regulierter Selbstregulierung – Zur Übertragbarkeit der JMStV-Regelungen auf das NetzDG. In M. Eifert, T. Gostomzyk (Eds.), *Netzwerkrecht*, (pp. 135 – 152). Baden-Baden: Nomos.
- Liesching, M. (2018a). Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG. *MMR*, 1, 26-30.
- Liesching, M. (2018b). *Netzwerkdurchsetzungsgesetz 1. Online-Auflage*. Baden-Baden: Nomos.
- Matsakis, L. (2018, September 26). To Break a Hate-Speech Detection Algorithm, Try 'Love'. *WIRED*. Retrieved from <https://www.wired.com/story/break-hate-speech-algorithm-try-love/>





- Newton, C. (2019, February 25). The Trauma Floor. The secret lives of Facebook moderators in America. *The Verge*. Retrieved from <https://www.theverge.com/2019/2/25/18229714/cognizant-facebook-content-moderator-interviews-trauma-working-conditions-arizona>
- Noite, G. (2017). Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen. *ZUM*, 7, 552-565.
- Nunziato, D. C. (2014). The Beginning of the End of Internet Freedom. *Georgetown Journal of International Law*, 45, 383-410; *GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-40*; *GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-40*.
- Pollard, A. (2018, July 05). Facebook Found "Hate Speech" in the Declaration of Independence, *Slate*. Retrieved from <https://slate.com/technology/2018/07/facebook-found-hate-speech-in-the-declaration-of-independence.html>
- Ranking Digital Rights, (2018). *Corporate Accountability Index*. Retrieved from <https://rankingdigitalrights.org/index2018/report/executive-summary/>
- Read, M. (2019). Who Pays for Silicon Valley's Hidden Costs? *New York Magazine*. Retrieved from <http://nymag.com/intelligencer/2019/02/the-shadow-workforce-of-facebooks-content-moderation.html>
- Reinhardt, J. (2018, January 15). A Slight Case of Overblocking: Les enjeux constitutionnels de la loi allemande sur les réseaux sociaux [Blog post]. Retrieved from <http://blog.iuspoliticum.com/2018/01/15/a-slight-case-of-overblocking-les-enjeux-constitutionnels-de-la-loi-allemande-sur-les-reseaux-sociaux-par-jorn-reinhardt/>
- Reuter, M. (2018). Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz gefährdet die Meinungsfreiheit. In T. Müller-Heidelberg, M. Pelzer, M. Heiming, C. Röhner, R. Gössner, M. Fahrner, H. Pollähne, & M. Seitz (Eds.) *Grundrechte-Report*. Frankfurt/Main: Fischer Taschenbuch Verlag.
- Richter, P. (2017). Das NetzDG - Wunderwaffe gegen „Hate Speech“ und „Fake News“ oder ein neues Zensurmittel?, *ZD-Aktuell* 2017, 9, 05623
- Rosenfeld, M. (2002). Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, 24, 1523.
- Schauer, F. (1978). Fear, risk and the first amendment: Unraveling the chilling effect. *Boston University Law Review*, 58, 685.
- Schiff, A. (2018). Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen - Das NetzDG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, *MMR*, 2018, 6, 366-371.
- Schulz, W. (2018). Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online - the Case of the German NetzDG, *HIIG Discussion Paper Series 2018-01*. Retrieved from <https://www.hiig.de/publication/regulating-intermediaries-to-protect-privacy-online-the-case-of-the-german-netzdg/>
- Schulz, W., & Held, T. (2002). Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens. *Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien. Endbericht*. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut. Retrieved from <https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/a80e5e6dbc2427639ca0f437fe76d3c4c95634ac.pdf>
- Scott, C. (2004). Regulation in the age of governance: The rise of the post-regulatory state. In J. Jordana, & D. Levi-Faur (Eds.), *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*, 145. Cheltenham: Edward Elgar.
- Schmitz, S., & Berndt, C. M. (2018). The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (NetzDG): A Blunt Sword? Available at SSRN 3306964.
- Wimmers, J., & Heymann, B. (2017). Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) - eine kritische Stellungnahme. *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 2, 93-102.
- Wischmeyer, T. (2018). 'What is Illegal Offline is Also Illegal Online' - The German Network Enforcement Act 2017. In B. Petkova, & T. Ojanen, *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries* (Elgar 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3256498> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3256498>
- YouTube (2017, December 4). Expanding our work against abuse of our platform. Retrieved from <https://youtube.googleblog.com/2017/12/expanding-our-work-against-abuse-of-our.html>





Matthias C. Kettmann

Stellungnahme als Sachverständiger für die öffentliche Anhörung zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz auf Einladung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags, 15.5.2019

Zentrale Aussagen

1. Der Prozess um die Verabschiedung des NetzDG hat die Debatte um die Rechtsdurchsetzung in privaten Kommunikationsräumen mit Relevanz für öffentliche Kommunikation nachhaltig befeuert. Mit Blick auf die vorliegenden Anträge und die Debatte im Rechtsausschuss, sowie unter Rückgriff auf die substantielle wissenschaftliche Literatur und die von einer großen Mehrheit gesellschaftlicher Akteure geäußerte Kritik verfügt der Gesetzgeber nun über eine ausreichend Wissensbasis, um das NetzDG weiterzuentwickeln.
2. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht erscheint es geboten, eine grundrechtssensible, gefahrenadäquate und zeitgemäße Regulierung der Anbieter sozialer Netzwerke im Kontext eines gewandelten Mediennutzungsverhaltens der Bevölkerung anzustreben. Als Ziel dieses Prozesses erscheint eine sensibel aufeinander abgestimmte Plattform- und Telemedienregulierung naheliegend, die besonders gefährdete Gruppen schützt und das Internet als Raum der Ausübung der Grundrechte sichert. Darüber hinaus ist bei gesetzgeberischen Ansätzen an die Plattformregulierung stets der europarechtlich verbindliche Grundsatz der Haftungsprivilegierung für Diensteanbieter mitzudenken, der eine normative Grenze darstellt.
3. Im Prozess der parlamentarischen Befassung mit dem NetzDG sollte die auch von Deutschland verabschiedete Empfehlung (2018)² des Ministerkomitees des Europarates an Mitgliedstaaten zu der Rolle und Verantwortung von Internet-Intermediären eine Rolle spielen.
4. Das NetzDG zielte ab auf die verbesserte *Rechtsdurchsetzung* in sozialen Netzwerken. Ob es dieses Ziel erreicht hat, kann mangels empirischen Datenmaterials nicht belastbar festgestellt werden. Indes hat das NetzDG aber sicher dazu geführt, dass die Debatte um die Governance von Meinungsäußerungen bei Anbietern sozialer Plattformen stärker öffentlich geführt wird. Darüber hinaus haben Plattformanbieter – nicht nur, aber auch – wegen des NetzDG in ihre Moderationskapabilitäten für den deutschen Sprachraum investiert und diesen unverhältnismäßig stärker ausgebaut. Dank der Debatten um das NetzDG – und des gesellschaftlich eingeforderten transparenteren Auftretens wichtiger Diensteanbieter – ist der Erkenntnisstand über die Filterpraktiken weit höher als zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes.
5. Die vom NetzDG eingeforderten Transparenzberichte sind hilfreich, aber noch zu wenig aussagekräftig, die Pflichtangaben im Gesetz sind zu wenig konturiert. Zu wichtigen Fragen lassen sich nach derzeitigem Forschungsstand keine empirisch belastbaren Aussagen tätigen. Wenn vom Bundestag gewünscht wird, dass konkrete Aussagen zur Wirkung des NetzDG getroffen werden können (was sinnvoll ist), dann müssen die Anforderungen an die Transparenzberichte steigen.
6. Die zentralen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das NetzDG beziehen sich bekanntlich auf die Vereinbarkeit der faktischen Inzentivierung von 'Overblocking' (zur Vermeidung der Haftung in Zweifelsfällen) mit dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit. Diesem strukturellen Ungleichgewicht zulasten der Meinungsäußerungsfreiheit ist im Lichte der Bedeutung der Balance zwischen Grundrechten entschieden entgegenzutreten. Mögliche Schritte umfassen eine Reduktion der Liste der vom Gesetz erfassten Tatbestände,





- zumindest die Entfernung der Antragsdelikte, sowie die Einführung eines einfach zu handhabenden Wiederherstellungsanspruch für fälschlich gelöschte Inhalte.
7. Eine privatisierte Rechtsdurchsetzungsstruktur, wie sie das NetzDG vorsieht, spiegelt die Bedeutung der hybriden privaten Räume mit entscheidender Relevanz für die private wie öffentliche Kommunikation nicht wider. Gesetzgeberseitig ist stets in Erwägung zu ziehen, inwieweit das "Policing" von Meinungsäußerungen im Internetkontext in die Hände privater Akteure gegeben werden soll, deren Rolle zwischen Staat und Menschen noch nicht ausreichend rechtlich konturiert wurde.
 8. Das BfJ ist nicht die geeignete Stelle, um mittels Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Transparenzberichte als Steuerungsinstrumente einzusetzen. Als abhängige Behörde ist seine Rolle problematisch, da ein ministerieller Durchgriff zur Sanktionierung einzelner NetzDG-Umsetzungsansätze bei Diensteanbietern vom Gesetz her nicht ausgeschlossen ist. Auch die gesetzlich vorgesehene Einrichtung der regulierten Selbstregulierung wurde bisher noch nicht vom BfJ zertifiziert, obwohl seit Dezember 2018 ein Antrag der FSM vorliegt.
 9. Noch immer wurde, soweit bekannt, weder eine umfassende Gesetzesfolgenabschätzung noch ein menschenrechtliches Impact Assessment durchgeführt. Aussagen zu ministeriellem Gesetzesmonitoring drangen bislang nicht an die Öffentlichkeit. Der Prozess der Evaluierung des NetzDG scheint ohne umfassende Rückbindung an bestehende Debatten in der Rechts- und Medienwissenschaft angestoßen worden zu sein. So zeichnet sich ab, dass Löschungen von rechtswidrigen Inhalten ohne Strafverfolgung zu Wiederholungsakten motivieren nicht zu einem Umdenken führen; damit steht der Regelungszweck des NetzDG in einem Spannungsverhältnis zu den Regelungsinhalten.
 10. Anzudenken wäre, dass die parlamentarische Befassung mit dem NetzDG auch neuere wissenschaftliche Erkenntnisse zu Mediatisierung und Medienkonvergenz sowie zur Priorisierung medienvermittelter Kommunikation abwägt. In der nachhaltigen Reform der Medien- und Kommunikationsordnung Deutschlands und Europas liegt wohl ein zentraler Schlüssel zur Sicherung gesellschaftlichen Zusammenhalts für das nächste Jahrzehnt. Die Neubefassung mit dem NetzDG ist in diesem Licht zwar nur ein erster, aber dennoch ein sehr wichtiger Schritt.

1. Gegenstand der Anhörung und der Stellungnahme

1.1 Gegenstand der Anhörung

Gegenstand der Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2019 werden vier Anträge sein:

- Gesetzentwurf der Abgeordneten Stephan Brandner, Marcus Bühl, Joana Eleonora Cotar, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD: „Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“, BT-Drucksache 19/81;
- Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Petra Sitte, Anke Domscheit-Berg, Simone Barrientos, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE: „Entwurf eines Gesetzes zur Teilaufhebung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“, BT-Drucksache 19/218;
- Antrag der Abgeordneten Renate Künast, Dr. Konstantin von Notz, Tabea Rößner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: „Netzwerkdurchsetzungsgesetz weiterentwickeln – Nutzerrechte stärken, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken sicherstellen“, BT-Drucksache 19/5950;
- die Artikel 4 bis 6 des Gesetzentwurfs der Fraktion der FDP zur Stärkung der Bürgerrechte (Bürgerrechtstärkungs-Gesetz – BüStärG), BT-Drs. 19/204.





Die folgende Stellungnahme behandelt Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit den vorliegenden Anträgen sowie mit der Novellierung bzw. Aufhebung des NetzDG stellen und bettet diese ein in die normative Entwicklung des Rahmens der Medien- und Kommunikationsordnung.

1.2 Struktur der Stellungnahme

Der Einleitung folgt eine Vorstellung der Prägekräfte im Prozess der Governance von Meinungsäußerungen in digitalen Kommunikationsräumen (2.) und eine Kurzvorstellung zentraler Normen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (3.). Sodann stelle ich zusammenfassend die Bewertung des NetzDG in der Wissenschaft dar (4.). Nach Verabschiedung des NetzDG legte der Europarat eine einflussreiche Empfehlung zur Regulierung von Intermediären vor, die in Abschnitt 5 vorgestellt wird, bevor in Abschnitt 6 Anforderungen an den globalen Ordnungsrahmen für soziale Medien diskutiert werden, die den Rahmen für die Reform des NetzDG bieten sollen (6.). Schließlich folgen Empfehlungen für eine weitere parlamentarische Befassung (7.) sowie ein Fazit (8.).

2. Governance von Meinungsäußerungen in digitalen Kommunikationsräumen

2.1. Sicherung von Zugang zum Internet und Zugang zu Internetinhalten als Voraussetzung der Ausübung von Menschenrechten online⁸²

Voraussetzung für die Ausübung der Menschenrechte im Internet sind der Zugang zum Internet (der durch staatliche Infrastrukturmaßnahmen sicherzustellen ist) und der Zugang zu Internetinhalten (der vor überschießender Zensur zu schützen ist). Das Völkerrecht schützt beide Zugangsdimensionen: Artikel 19 Abs. 2 des Zivilpaktes garantiert die Verbindungstechnologien mit seinem Verweis auf den Schutz von Meinungsäußerung durch „any [...] media of [one’s] choice“.⁸³ Die Menschenrechtskommission bestätigt dies in ihrem General Comment No. 34 zu Artikel 19.⁸⁴

Während in manchen Staaten bereits ein Recht auf Internetzugang gesetzlich festgeschrieben ist oder sich aus dem Recht dogmatisch ableiten lässt,⁸⁵ ist eine explizite Kodifizierung weder national noch international Voraussetzung für das Bestehen des Rechts. Die völkerrechtlichen Verpflichtungen stecken den Rahmen ab, innerhalb dessen Deutschland die Sicherung des Zugangs zum Internet wie zu Internetinhalten garantieren muss.⁸⁶

Ein Recht auf Zugang lässt sich dogmatisch als objektiv-rechtliche Grundrechtswirkung sowohl als eigenständiges Recht, umfasst vom Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG), aber auch als rechtlich geschützte Vorbedingung der Ausübung anderer Rechte konstruieren.⁸⁷ Angesichts der zentralen Rolle, die

82 Dieser Unterabschnitt greift zurück auf Kettmann, Menschenrechte im Multistakeholder-Zeitalter: Mehr Demokratie für das Internet, ZFMR 1, 2016, 24-36.

83 Molly K. Land, Toward an International Law of the Internet, Harvard International Law Journal, 54 (2013), 393-458.

84 Menschenrechtskommission, Allgemeiner Kommentar zu Art. 19 IPbPR, CCPR/C/GC/34 vom 12.9.2011, Abs. 15: „States parties should take all necessary steps to foster the independence of these new media and to ensure access of individuals thereto.“

85 Vgl EGMR, Yildirim v. Türkei (18.12.2012), No. 3111/10, Abs. 31: „in theory“ bestehe ein derartiges Recht in mehr als zehn Mitgliedstaaten des Europarates.

86 BVerfG, 1 BvL 10/10; 1 BvL 2/11 vom 18.7.2012, Rn. 94; BVerfG, 1 BvL 10/12 vom 23.7.2014, Rn. 74 („Dem Gesetzgeber steht ein Gestaltungsspielraum zu [...]; [dabei] ist er auch durch völkerrechtliche Verpflichtungen gebunden.“).

87 Neben dem Recht auf Internetzugang sind nach dieser Sicht übrigens auch die Sicherheit und Integrität der Kommunikationssysteme als objektiv-rechtliche Vorbedingung der Ausübung kommunikativer Rechte geschützt (dazu sehr instruktiv Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, 69 JZ 2/2014, 53-63 (53)).





das Internet inzwischen einnimmt,⁸⁸ entspricht diese Grundrechtswirkung einer positiven Leistungspflicht des Staates: ein unmittelbar verfassungsrechtlicher Leistungsanspruch⁸⁹ auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, die auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst.⁹⁰

Zwischenmenschliche Beziehungen werden angesichts der Kommunikationsmöglichkeiten der Informationsgesellschaft maßgeblich über das Internet gepflegt. Es liegt am Gesetzgeber, die „jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten“ zu beachten und „die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen, die sich etwa in einer technisierten Informationsgesellschaft anders als früher darstellt.“⁹¹

Ein Zugang zum Internet alleine reicht allerdings nicht aus, um Grund- und Menschenrechte in der Digitalität zu sichern. Das Recht auf Internetzugang umfasst auch den Schutz legaler Inhalte im Internet. Hier erfüllen sowohl der Staat (2.2.) als auch der Privatsektor (2.3.) eine wichtige Rolle.

2.2. Rolle des Staates⁹²

Die Entwicklung des Internets beeinflusst privates und öffentliches Kommunikationsverhalten. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Jahr 2015 feststellte, ist das Internet eines der wichtigsten Mittel geworden, mit dem wir unsere Rechte ausüben, insbesondere die Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit. Das Internet stelle unverzichtbare Instrumente zur Teilhabe an Aktivitäten und Diskussionen von politischen Themen und Angelegenheiten allgemeinen Interesses zur Verfügung: „essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest.“⁹³ Das Internet nehme ein „a particularly important role with respect to the right to freedom of expression.“⁹⁴

Aber die Freiheit der Meinungsäußerung im Internet hat auch negative Aspekte. In sozialen Plattformen finden wir immer noch Beispiele von Terrorismusverherrlichung, Völkermordleugnung, Inhalte, die die sexuelle Ausbeutung von Kindern wiedergeben, Hassrede und Desinformation. Die regulativen Herausforderungen für Staaten und andere Akteure sind beträchtlich. So heißt es in der auch von Deutschland im Ministerkomitee des Europarats angenommene Empfehlung von 2018 zu Rolle und Verantwortung von Internet-Intermediären: „the rise of the internet and related technological developments have created substantial challenges for the maintenance of public order and national security, for crime prevention and law enforcement,

88 So etwa Bundesgerichtshof, Urteil des III. Zivilsenats vom 24.1.2013, III ZR 98/12.

89 BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, Rn. 136: „Die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch ein Parlamentsgesetz erfolgen, das einen konkreten Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem zuständigen Leistungsträger enthält.“

90 Ibid., Rn. 135.

91 Ibid., Rn. 138. Dieser Ansatz wird bestätigt in Hinblick auf Leistungen für Asylwerber durch BVerfG, 1 BvL 10/10; 1 BvL 2/11 vom 18.7.2012, Rn. 92 (Leistungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG „[...] hängt von [...] den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten [ab]“); ebenso BVerfG, 1 BvL 10/12 vom 23.7.2014, Rn. 74 („Grundrecht [...] bedarf [...] der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber [ausgerichtet] an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen im Hinblick auf die konkreten Bedarfe der Betroffenen“).

92 Dieser und der nächste Abschnitt greifen zurück auf Kettmann, The Future of the NetzDG: Balanced Briefing Materials on the German Network Enforcement Act, Deliberative Polling, Briefing Materials for Multistakeholder Discussion entwickelt für Stanford University, Center on Deliberative Democracy anlässlich des Internet Governance Forum Deutschland (2018).

93 EGMR, Cengiz and Others v. Turkey, judgment of 1 December 2015, § 49.

94 Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries, 7 March 2018, PP 2.





and for the protection of the rights of others. In sozialen Netzwerken hätten „targeted disinformation campaigns“⁹⁵ destabilisierende Effekte auf demokratische Prozesse.

Die Staaten haben die Hauptverantwortung, die Grund- und Menschenrechte im digitalen Umfeld zu schützen. Alle von ihnen eingeführten Regulierungsrahmen, einschließlich Selbst- oder Ko-Regulierungsansätze, müssen wirksame Aufsichtsmechanismen enthalten und mit geeigneten Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung einhergehen.⁹⁶ Staaten auferlegt nicht nur die negative Verpflichtung, das Recht auf freie Meinungsäußerung und andere Menschenrechte im digitalen Umfeld nicht zu verletzen, sondern auch eine positive Verpflichtung, die Menschenrechte zu schützen und ein regulatives Umfeld für alle zu schaffen, diese Rechte auch auszuüben.

In Anbetracht der Drittwirkung der Grundrechte schließt diese positive Verpflichtung – funktional gradiert – den Schutz von Einzelpersonen vor den Handlungen privater Parteien ein, besonders wenn sich die zwei Vertragsparteien nicht auf Augenhöhe begegnen (können). Staaten müssen sicherstellen, dass Unternehmen rechtlich und in der Praxis alle einschlägigen gesetzlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen einhalten. Dabei müssen Staaten insbesondere die Bedeutung von Steuer-, Kartell- und Datenschutzrecht erwägen, um ggf. mächtigen privaten Internetakteuren besondere Verpflichtungen aufzuerlegen.

2.3. Rolle von Unternehmen

Dem Privatsektor kommt eine besondere Rolle bei der Realisierung der Menschenrechte im Internet zu.⁹⁷ Die weitaus meisten kommunikativen Räume im Internet befinden sich in privater Hand. Intermediäre, einschließlich Social-Media-Unternehmen, sind zu wichtigen normativen Akteuren geworden.⁹⁸ Netzwerkeffekte und Fusionen haben dazu geführt, dass eine relativ kleine Anzahl wichtiger Intermediäre den Markt dominiert. Diese Unternehmen haben Pflichten nach internationalem und nationalem Recht. Im Einklang mit den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und dem Rahmen „Schutz, Achtung und Abhilfe“ („Ruggie-Prinzipien“)⁹⁹ sollen Intermediäre die Menschenrechte ihrer Nutzer*innen (und anderer Betroffener) bei allen ihren Handlungen (einschließlich der Formulierung und Anwendung von Nutzungsbedingungen) respektieren und Abhilfe schaffen im Falle von negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte, die in direktem Zusammenhang mit ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten stehen.

⁹⁵ Ibid., PP 3.

⁹⁶ Ibid., Abs. 1.1.3.

⁹⁷ Vgl. Kettemann, Hassrede und Katzenbilder: Wie können im globalen Netz nationale Gesetze respektiert werden?, in Jaume-Palasi/Pohle/Spielkamp (Hrsg.), Digitalpolitik – eine Einführung (2017)(iRights.info), 48-57.

⁹⁸ Ende 2017 hatte Facebook 2 Milliarden aktive User, YouTube 1,5 Milliarden, WhatsApp 1,2 Milliarden, WeChat 889 Millionen, Instagram 700 Millionen und Twitter 300 Millionen. Siehe Zakon, Hobbes' Internet Timeline 10.2.

⁹⁹ Siehe 'Ruggie Principles': Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, UN Doc. A/HRC/17/31 vom 21.3.2011 (deutsche Fassung).





3. Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die ersten Transparenzberichte

3.1. Skizze des NetzDG

Das NetzDG trat am 1. Oktober 2017 in Kraft, wobei die wichtigsten Bestimmungen ab dem 1. Januar 2018 gelten. Derzeit sind vier Anträge auf vollständige oder teilweise Nichtigkeitserklärung des NetzDG beim Bundestag anhängig.

§ 1 Abs. 1 NetzDG sieht vor, dass das Gesetz für Telemediendiensteanbieter gilt, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer*innen beliebige Inhalte mit anderen teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). Nicht umfasst sind Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, Plattformen zur Individualkommunikation oder Plattformen zur Verbreitung spezifischer Inhalte. Abs. 2 sieht vor, dass das soziale Netzwerk im Inland mindestens zwei Millionen registrierte Nutzer*innen haben muss.

Zentrale Pflicht des NetzDG ist, dass soziale Netzwerke „offensichtlich rechtswidrige“ Inhalte binnen 24 Stunden nach Eingang einer Beschwerde löschen oder sperren müssen. Ein Inhalt ist dann „offensichtlich rechtswidrig“, wenn er sich ohne tiefere Prüfung als strafbar erweist. Über gemeldete Inhalte, die nicht offensichtlich rechtswidrig sind, müssen soziale Netzwerke spätestens innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entscheiden. In § 1 Abs. 3 sind strafbaren Handlungen im Sinne des Gesetzes aufgelistet.¹⁰⁰ In strittigen Fällen (z.B.: Frage der Wahrheit/Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung) kann das soziale Netzwerk Nutzer*innen vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Beschwerde geben und die Frist überschreiten.

Wird die Berichtspflicht nicht eingehalten oder ein wirksames Beschwerdemanagement nicht vorgehalten, können Strafen bis zu 50 Millionen Euro verhängt werden. Ordnungswidrig handelt ein soziales Netzwerk nicht schon bei einer falschen (Nicht-)Sperrung, sondern nur dann, wenn es vorsätzlich oder fahrlässig strukturelle Mängel beim Beschwerdemanagement aufweist. Adressat des Bußgeldbescheids sind Leiterin oder Leiter der unternehmensinternen Beschwerdestelle oder eine Person aus der Leitung des sozialen Netzwerks.

Darüber hinaus sieht das NetzDG eine Berichtspflicht für Netzwerke vor, die im Kalenderjahr mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte erhalten. Der Bericht muss folgendes umfassen: Informationen zum Umgang mit Beschwerden über strafbare Inhalte auf der Plattform, insbesondere die Mechanismen zur Übermittlung von Beschwerden über strafbare Inhalte und die Entscheidungskriterien für Löschung und Sperrung von strafbaren Inhalten, die Anzahl der im Berichtszeitraum eingegangenen Beschwerden über strafbare Inhalte sowie die

100 Die vom Gesetz erfassten rechtswidrigen Inhalte sind solche, die folgende Tatbestände des Strafgesetzbuchs erfüllen: § 86 („Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen“), § 86a („Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen“), § 89a („Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“), § 91 („Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“), § 100a („Landesverräterische Fälschung“), § 111 („Öffentliche Aufforderung zu Straftaten“), § 126 („Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten“), § 129 („Bildung krimineller Vereinigungen“), § 129a („Bildung terroristischer Vereinigungen“), § 129b („Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland“), § 130 („Volksverhetzung“), § 131 („Gewaltdarstellung“), § 140 („Belohnung und Billigung von Straftaten“), § 166 („Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen“), § 184b („Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften“) in Verbindung mit § 184d („Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien“), §§ 185 bis 187 („Beleidigung“, „Üble Nachrede“, „Verleumdung“), § 201a („Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“), § 241 („Bedrohung“) oder § 269 („Fälschung beweiserheblicher Daten“).





Anzahl der Beschwerden, die im Berichtszeitraum zur Löschung oder Sperrung des beanstandeten Inhalts führten. Mit dem NetzDG wurde auch eine Auskunftspflicht für soziale Netzwerke eingeführt. Wer im Anwendungsbereich des Gesetzes in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wird, kann von dem Betreiber des sozialen Netzwerks Auskunft darüber verlangen, wer die Rechtsverletzung begangen hat.

3.2. Transparenzberichte

Zwei der halbjährlich fälligen Berichte sind bisher unternehmensseitig vorzulegen gewesen.¹⁰¹ Sechs Anbieter haben bis zum 3.1.2019 im Bundesanzeiger Berichte über den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte veröffentlicht: "Change.org San Francisco, Facebook Ireland Limited Dublin, Google Mountain View, The Jodel Venture GmbH Berlin, Twitter International Company Dublin und YouTube San Bruno".¹⁰² Ob die Berichte den Anforderungen des NetzDG genügen, muss das BfJ beurteilen. Beim BfJ sind nach Auskunft der Bundesregierung 800 Verfahren im Hinblick auf das NetzDG eingeleitet worden, wovon der überwiegende Teil auf Meldungen durch Nutzer*innen beruht. Bußgelder wurden durch das BfJ bislang noch nicht verhängt.

Je zwei Transparenzberichte liegen vor.¹⁰³ Diese sind hilfreich, um generelle Aussagen über Trends des Beschwerdeaufkommens und -managements zu machen. Auffallend sind aber die niedrigen Zahlen mancher Anbieter und die mangelnde Aussagekraft der gesammelten Daten. Bei Facebook wurden im Zeitraum zwischen 1. Juli 2018 und 31. Dezember 2018 nur insgesamt 1.048 Inhalte in 500 NetzDG-Beschwerden gemeldet. Ca. 35% der Beiträge wurden schließlich gelöscht. Noch mehr Meldungen als bei YouTube (ca 250.000) gingen im zweiten Halbjahr 2018 bei Twitter ein (256.462 Beschwerden). Die Unternehmen weisen soweit ersichtlich eine starke Präferenz aus, Inhalte nach dem Maßstab der Gemeinschaftsstandards zu moderieren.

4. Zusammenfassende Darstellung der Bewertung des NetzDG in der Wissenschaft

Die Verabschiedung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG)¹⁰⁴ wurde durch Ängste vor äußeren Einflüssen bei den Bundestagswahlen motiviert und hatte zum Ziel, soziale Netzwerke von strafrechtlich verbotenen Inhalten freizuhalten. Es wurde gegen den Rat der großen Mehrheit (aber nicht aller¹⁰⁵) der 28 Stellungnahmen,¹⁰⁶ darunter des UN-Sonderberichterstatters für

101 Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Manuel Höferlin, Frank Sitta, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 19/6739 – Evaluierung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes und Transparenzberichte.

102 Ibid., 2.

103 Facebook, Facebook veröffentlicht zweiten NetzDG-Transparenzbericht, 31.1.2019. Vgl. weiters YouTube, Entfernungen von Inhalten nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Google+ – Entfernungen von Inhalten nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Google Transparenzbericht .

104 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG).

105 Vgl. Schwartmann, GRUR-Prax 2017, 317, 319; Schiff, MMR 2018, 366 ff.; Magen, VVDStRL 77(2018), 67ff; Roßnagel et al, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Forum Privatheit Policy Paper (2018).

106 BMJV, NetzDG, Stellungnahmen.





Meinungsäußerungsfreiheit¹⁰⁷ und der meisten zivilgesellschaftlichen Organisationen,¹⁰⁸ angenommen. Zentraler Regelungsgehalt des NetzDG ist die Anbietern sozialer Netzwerke auferlegte Pflicht, offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde sicherzustellen sowie andere rechtswidrige Inhalte unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde, zu löschen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG).

Das NetzDG wurde kontrovers aufgenommen und wurde mit Recht kritisiert.¹⁰⁹ Zum 12. April 2018 zählte der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags 26 rechtswissenschaftliche Beiträge, die sich mit dem NetzDG vor und nach Inkrafttreten auseinandersetzen.¹¹⁰ Inzwischen liegen weitere vor.¹¹¹ Die überwältigende Mehrheit kritisiert das NetzDG aus sehr ähnlichen Gründen. Folgende Argumente werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur regelmäßig gegen bzw. für die Bestimmung des Gesetzes angeführt, wobei numerisch bei weitem die kritischen Stimmen in der Forschung – wie ausgeführt – überwiegen:¹¹²

- Kritiker*innen argumentieren, dass zivilrechtliche Instrumente (wie die einstweilige Verfügung) Betroffenen bei der Suche nach den Verfasser*innen problematischer Inhalte besser helfen könnten und das Gesetz überflüssig machten. Befürwortende argumentieren indes, dass bestehende zivilrechtliche Instrumente wie die einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) bei Bedarf zusätzlich zum Gesetz bestehen blieben, das Gesetz aber mit neuen Auskunftspflichten den Zugriff auf Täter*innen erleichtere.
- Im Hinblick auf die Transparenz des Gesetzgebungsprozesses argumentieren Befürworter*innen des NetzDG, dass der Bundestag eine Reihe öffentlicher Anhörungen durchgeführt und ausgewählte Mitglieder der Wissenschaft und der Zivilgesellschaft zur Teilnahme eingeladen habe. Kritiker*innen argumentieren indes, dass der Prozess der Verabschiedung von Gesetzen oder Verordnungen, die für Internet-Intermediäre gelten, weit transparenter sein sollte und dass der Prozess der Einführung des NetzDG diesen Kriterien nicht entsprochen habe, wobei insbesondere der Zeitdruck in der vorparlamentarischen und parlamentarischen Befassung kritisiert wird.
- Befürworter*innen weisen auch darauf hin, dass der Meinungsfreiheit keine zusätzlichen Grenzen gesetzt würden, da das Onlinestellen illegaler Inhalte (und das Verfassen derartiger Äußerungen), die von sozialen Netzwerken blockiert werden müssten, bereits jedes strafbewehrt sei. Kritiker*innen argumentieren jedoch, dass dies den Nachweis von Vorsatz und Schuld des handelnden Nutzers erforderlich mache, was angesichts der knappen Fristen nicht sichergestellt werden könne. In Bezug auf wesentliche rechtliche Änderungen argumentieren Befürworter*innen, dass sich das Gesetz lediglich auf schwerere Straftaten konzentriere und keine neuen Tatbestände einführe. Kritiker*innen stellen weiters fest, dass das Gesetz nicht die komplexe Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und (lediglich) gemeinschaftsstandardwidrigen Inhalten reflektiere.

107 Letter of the Special Rapporteur for freedom of opinion and expression to the German Ambassador at the United Nations in Geneva, OL DEU 1/2017.

108 Beckedahl, Breites Bündnis stellt sich mit Deklaration für die Meinungsfreiheit gegen Hate-Speech-Gesetz, 11.4.2017, netzpolitik.org.

109 Vgl. Schulz, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, HIIG Discussion Paper Series 2018-01 (im Erscheinen in Marion Albers and Ingo Sarlet (eds.), *Personality and Data Protection Rights on the Internet* (2019)).

110 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur, 12. April 2018, WD 10 – 3000 – 022/18.

111 Vgl. die Verweise in Peukert, MMR 2018, 572, FN 2, insb. Guggenberger, ZRP (2017), 98; Nolte, ZUM (2017), 552.

112 Eigene summarische Darstellung auf Grundlage der gesichteten Literatur.





- Ferner wird kritisiert, dass Deutschland keine umfassende Folgenabschätzung zu den Menschenrechten vorgenommen habe, um mögliche negative Auswirkungen des NetzDG auf die Menschenrechte zu untersuchen und ggf. abzumildern.
- Während Kritiker*innen davon ausgehen, dass autokratische Regierungen Gesetze wie das NetzDG als Vorbild nutzten, um ähnliche Gesetze zur Unterdrückung abweichender Stimmen einzuführen, argumentieren Befürworter*innen, dass dies nicht Einfluss auf die Bewertung des NetzDG haben solle.
- Mit Blick auf europäisches Recht argumentieren positive Stimmen aus der Wissenschaft, dass das NetzDG den freien Dienstleistungsverkehr nicht behindere (Art. 56 AEUV). Bestimmte Eingriffe in die vier Freiheiten im Binnenmarkt seien notwendig, um schwere Straftaten zu bekämpfen. Dies werde auch so im EU-Recht respektiert. Kritiker*innen argumentieren dagegen, dass das NetzDG in den freien Dienstleistungsverkehr eingreife. Die Verpflichtung, einen inländischen zugelassenen Empfänger zu benennen, erweise sich auch im Hinblick auf Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie als problematisch und würde u.a. die in den EU-Verträgen garantierte Niederlassungsfreiheit behindern.
- Befürworter*innen argumentieren, dass Anbieter sozialer Netzwerke in der EU unter die Ausnahmeregelung von Art. 3 (4) der Richtlinie fallen (Rechtsvorschriften, die zur Wahrung der öffentlichen Ordnung erforderlich sind). Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 14 Absatz 3 der E-Commerce-Richtlinie entsprechende Verfahren zur Inhaltsgovernance vorsehen. Kritiker*innen argumentieren, dass Art. 3 der RL Regelungen zum Binnenmarkt enthalte und dass das NetzDG gegen das Herkunftslandprinzip verstoße. Unterstützer verweisen auf Art. 14 der RL, der eine Haftungsausnahme für Hostinganbieter enthält. Sie verlören ihr Privileg nur, wenn sie nicht sofort reagieren, sobald sie benachrichtigt wurden ('notice-and-take-down'). Kritiker*innen argumentieren, dass der Zweck der Richtlinie es sei, die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen in Europa zu harmonisieren, und unterschiedliche nationale Zeitpläne diesem Zweck zuwiderlaufen würden.
- Hinsichtlich der formalen Gesetzgebungskompetenz für das NetzDG verweisen Befürworter*innen auf die Bundeskompetenz für „Recht der Wirtschaft“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Grundgesetz). Kritiker*innen widersprechen und argumentieren, dass das NetzDG entgegen der verfassungsmäßigen Zuständigkeitsordnung zwischen Bundes- und Länderebene gemäß Art. 70 Abs. 1 GG beschlossen wurde.
- Befürworter*innen sind der Ansicht, dass das NetzDG keine neue Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit darstelle. Ihnen zufolge diene das Gesetz lediglich dazu, die bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung von Intermediären, strafbare Inhalte spätestens nach Inkennzeichnung zu entfernen, besser zu effektuieren. Der Entwurf beziehe sich explizit auf strafbare Inhalte; diese unterfielen nicht dem Schutz der Meinungsfreiheit. Kritiker*innen argumentieren hingegen, dass das Gesetz erheblich gegen Grundrechte verstoße, da es unverhältnismäßig stark in die Meinungsäußerungsfreiheit, die Medienfreiheiten und die wirtschaftlichen Rechte von Anbietern sozialer Netzwerke eingreife. Die wesentlichen Überwachungspflichten und die strengen Fristen zum Löschen seien im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG unverhältnismäßig.
- Des Weiteren verstoße das NetzDG, so die Kritik, gegen Art. 3 GG (Gleichheit vor dem Gesetz), weil Anbieter sozialer Netzwerke anders behandelt werden als andere Medien-diensteanbieter. Befürworter*innen argumentieren, dass der Einsatz privater Akteure zur Durchsetzung öffentlicher Vorschriften ein etablierter gesetzlicher Ansatz sei. Da sich die





Intermediäre von anderen Mediendiensteanbietern unterschieden, sei eine spezifische Regulierung eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Social-Media-Netzwerke mit mehr als 2 Millionen registrierten Nutzer*innen spiegle die besondere Bedeutung dieser marktmächtigen Plattformen wider und sei eine legitime unterschiedliche Behandlung.

- Befürworter*innen sehen es nicht kritisch, dass das Bundesamt für Justiz (das direkt dem Justizministerium unterstellt ist) das NetzDG durchsetzt. Kritiker*innen argumentieren, dass dies dem Prinzip der Unabhängigkeit der Medien widerspreche und einer weisungsgebundenen Behörde, die keine Regulierungskompetenz hat, neben durchführenden auch regulative Aufgaben aufbürdet.
- Kritische Stimmen aus der Forschung merken an, dass es innerhalb des NetzDG keine angemessenen Verfahren gäbe, um rechtlich geschützte Interessen des Einzelnen sicherzustellen. Befürworter*innen argumentieren, dass die individuellen Nutzer*innen, deren Inhalte gelöscht werden, nicht Teil des Verwaltungsverfahrens seien, weil sie nicht den Geldbußen unterworfen werden, die am Ende des Verfahrens stehen können.
- In Bezug auf die Auswirkungen des NetzDG argumentieren Befürworter*innen des Gesetzes, dass sich Unternehmen nicht über die kurzen Fristen beschwert hätten. Der größte Teil der Inhalte werde innerhalb des Zeitrahmens entfernt, den auch der Code of Conduct der EU vorsehe. Das NetzDG sehe bereits in seiner jetzigen Form eine Verlängerung der 7-Tage-Frist vor, wenn Tatsachen festgestellt werden müssten. Kritiker*innen argumentieren, dass die 24-Stunden-Frist für das Entfernen von „offensichtlich rechtswidrigen“ Inhalten im Licht der Kontextgebundenheit von Sprache sehr kurz bemessen sei. Die Durchführung solcher Beurteilungen dauere normalerweise viel länger. Anbietern fehlen häufig sowohl notwendige Informationen über den Kontext als auch die erforderlichen Instrumente zur Informationsbeschaffung, um die Situation zu verbessern. Dies würde zu extensivem „Überlöschen“/Overblocking führen. Unterstützer*innen argumentieren dagegen, dass das neue Gesetz nicht verlange, dass soziale Netzwerke ihre Plattformen proaktiv nach rechtswidrigen Inhalten durchsuchten. Eine solche Pflicht sei ja schon in der E-Commerce-Richtlinie verboten.
- Kritisch wird angemerkt, dass jede falsche Löschung praktisch unabänderbar sei, insbesondere wenn faktisch wie rechtlich kaum praktikable Wiederherstellungsmöglichkeiten existierten und Einzelpersonen nur ein Rechtsweg über die Zivilgerichte offen stünde.

5. Zentrale Gehalte der Empfehlung CM/Rec(2018)2 des Ministerkomitees des Europarates an Mitgliedstaaten zu der Rolle und Verantwortung von Internet-Intermediären

Seit Inkrafttreten des NetzDG sind auf europäischer wie internationaler Ebene mehrere normative Prozesse mit Bezug zu Intermediären und deren Regulierung gestartet oder beendet worden. Für eine eventuelle Neufassung des NetzDG von zentraler Bedeutung ist namentlich auch die von Deutschland verabschiedete Empfehlung CM/Rec(2018)2 des Ministerkomitees des Europarates an Mitgliedstaaten zu der Rolle und Verantwortung von Internet-Intermediären.¹¹³

113 [Recommendation CM/Rec\(2018\)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries.](#)





Da diese in der bisherigen wissenschaftlichen Debatte – mit einer Ausnahme¹¹⁴ – wenig Beachtung fand, seien die zentralen Passagen¹¹⁵ wiedergegeben und ihr Bezug zum NetzDG hervorgehoben:

(in Bezug auf Staaten)

1.3.7. States should ensure, in law and in practice, that intermediaries are not held liable for third-party content which they merely give access to or which they transmit or store. State authorities may hold intermediaries co-responsible with respect to content that they store if they do not act expeditiously to restrict access to content or services as soon as they become aware of their illegal nature, including through notice-based procedures. **State authorities should ensure that notice-based procedures are not designed in a manner that incentivises the take-down of legal content, for example due to inappropriately short timeframes.** Notices should contain sufficient information for intermediaries to take appropriate measures. Notices submitted by States should be based on their own assessment of the illegality of the notified content, in accordance with international standards. Content restrictions should provide for notice of such restriction being given to the content producer/issuer as early as possible, unless this interferes with ongoing law-enforcement activities. Information should also be made available to users seeking access to the content, in accordance with applicable data protection laws.

1.2.1. Any legislation applicable to internet intermediaries and to their relations with States and users should be accessible and foreseeable. **All laws should be clear and sufficiently precise to enable intermediaries, users and affected parties to regulate their conduct.** The laws should create a safe and enabling online environment for private communications and public debate and should comply with relevant international standards.

Sowohl die kurzen Löschzeiten (24 Stunden) als auch vage Bestimmung im NetzDG stehen in einem starken Spannungsverhältnis zu diesen beiden Abschnitten der Empfehlung.

1.3.2. State authorities should obtain an order by a judicial authority or other independent administrative authority, whose decisions are subject to judicial review, when demanding intermediaries to restrict access to content. This does not apply in cases concerning content that is illegal irrespective of context, such as content involving child sexual abuse material, or in cases where expedited measures are required in accordance with the conditions prescribed in Article 10 of the Convention.

Die privaten Akteuren übertragene Prüfhoheit widerspricht im Ergebnis diesem Abschnitt, da durch das NetzDG Unternehmen in die Pflicht genommen werden, durch Aufbau entsprechender Prüfkapazitäten das Erfüllen einzelner Straftatbestände binnen kurzer Frist zu überprüfen. Das Argument, dass keine unmittelbare Aufforderung der Zugangerschwerung/-verhinderung erfolge, ist nicht stichhaltig.

1.1.2. Laws, regulations and policies applicable to internet intermediaries, regardless of their objective or scope of application, including commercial and non-commercial activities, should effectively safeguard human rights and fundamental freedoms, as enshrined in the European Convention on Human Rights, and should maintain adequate guarantees against arbitrary application in practice.

114 Schulz, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, [HIIG Discussion Paper Series 2018-01](#) (im Erscheinen in Marion Albers and Ingo Sarlet (eds.), *Personality and Data Protection Rights on the Internet* (2019)).

115 Hervorhebung durch den Verfasser.





Es ist nicht unmittelbar ersichtlich, inwieweit Grundrechtsschutz im NetzDG ein hoher Stellenwert eingeräumt wurde. Garantien gegen willkürliche Anwendung in der Praxis scheinen im NetzDG ebenso wenig auf.

1.1.3. States have the ultimate obligation to protect human rights and fundamental freedoms in the digital environment. All regulatory frameworks, including self- or co-regulatory approaches, should include effective oversight mechanisms to comply with that obligation and be accompanied by appropriate redress opportunities.

Das NetzDG enthält keine effektiven Kontrollmechanismen. Das BfJ ist nicht eine geeignete Behörde, da es durch das NetzDG Regulierungskompetenzen (etwa hinsichtlich der Ausgestaltung der Transparenzberichte) erhält, ohne eine Regulierungsbehörde zu sein.

1.1.4. The process of enacting legislation or regulations applicable to internet intermediaries should be transparent and inclusive. **States should regularly consult with all relevant stakeholders** with a view to ensuring that an appropriate balance is struck between the public interest, the interests of the users and affected parties, and the interests of the intermediary. **Before adopting legislation or regulations, States should conduct human rights impact assessments** to understand and prevent or mitigate any potential negative impact on human rights.

Die Konsultationsphase vor Einführung des NetzDG war vergleichsweise kurz. Es ist nicht bekannt, dass vor Verabschiedung des NetzDG ein menschenrechtliches Impact Assessment durchgeführt wurde. Bei einer eventuellen Neufassung des Gesetzes eine derartige Menschenrechtsfolgenabschätzung.

(in Bezug auf Unternehmen)

2.1.2. The responsibility of intermediaries to respect human rights and to employ adequate measures applies regardless of their size, sector, operational context, ownership structure or nature. The scale and complexity of the means through which intermediaries meet their responsibilities may vary, however, taking into account the severity of impact on human rights that their services may have. The greater the impact and the potential damage to the objects of legal protection and the higher the value of the services for the exercise of human rights, the greater the precautions that the intermediary should employ when developing and applying their terms and conditions of service, community standards and codes of ethics aiming, notably, to prevent the spread of abusive language and imagery, of hatred and of incitement to violence.

2.2.1. Internet intermediaries should ensure that **all terms of service agreements** and policies specifying the rights of users and all other standards and practices for content moderation and the processing and disclosure of user data **are publicly available in clear, plain language and accessible formats.** [...]

2.3.3. Any restriction of content should be limited in scope to the precise remit of the order or request and should be accompanied by information to the public, explaining which content has been restricted and on what legal basis. Notice should also be given to the user and other affected parties, unless this interferes with ongoing law-enforcement activities, including information on procedural safeguards, opportunities for adversarial procedures for both parties as appropriate and available redress mechanisms.

2.3.4. All members of staff of intermediaries who are engaged in content moderation should be given adequate initial and ongoing training on the applicable laws and international human rights standards, their relationship with the intermediaries' terms of service and their internal standards, as well as on the action to be taken in case of conflict. Such training may be provided inter-





nally or externally, including through associations of intermediaries, and its scope should correspond to the importance of the intermediaries' role and the impact that their actions may have on the ability of users to exercise their freedom of expression. Staff should also be provided with appropriate working conditions. This includes the allocation of sufficient time for assessing content and opportunities to seek professional support and qualified legal advice where necessary.

2.3.5. Automated means of content identification are useful to prevent the reappearance of specific items of previously restricted content. Due to the current limited ability of automated means to assess context, intermediaries should carefully assess the human rights impact of automated content management, and should ensure human review where appropriate. They should take into account the risk of an overrestrictive or too lenient approach resulting from inexact algorithmic systems, and the effect these algorithms may have on the services that they provide for public debate. Restrictions of access to identical content should not prevent the legitimate use of such content in other contexts. [...]

2.5. Access to an effective remedy

2.5.1. **Internet intermediaries should make available – online and offline – effective remedies and dispute resolution systems that provide prompt and direct redress in cases of user, content provider and affected party grievances.** While the complaint mechanisms and their procedural implementation may vary with the size, impact and role of the internet intermediary, all remedies should allow for an impartial and independent review of the alleged violation. These should – depending on the violation in question – result in inquiry, explanation, reply, correction, apology, deletion, reconnection or compensation.

2.5.2. **Complaint mechanisms, including notice-based procedures, should comply with applicable procedural safeguards and should be accessible, equitable, compatible with rights, transparent and affordable.** They should also include built-in safeguards to avoid conflicts of interest when the company is directly administering the mechanism, for example, by involving oversight structures. Complaints should be handled without unwarranted delays and the relevant mechanisms should not negatively impact the opportunities for complainants to seek recourse through independent national, including judicial, review mechanisms.

2.5.3. Intermediaries should ensure that all users and other parties affected by their actions have full and easy access to transparent information in clear and easily understandable language about applicable complaint mechanisms, the various stages of the procedure, indicative time frames and expected outcomes.

[...]

2.5.5. Intermediaries should seek to provide access to alternative review mechanisms that can facilitate the resolution of disputes that may arise between users. Intermediaries should not, however, make alternative dispute mechanisms obligatory as the only means of dispute resolution.

2.5.6. **Intermediaries should engage in dialogue with consumer associations, human rights advocates and other organisations representing the interests of users and affected parties, as well as with data protection and other independent administrative or regulatory authorities, to ensure that their complaint mechanisms are designed, implemented, evaluated and improved through participatory processes.** They should also regularly analyse the frequency, patterns and causes of complaints received in order to learn lessons to improve their policies, procedures and practices and prevent future grievances.





Diese Pflichten von Intermediären sind nur ansatzweise umgesetzt. In einer Neufassung des NetzDG ist zu überlegen, ob die Bedeutung des Rechtsschutzes gegen Meinungsäußerungs-Governance-Entscheidungen im Gesetz entsprechend reflektiert werden sollte und ob die Transparenzberichte verstärkt auch auf in der Empfehlung angemahnte Aspekte (wie Transparenz von AGB-Änderungen und menschenrechtssensibles, offenes Beschwerdemanagement) eingehen soll.¹¹⁶

6. Globalkontext: neuer Ordnungsrahmen für soziale Medien?

An der Entwicklung und Durchsetzung neuer Regeln für soziale Medien führt angesichts ihrer Reichweite und der gewandelten Kommunikationspraktiken heutiger Mediennutzer*innen kein Weg vorbei.¹¹⁷ Das, was wir eine politische Öffentlichkeit nennen, die Artikulation und die Aggregation von Meinungen, findet immer stärker auf Internetplattformen statt. Um die Defizite bestehender Regulierungsversuche zu überwinden und ethische Probleme damit zu vermeiden, können die folgenden fünf Leitlinien als Orientierung dienen:

1. Neue Regeln für soziale Medien müssen aufbauen auf dem Bekenntnis aller Stakeholder – insbesondere der Staaten und der Unternehmen – zu einer geteilten, rollenspezifischen Verantwortung für den Schutz des Rechts und der Menschenrechte. Die Verantwortung allein auf Nutzer*innen zu übertragen, greift zu kurz.
2. Staaten sollten neue Regulierungsprozesse für soziale Medien nicht dazu verwenden, partikulare Interessen durchzusetzen, die dem Ziel der Völkerrechtsgemeinschaft zuwiderlaufen, das Internet menschenrechts- und entwicklungsorientiert zu gestalten. Insbesondere sollten Staaten nicht versuchen, bestehende Prozesse zu duplizieren, wenn ihnen die Themenführerschaft in einem Verfahren abhandenkommt.
3. Staaten müssen an ihre Selbstverpflichtung u.a. im Schlussbericht der *Group of Governmental Experts* von 2015 erinnert werden, dass das Völkerrecht insgesamt auf das Internet anzuwenden ist. Namentlich sind Staaten dazu verpflichtet, sich völkerrechtswidriger Interventionen (via soziale Medien und in diesen) zu enthalten.
4. Unternehmen müssen sich in gutem Glauben an Normsetzungsprozessen beteiligen und nicht versuchen, diese unter Verweis auf Selbstregulierung zu unterlaufen. Gleichzeitig sollte bei internationalen Verhandlungen durchaus der mögliche Nutzen einer Selbstregulierung anerkannt werden. Diese muss aber die bestehende staatliche Rechts(schutz)infrastruktur unterstützen und ergänzen, nicht schwächen oder ersetzen.
5. Unzureichend ist bislang die Regulierung von Algorithmen, die in sozialen Medien sowohl die Vorschlagsselektion als auch die Löschpraxis bestimmen. Automatische Entscheidungssysteme sind menschenrechtssensibel auszugestalten. Eine grundlegendere Debatte über die Regulierung von Algorithmen als Steuerungsinstrumente der Governance von Meinungsäußerungen in sozialen Medien steht noch aus.

¹¹⁶ Dazu siehe gleich unten, 8.

¹¹⁷ Die Ausführungen in diesem Abschnitt gehen zurück auf Kettemann, Internationale Regeln für soziale Medien. Menschenrechte wahren und Desinformation bekämpfen, Global Governance Spotlight 2/2019, Stiftung Entwicklung und Politik (sef:) (Bonn, 2019), <http://www.sef-bonn.org/publikationen/global-governance-spotlight/22019.html> = Kettemann, International Rules for Social Media. Safeguarding human rights, combating disinformation, Global Governance Spotlight 2/2019 (Development and Peace Foundation (sef:), Bonn, 2019), <https://www.sef-bonn.org/en/publications/global-governance-spotlight/22019.html>





7. Empfehlungen für eine weitere parlamentarische Befassung

Vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Staat und Unternehmen in der Digitalität (2.), der Bewertungen des NetzDG in der Wissenschaft (4.) und der zentralen Bestimmungen der Empfehlung CM/Rec(2018)2 des Ministerkomitees des Europarates (5.) sowie einer knappen Sichtung globaler normativer Ansätze an die Regulierung von Online-Kommunikationsräumen mit Einwirkung auf Anbieter sozialer Plattformen (6.) sind folgende Empfehlungen für die weitere parlamentarische Befassung mit dem NetzDG auszusprechen.

(7.1.) Beibehaltung sinnvoller Regelungen

Das NetzDG enthält Regelungen, die unbestritten sinnvoll sind. Dazu gehören u.a. die Verpflichtung zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten, die Verpflichtung für Intermediäre, Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden zu entwickeln und Berichte über das Beschwerdemanagement zu erstatten. Diese normativen Schritte dürfen nicht rückgängig gemacht werden.

(7.2.) Optimierung der Inputfaktoren für das Gesetzgebungsverfahren

Noch zum jetzigen Zeitpunkt kann eine Gesetzesfolgenabschätzung angefordert werden. Jedenfalls sollte das BfJ im Rahmen der Sichtung der Transparenzberichte eine umfassende Bewertung des Einflusses des NetzDG sowie der Qualität der Berichte vornehmen und diese zur Diskussion stellen. Abschnitt 1.1.4. der Empfehlung des Europarates fordert klar die Durchführung von menschenrechtlichen Impact Assessments.

Der Zeitrahmen der parlamentarischen und vorparlamentarischen Befassung muss sachadäquat sein.

In allen Phasen der normativen Entwicklung des Kommunikationsraums Internet sollte der Gesetzgeber auf adäquate Multistakeholderbeteiligung setzen.¹¹⁸ Die starke und politisierte deutsche Netzgemeinschaft kann wertvolle Inputs liefern.

(7.3.) Entwicklung neuer Formate der Zusammenarbeit der Stakeholder in Bezug auf die Regulierung des Kommunikationsraums Internet

Angesichts der gesellschaftlichen Herausforderungen unserer Zeit haben sowohl der Staat als auch Plattformanbieter ein großes Interesse an der Reduktion von strafrechtlich verbotenen Äußerungen und sozial abträglichem kommunikativem Verhalten. Perspektivisch ist daher, ohne die besondere Verantwortung des Bundestags zu relativieren, eine Vertiefung der Zusammenarbeit zwischen zivilgesellschaftlichen Akteuren, inklusive der Wissenschaft, Plattformanbietern, und staatlichen Behörden in allen Phasen der Entwicklung neuer Normen geboten. Diese Kanäle können sofort eröffnet werden und als Ergänzung zu rechtsförmigem Handeln das staatliche Lenkungsrepertoires vergrößern. Abschnitt 1.1.4 der Empfehlung des Europarates hält fest, dass regelmäßige Konsultationen mit allen Stakeholdern zu einer besseren Ausbalancierung der je eigenen Interessen führen.

¹¹⁸ Kettmann, Menschenrechte im Multistakeholder-Zeitalter: Mehr Demokratie für das Internet, ZFMR 1, 2016, 24–36.





(7.4.) Grundlegende Debatte über die Rolle von privaten Akteuren als Quasi-Gerichte für Online-Inhalte

Nicht nur, aber gerade im NetzDG wird die Rechtsdurchsetzung in private Hände gelegt. Eine privatisierte Rechtsdurchsetzungsstruktur, wie sie das NetzDG vorsieht, spiegelt die Bedeutung der hybriden privaten Räume mit öffentlicher Relevanz nicht wider. Mit Blick auf die Wirkung des NetzDG ist die Bedeutung sozialer Netzwerke als öffentliche Foren für private und öffentliche, mediatisierte Kommunikation stärker hervorzuheben.

Abschnitt 1.3.2. der Empfehlung des Europarates betont, dass staatliche Behörden eine (im Regelfall) richterliche Genehmigung für Inhaltsbeschränkungsforderungen an Intermediäre benötigen; gegen dies sollte der Rechtsweg offen stehen. Während bei der Inzentivierung der raschen Löschung von inkriminierten Inhalten diese Anforderungen formal nicht greifen, ist gesetzgeberseitig stets in Erwägung zu ziehen, inwieweit das "Policing" von Meinungsäußerungen im Internetkontext in die Hände privater Akteure gegeben werden soll, bevor durch Gerichte die Grundrechtsdogmatik ausreichend konturierte wurde oder zumindest Intermediäre auf rechtstaatlichen Verfahren nachgebildete Rechtsschutzmöglichkeiten verpflichtet wurden.¹¹⁹

Plattformen sind (zur Zeit) noch nicht in der Lage, kontextabhängige Äußerungen in großer Zahl ohne erwartbare Fehlentscheidungen zu bewerten. Gerade die in der Beschränkung von Menschenrechten hochrelevante Verhältnismäßigkeitsprüfung kann weder von algorithmischen Entscheidungssystemen noch ohne intensivere Kontextbeschäftigung von Menschen geleistet werden.¹²⁰ Abschnitt 2.1.2. der Empfehlung des Europarates erinnert daran, dass die Verantwortung der Intermediäre, die Menschenrechte zu respektieren und angemessene Maßnahmen zu ergreifen, unabhängig von (u.a.) ihrer Größe und ihrem operativen Kontext gilt. Lediglich Umfang und die Komplexität der Mittel, mit denen der Intermediär der Verantwortung nachkommt, können variieren unter Bedachtnahme auf die potenziellen Auswirkungen auf Kommunikationsfreiheiten.

(7.5.) Einholen von wissenschaftlich fundierten Gutachten zu zentralen bewertungsrelevanten Aspekten des NetzDG

Zu wichtigen Fragen, die diesem Sachverständigen gestellt wurden, lassen sich nach derzeitigem Forschungsstand keine empirisch belastbaren Aussagen tätigen. Dies liegt einerseits am mangelnden veröffentlichten Zahlenmaterial, teils am hohen Abstraktionsniveau der Fragen. Festgehalten werden kann, dass das NetzDG sicher dazu geführt hat, dass die Debatte um Internetinhalte und die Haftungsaufteilung für jene zwischen Äußernden, Plattformen und Staat stärker öffentlich geführt wird. Darüber hinaus haben Plattformanbieter – nicht nur, aber auch – wegen des NetzDG gerade in ihre Moderationskapabilitäten für den deutschen Sprachraum investiert und diesen unverhältnismäßig stärker ausgebaut als andere Sprachräume. Dank des NetzDG – und des gesellschaftlich eingeforderten transparenteren Auftretens wichtiger Diensteanbieter – wissen wir viel mehr über die Filterpraktiken als zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des NetzDG. Dazu haben nicht unwesentlich die Transparenzberichte beigetragen, die es etwa erlauben, Moderations-/Eskalationsleitern zu skizzieren.

Das BfJ, das Justizministerium oder der Bundestag sollten – gerade im Lichte der substanziellen normativen Kritik am NetzDG – ein besonderes Interesse an empirischen Untersuchungen zu

¹¹⁹ Siehe dazu auch (7.8.)

¹²⁰ Vgl. Schulz, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, HIIG Discussion Paper Series 2018-01.





zentralen Fragen der Anwendung und Wirksamkeit des NetzDG haben. Insbesondere muss in größeren Studien untersucht werden,

- ob es eine signifikante Verringerung der Präsenz und Prävalenz von Hassrede (und anderer rechtswidriger Inhalte) im deutschsprachigen Internet (bzw zumindest auf den betroffenen Plattformen) gibt;
- wie problematisch das Phänomen "Overblocking" (jenseits anekdotischer Evidenzen) tatsächlich ist;
- ob illegale Inhalte tatsächlich effektiv gemeldet und entfernt werden;
- wie sich das Verhältnis von gemeldeten vs. tatsächlich gelöschten Inhalten darstellt;
- ob Abwanderungsbewegungen von User*innen hin zu Nischennetzwerken, die nicht dem NetzDG unterworfen sind, stattgefunden haben und ob dies von der Perspektive des gesellschaftlichen Zusammenhalts problematisch ist.

(7.6.) Stärkere Konturierung der in Transparenzberichten zu enthaltenen Auskünfte sowie Einräumen der Möglichkeit, wissenschaftlichen Zugriff auf evaluierungsrelevante Datenbestände

Wenn vom Bundestag gewünscht wird, dass konkrete Aussagen zur Wirkung des NetzDG getroffen werden können (was sinnvoll ist), dann müssen die Anforderungen an die Transparenzberichte steigen. Zum jetzigen Zeitpunkt lassen sich unter Zugrundelegung des bekannten Forschungsstandes keine Antworten auf die eben erwähnten Fragen geben. Um entsprechende Untersuchungen durchführen zu können, ist aber eine Veränderung der verfügbaren Datenlage in datenschutz- und privatsphärensensibler Ausübung der gesetzgeberischen Gestaltungskraft sinnvoll.

(7.7.) Die Gefahr des Overblocking sollte reduziert werden.

Die zentralen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das NetzDG beziehen sich auf die Vereinbarkeit der faktischen Inzentivierung von 'Overblocking' (zur Vermeidung der Haftung in Zweifelsfällen) mit dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit. Diesem strukturellen Ungleichgewicht zulasten der Meinungsäußerungsfreiheit ist im Lichte der Bedeutung der Balance zwischen Grundrechten entschieden entgegenzutreten. Plattformen sind schon jetzt verpflichtet, rechtswidrige Inhalte zu löschen und rechtmäßige Kommunikation nicht willkürlich zu beeinträchtigen bzw. Einzelne nicht willkürlich aus kommunikativen Prozessen auszuschließen (BVerfG, *Stadionverbot*¹²¹). Auch das VG München und die Landgerichte Berlin und Frankfurt/Main haben Plattformen 'Präsenzpflichten' für rechtmäßige Meinungen auferlegt.¹²²

Mögliche weitere Schritte zur Reduzierung der Gefahr des Overblockings ist die Reduktion der Liste der vom Gesetz erfassten Tatbestände, zumindest die Entfernung der Antragsdelikte, sowie die Einführung eines einfach zu handhabenden Wiederherstellungsanspruch für fälschlich gelöschte Inhalte.

Das NetzDG wurde entworfen, um (offensichtlich) rechtswidrige Inhalte zu bekämpfen. Inhalte, die diesen Kriterien nicht entsprechen und dennoch aufgrund von "Überlöschung" entfernt

121 BVerfG v. 11.4.2018, NJW 2018, 1667 – Stadionverbot.

122 VG München MMR 2018, 418; LG Berlin, B. v. 23.3.2018 – 31 O 21/18; LG Frankfurt/M., B. v. 14.5.2018 – 2-03 O 182/18, – n. v.





werden, müssen wieder online gestellt werden. Derzeit gibt es kein Verfahren, um sicherzustellen, dass fehlerhaft blockierte Inhalte wieder online gestellt werden, außer das Beschreiten des regulären Rechtswegs.¹²³ Dieser Rechtsweg hat zu einigen Urteilen von Instanzgerichten geführt, die Wiederherstellungen teils zugestimmt, diese teils aber auch abgelehnt haben.¹²⁴ Die Urteile sind aber noch nicht durchdrungen von einer kohärenten grundrechtsdogmatischen Einordnung der betroffenen Problembereiche. Ein weiterer Aspekt ist die nötige Hinterfragung der eintägigen Löschpflicht (siehe Abschnitt 1.3.7. der Empfehlung des Europarates, der betont, dass unverhältnismäßig kurze Löschfristen problematisch sind). Abschnitt 2.5.1. der Empfehlung betont, dass Internet-Intermediäre in der Pflicht stehen, effektiv Rechtsverletzung Abhilfe zu schaffen. Alle Rechtsschutzmöglichkeiten sollten zumindest eine unabhängige und unparteiische Prüfung der Moderationshandlung beinhalten.

(7.8.) Das NetzDG könnte um die Pflicht erweitert werden, dass Unternehmen detailliertere Informationen zu ihrem Umgang mit Beschwerden und zum Löschen von Inhalten (inkl. des konkreten Löschungsgrundes) zur Verfügung stellen.

Das NetzDG könnte die Anbieter sozialer Netzwerke dazu verpflichten, detailliert zu begründen, warum bestimmte Inhalte gelöscht werden müssen. Abschnitt 2.5.1. der Empfehlung des Europarates verweist auf die Verpflichtung von Intermediären, Beschwerdeverfahren vorzuhalten, die leicht zugänglich und fair sind und schnell und transparent ablaufen. Gekoppelt mit klareren Meldewegen würde dies den Benutzer*innen helfen, ihre Rechte besser zu verstehen. Generell sollten Unternehmen gesetzlich dazu angehalten werden, ihre Prozesse zur Moderation von Inhalten im Hinblick auf das NetzDG transparent zu gestalten und disaggregierte Daten zu gelöschten Inhalten der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Eine solche Rechenschaftspflicht würde es der Wissenschaft ermöglichen, den Lösch- und Wiederherstellungsprozess genauer zu untersuchen.

Die von den betroffenen Unternehmen vorgelegten Transparenzberichte für die ersten beiden Halbjahre 2018 sind aufgrund mangelnder Vorgaben kaum vergleichbar, und ihr Aussagewert ist daher stark begrenzt. Die Auswertung dieser Berichte durch das BfJ dauert an. Diese Prozesse sind jedenfalls zu beschleunigen und offener durchzuführen, idealerweise durch Heranziehen von Expert*innen sowie durch eine stärkere Zusammenarbeit mit der Wissenschaft.

Derzeit müssen Anbieter sozialer Netzwerke nur die Beschwerden melden, die sie bezüglich illegaler Inhalte erhalten. Dies sollte überarbeitet werden, um auch nicht rechtswidrige Inhalte aufzunehmen, die die Unternehmen aufgrund ihrer eigenen Richtlinien entfernen. Die Berichtspflicht im NetzDG könnte erweitert werden, sodass sie auch die Meinungsfreiheits-Governance hinsichtlich Verstöße gegen Gemeinschaftsrichtlinien umfasst.

(7.9.) Neudefinition der Rolle des Bundesamts für Justiz (BfJ)

Die Rolle des Bundesamts für Justiz, die im NetzDG vorgesehen ist, ist problematisch, weil es sich bei dem BfJ um keine Regulierungsbehörde handelt. Das Amt ist zudem nicht weisungsfrei, sondern dem Justizministerium unterstellt. Dadurch liegt formal die Möglichkeit des direkten Zugriffs der Exekutive auf inhaltliche Entscheidungen von Internetplattformen via

¹²³ Vgl. aber die Vorschläge von *Peukert*, MMR 2018, 572.

¹²⁴ Wiederherstellungsansprüche bejahend: LG Offenburg, 2 O 310/18, Urt. vom 26.9.2018; OLG München, 18 W 1294/18, Beschl. v. 27.8.2018; LG Bamberg, O 248/18, Urt. v. 18.10.2018, verneinend: OLG Dresden, 1 OLG 21 Ss 772/17, Urteil v. 9.4.2018; OLG Karlsruhe, Az. 15 W 86/18, Beschl. v. 25.6.2018; OLG Dresden, 4 W 577/18, Beschluss v. 8.8.2018; LG Heidelberg, 1 O 71/18 v. 28.8.2018; OLG Stuttgart, 4 W 63/18, Beschluss v. 6.9.2018; LG Frankfurt 2-03 O 310/18, Beschluss v. 10.9.2018.





Attraktivierung oder Disinzentivierung bestimmter Praktiken mittels Strafzahlungen vor. Die Rolle des Amtes an dieser Stelle im Gesetz ist grundlegend zu überdenken. Darüber hinaus hat die bisherige Befassung mit den Transparenzberichten nicht zu substantiellen Änderungen geführt.

Bis heute fehlt ein die Meinungsfreiheit wahrendes Verfahren, mit dem zu Unrecht gelöschte oder gesperrte Inhalte zeitnah wieder eingestellt werden. Genauso fehlt eine Clearingstelle für Streitfälle. Eine vorgesehene Einrichtung der regulierten Selbstregulierung wurde bisher noch nicht vom BfJ zertifiziert, obwohl seit Dezember 2018 ein Antrag der FSM vorliegt.

(7.10.) Förderung der Zusammenarbeit von Plattformen, Einrichtungen der regulierten Selbstregulierung und Strafverfolgungsbehörden

Mit Blick auf einen effektiven Rechtsschutz und eine bessere Rechtsdurchsetzung in Online-Kommunikationsräumen ist eine Verbesserung der Kommunikation zwischen (zur Zeit) dem BfJ, Einrichtungen der regulierten Selbstregulierung (die von diesem zu zertifizieren wären) und Diensteanbietern auf Grundlage des NetzDG zu fördern. Perspektivisch sind Foren der Zusammenarbeit zu fördern, wie der ministeriumsseitig geführte Dialog mit sozialen Netzwerken.

(7.11.) Einbettung einer Reform des NetzDG in die (Tele)Medienordnung

In der weiteren parlamentarischen Befassung, auch mit Blick auf den deutschen Ratsvorsitz der Europäischen Union im 2. Halbjahr 2020, ist die Notwendigkeit der Reform der deutschen wie europäischen (Tele)Medienordnung zu berücksichtigen. Eine Stellungnahme zum NetzDG ist nicht der richtige Ort, diese komplexen Fragen ausreichend zu würdigen. Festgehalten sei hier nur, dass die Mediatisierung vieler Lebensbereiche dazu führt, dass Normen ohne Internetbezug auf kommunikative Akte im Internet Anwendung finden und dies zu diversen Konflikten geführt hat. Neben diesen Regelungsdefiziten stellen sich aufgrund des geänderten Mediennutzungsverhaltens der Jugend Fragen, die im Rahmen von Novellierungen des Jugendmedienschutzrechts adressiert werden müssen.

Angesichts der Mediatisierung und Medienkonvergenz sowie des Priorisierung medienvermittelter Kommunikation liegt in der nachhaltigen Reform der Medien- und Kommunikationsordnung Deutschlands und Europas wohl ein zentraler Schlüssel zur Sicherung gesellschaftlichen Zusammenhalts für das nächste Jahrzehnt. Mit Blick auf diese nötige Reform sollte das NetzDG schon jetzt den hier vorgebrachten Forderungen entsprechend adaptiert werden.

8. Fazit

Der Prozess um die Verabschiedung des NetzDG hat die Debatte um Online-Rechtsschutz in privaten Kommunikationsräumen mit Relevanz für öffentliche Kommunikation nachhaltig befeuert. Es war einer grundrechtssensiblen Ausgestaltung des Kommunikationsraums Internet indes nicht zuträglich, dass der größte Teil der Debatte nach Inkrafttreten des Gesetzes stattfinden musste. Mit Blick auf die vorliegenden Anträge und die Debatte am 15. Mai 2019 im Rechtsausschuss und unter Rückgriff auf die substanzielle wissenschaftliche Literatur sowie die von einer großen Mehrheit gesellschaftlicher Akteure geäußerte Kritik verfügt der Gesetzgeber nun über Werkzeuge, um das NetzDG weiterzuentwickeln. Das klare Ziel muss es sein, eine grundrechtssensible, gefahrenadäquate und zeitgemäße Regulierung der Anbieter sozialer Netzwerke im Kontext eines gewandelten Mediennutzungsverhaltens der Bevölkerung zu erreichen. Dieser





Prozess muss zum Ziel haben, eine sensibel auf einander abgestimmte Plattform- und Telemedienregulierung zu sichern, die vulnerable Gruppen schützt und das Internet als Raum der Ausübung unserer Grundrechte sichert. Darüber hinaus ist bei gesetzgeberischen Ansätzen an die Plattformregulierung stets der europarechtlich verbindliche Grundsatz der Haftungsprivilegierung für Diensteanbieter mitzudenken, der eine normative Grenze darstellt.

Mehr als in der parlamentarischen Befassung anlässlich der Verabschiedung des NetzDG macht es Sinn, wenn der Überarbeitungsprozess getragen wird von einem klaren Bekenntnis zur primären Pflicht des Staates, seine Bürgerinnen und Bürger und deren Rechte zu schützen und der Verantwortung von Unternehmen, die anwendbaren Menschenrechte zu sichern und im Falle erlittener Rechtsverletzungen Wiedergutmachung zu leisten. Bei der parlamentarischen Befassung mit dem NetzDG sollte die Empfehlung CM/Rec(2018)2 des Ministerkomitees des Europarates an Mitgliedstaaten zu der Rolle und Verantwortung von Internet-Intermediären berücksichtigt werden. Insbesondere muss der Zeitrahmen der parlamentarischen und vorparlamentarischen Befassung sachadäquat sein.

Im Prozess der Evaluierung und ggf. Novellierung des NetzDG erscheint es sinnvoll, qualitätswahrende Maßnahmen zu setzen, die bei Verabschiedung des Gesetzes unterblieben sind. Noch immer wurde, soweit bekannt, weder eine umfassende Gesetzesfolgenabschätzung noch ein menschenrechtliches Impact Assessment durchgeführt. Dies fordert indes klar die Empfehlung des Europarates zu Internet-Intermediären (Abschnitt 1.1.4.). Aussagen zu ministeriellem Gesetzesmonitoring drangen nicht an die Öffentlichkeit. Der Prozess der Evaluierung des NetzDG scheint ohne umfassende Rückbindung an bestehende Debatten in der Wissenschaft angestoßen worden zu sein. So zeichnet sich ab, dass Löschungen von rechtswidrigen Inhalten ohne Strafverfolgung zu Wiederholungsakten motivieren nicht zu einem Umdenken führen; damit steht der Regelungszweck des NetzDG in einem Spannungsverhältnis zu den Regelungsinhalten.

Das NetzDG enthält Regelungen, die unbestritten sinnvoll sind. Dazu gehören u.a. die Verpflichtung zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten, die Verpflichtung für Intermediäre, Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden zu entwickeln und Berichte über das Beschwerdemanagement zu erstatten. Diese Schritte hin zu einer grundrechtssensibleren normativen Ordnung von Online-Kommunikationsräumen dürfen nicht rückgängig gemacht werden.

Sowohl der Staat als auch Plattformanbieter haben ein großes Interesse an der Reduktion von strafrechtlich verbotenen Äußerungen und sozial abträglichem kommunikativem Verhalten. Perspektivisch ist daher eine Vertiefung der Zusammenarbeit zwischen Plattformanbietern und staatlichen Behörden in allen Phasen der Entwicklung neuer inhaltsgovernancebezogenen Normen geboten.

Nicht nur, aber gerade im NetzDG wird die Rechtsdurchsetzung in private Hände gelegt. Eine privatisierte Rechtsdurchsetzungsstruktur, wie sie das NetzDG vorsieht, spiegelt die Bedeutung der hybriden privaten Räume mit entscheidender Relevanz für die private wie öffentliche Kommunikation nicht wider. Mit Blick auf die Wirkung des NetzDG ist die Bedeutung sozialer Netzwerke als öffentliche Foren stärker hervorzuheben.

Abschnitt 1.3.2. der Empfehlung des Europarates betont, dass staatliche Behörden eine (im Regelfall) richterliche Genehmigung für Inhaltsbeschränkungsforderungen an Intermediäre benötigen; gegen dies muss der Rechtsweg offen stehen. Während bei der Inzentivierung der raschen Löschung von inkriminierten Inhalten diese Anforderungen formal nicht greifen, ist





gesetzgeberseitig stets in Erwägung zu ziehen, inwieweit das "Policing" von Meinungsäußerungen im Internetkontext in die Hände privater Akteure gegeben werden soll, bevor die Grundrechtsdogmatik ausreichend konturiert wurde oder zumindest Intermediäre auf bestimmte Rechtsschutzinstrumentarien verpflichtet wurden.

Das NetzDG war gedacht zur Verbesserung der *Rechtsdurchsetzung* in sozialen Netzwerken. Festgehalten werden kann, dass das NetzDG sicher dazu geführt hat, dass die Debatte um Internetinhalte und die Haftungsaufteilung für jene zwischen Urheber*innen, Plattformen und Staat stärker öffentlich geführt wird. Darüber hinaus haben Plattformanbieter – nicht nur, aber auch – wegen des NetzDG gerade in ihre Moderationskapabilitäten für den deutschen Sprachraum investiert und diesen unverhältnismäßig stärker ausgebaut als andere Sprachräume. Dank der Debatten um das NetzDG – und des gesellschaftlich eingeforderten transparenteren Auftretens wichtiger Diensteanbieter – ist der Erkenntnisstand über die Filterpraktiken weit höher als zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des NetzDG; dies erklärt auch die zivilgesellschaftliche Kritik an der EU-Urheberrechtsreform. Dazu haben nicht unwesentlich die Transparenzberichte beigetragen, die es etwa erlauben, interne Moderations- und Eskalationsleitern nachzuvollziehen.

Dennoch sind die Transparenzberichte noch zu wenig aussagekräftig. Zu wichtigen Fragen, die diesem Sachverständigen gestellt wurden, lassen sich nach derzeitigem Forschungsstand keine empirisch belastbaren Aussagen tätigen. Wenn vom Bundestag gewünscht wird, dass konkrete Aussagen zur Wirkung des NetzDG getroffen werden können (was sinnvoll ist), dann müssen die Anforderungen an die Transparenzberichte steigen. In den bisherigen Berichten der sechs Anbieter fallen einerseits die niedrigen Zahlen mancher Anbieter und die mangelnde Aussagekraft der gesammelten Daten auf.

Die zentralen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das NetzDG beziehen sich bekanntlich auf die Vereinbarkeit der faktischen Inzentivierung von 'Overblocking' (zur Vermeidung der Haftung in Zweifelsfällen) mit dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit. Diesem strukturellen Ungleichgewicht zulasten der Meinungsäußerungsfreiheit ist im Lichte der Bedeutung der Balance zwischen Grundrechten entschieden entgegenzutreten. Mögliche Schritte umfassen eine Reduktion der Liste der vom Gesetz erfassten Tatbestände, zumindest die Entfernung der Antragsdelikte, sowie die Einführung eines einfach zu handhabenden Wiederherstellungsanspruchs für fälschlich gelöschte Inhalte.

Bis heute fehlt ein Verfahren, mit dem zu Unrecht gelöschte oder gesperrte Inhalte zeitnah wieder eingestellt werden. Genauso fehlt eine Clearingstelle für Streitfälle. Eine vorgesehene Einrichtung der regulierten Selbstregulierung wurde bisher noch nicht vom BfJ zertifiziert, obwohl seit Dezember 2018 ein Antrag der FSM vorliegt.

Das BfJ ist nicht die geeignete Stelle, um mittels Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Transparenzberichte als Steuerungsinstrumente einzusetzen. Als abhängige Behörde ist seine Rolle problematisch, da ein ministerieller Durchgriff zur Sanktionierung einzelner NetzDG-Umsetzungsansätze bei Diensteanbietern vom Gesetz her nicht ausgeschlossen ist. Die Ausgestaltung der Transparenzberichte muss gesetzgeberisch weit detaillierter festgelegt werden, da das BfJ keine Regulierungsbehörde ist. Dennoch steht das BfJ in der Pflicht, offener als bisher zu kommunizieren, nach Sichtung der Transparenzberichte eine umfassende Bewertung des Einflusses des NetzDG sowie der Qualität der Berichte vorzunehmen und diese zur Diskussion zu stellen.

Angesichts der Mediatisierung und Medienkonvergenz sowie der Priorisierung medienvermittelter Kommunikation liegt in der nachhaltigen Reform der Medien- und Kommunikationsordnung





Deutschlands und Europas wohl ein zentraler Schlüssel zur Sicherung gesellschaftlichen Zusammenhalts für das nächste Jahrzehnt. Neue bzw. neu gefasste Regeln für soziale Medien müssen daher aufbauen auf dem Bekenntnis aller Stakeholder – insbesondere der Staaten und der Unternehmen – zu einer geteilten, rollenspezifischen Verantwortung für den Schutz des Rechts und der Grundrechte der Bürger*innen im Lichte der gewandelten gesellschaftlichen Medienkonsum- und -nutzungspraktiken.



Matthias C. Kettmann

Follow-up to the Comparative Study on Blocking Filtering and Take-down of Illegal Internet Content*

1. Introduction

While the 2015 report's¹²⁵ analysis that there is **no specific (or direct) law** for measures of blocking, filtering and taking down illegal internet content in Germany still stands, a new law has substantially impacted both the national legislation on content-related measures and the discourse on them. The most important legal development regarding the blocking, filtering and taking down of illegal internet content in Germany in the period 2015–2018 was the entry into force, on 1 October 2017 (with key provisions in force only from 1 January 2018), of the **Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Network Enforcement Act, NetzDG)**.¹²⁶ The law incentivises telemedia services providers (social networks) to increasingly introduce measures of blocking, filtering and take-down of illegal content. It thus has only (but nevertheless a substantial) indirect impact on content on social networks and the way that filtering decisions are discussed in practice.¹²⁷

Further developments in the treatment of access providers were introduced in the German legal order by judgments by the Federal Court of Justice (BGH) and by a new amendment to the **Telemedia Act (Telemediengesetz, TMG)**. The BGH confirmed, inter alia, that a *Störer* is anyone who contributes willingly and causally to a damage of protected legal interest and violates adequate **duties of care**. The BGH interpreted a newly worded **§ 7(4) TMG** as a codified disturbance liability (*Störerhaftung*), when no alternative redress options were available for IP rights holders.¹²⁸

The 2015 report's sections on **procedural aspects** of blocking, filtering and take-downs of illegal content, on **general internet monitoring**, and on the assessment of the national legal situation in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) can remain largely without update.¹²⁹

* Country Report for Germany (2016–2019) Strassburg: Europarat, 2019, <https://rm.coe.int/dgi-2019-update-chapter-germany-study-on-blocking-and-filtering/168097ac51>, Mai 2019. This report covers developments in legislative framework and practice up until 30 April 2019.

125 Swiss Institute of Comparative Law, *Blocking, Filtering and Take-down of Illegal Internet Content*, Lausanne, Avis 14-067, 20 December 2015, section on Germany, 261–289, <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/study-filtering-blocking-and-take-down-of-illegal-content-on-the-internet> (hereinafter: "2015 report"). N.B.: When sources in footnotes have not changed, this report uses footnotes included in the 2015 report to ensure continuity. This report also contains summaries of sections of the 2015 report.

126 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)/Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Network Enforcement Act), https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf.

127 See *infra*, section 2.

128 See *infra*, section 3.

129 See *infra*, section 4–6.





2. The Network Enforcement Act (NetzDG)

2.1 Key provisions in light of freedom of expression¹³⁰

The key normative development in Germany since the last report that impacts blocking, filtering and take-down practices has been the adoption of the Network Enforcement Act. While an evaluation¹³¹ of the European Commission's Code of Conduct on countering illegal online hate speech showed that IT companies removed 70% of hate speech notified to them within 24 hours, the German legislator saw the "debate culture on the net" to be "aggressive, hurtful and often hateful". In order to **better enforce laws in social networks** and as companies continue to delete "too few prohibited pieces of content," a new law to introduce "legal compliance rules of social networks" was considered necessary.¹³²

Motivated by perceived failures of self-regulatory attempts to keep networks free from unlawful content, including hate speech,¹³³ the law applies to **profit-making telemedia services providers** that operate "internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks)". Platforms offering journalistic or editorial content are not social networks within the meaning of the act, nor are platforms which are designed to enable individual communication or which are content-specific. Social network providers are only obliged to follow the NetzDG if they have at least two million registered users in Germany.¹³⁴

The law includes a reporting obligation (§ 2 NetzDG) and the obligation to maintain an effective and transparent procedure for handling **complaints** (§ 3 NetzDG). The procedure must ensure that the lawfulness of a comment, with reference to certain provisions of the Strafgesetzbuch (German Criminal Code), is checked immediately (§ 1 (3) NetzDG) and that the network "removes or blocks access to content that is **manifestly unlawful within 24 hours** of receiving the complaint" and all other (not manifestly) unlawful content "generally [...] within 7 days of receiving the complaint" (§ 3 (2) (2) and (3) NetzDG). § 4 NetzDG provides for regulatory fines in cases of violations of NetzDG provisions and § 5 obliges social networks to name a person in Germany authorised to be serviced with legal documents in court proceedings.

130 This section draws from Matthias C. Kettmann, Balanced Briefing Materials for Multistakeholder Discussions: Network Enforcement Act, German Internet Governance Forum, 27 November 2018, Berlin (in German: https://www.intgovforum-deutschland.org/uploads/2/6/8/1/26813832/igf-d_balanced_briefing_netzdg_%5Bd%5D.pdf).

131 European Commission, Countering illegal hate speech online – Commission initiative shows continued improvement, further platforms join, Brussels, 19 January 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-261_en.htm.

132 Proposal by the German government for the NetzDG, Gesetzesentwurf^[1] der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), 1.

133 According to the FAQs to the NetzDG: "Criminally punishable content is still not being deleted in sufficient quantities. In January/February 2017, the youth protection organisation "jugendschutz.net" monitored the deletion activities of social networks and concluded that user-flagged hate crime is still not dealt with quickly and effectively enough. While YouTube now deletes criminal content in 90% of cases, Facebook managed only 39%. At Twitter, only 1% of user reports resulted in deletion." (NetzDG, Questions and Answers, https://www.bmjv.de/SharedDocs/FAQ/EN/NetzDG/NetzDG.html;jsessionid=427BBBA74BE4ABD36AA7D70BE1720B87.2_cid324).

134 This means that smaller networks, professional networks, special-interest communities, online gaming platforms, one-to-one and one-to-many communication services and shopping websites are not covered by the new law.





The NetzDG was adopted against the advice of most¹³⁵ (but not all¹³⁶) experts, including the UN Special Rapporteur on Freedom of Expression,¹³⁷ and most civil society organizations,¹³⁸ in a fast-tracked legislative process before summer 2017. It entered into force on 1 October 2017 with key provisions in force from 1 January 2018.¹³⁹

One key new duty that the law provides for a **reporting obligation** for social network providers that receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content (§ 2 (1)). The report must be in German, published twice a year, and include, inter alia, information on procedures for handling complaints, the number of complaints, the number of complaints that resulted in the deletion or blocking of the content, and the time between complaints being received and unlawful content being deleted or blocked (§ 2 (2)). In the **first reporting period**, Twitter¹⁴⁰ received around 264,000 complaints regarding content (of which 10% was blocked), YouTube¹⁴¹ around 215,000 (blocking 27%) and Facebook¹⁴² 1,704 (blocking 20%).¹⁴³ Therefore, supporters argue, there was obviously a need for the law. Critics, however, point to an evaluation¹⁴⁴ of the European Commission's Code of Conduct on countering illegal online hate speech, which shows that, in the EU Member States, IT companies removed 70% of hate speech within 24 hours even without recourse to a NetzDG-like law.

All social network providers have to maintain **“effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content”** and supply users “with an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content” (§ 3 (1)). In particular, as per § 3 (2), the procedures must ensure that the provider “takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked”.

The provider must remove or block access to **“manifestly unlawful” content within 24 hours** of receiving the complaint and to **‘simply’ unlawful content “generally [...] within 7 days** of receiving the complaint” (§ 3 (2) (2) and (3)). In certain cases, the 7-day deadline can be extended when the decision on lawfulness depends on whether a factual allegation is true or false or if the social network refers the matter to a “recognised institution of regulated self-governance”, which is understood as an institution funded by social networks and approved by the Federal Office of Justice, and agrees to accept the decision of that institution. § 1 (3) lists the content that is “unlawful” within the meaning of the law. The definition encompasses several offenses under the German

135 Cf. the references contained in Peukert, MMR 2018, 572, note 2, in particular Guggenberger, ZRP (2017), 98; Nolte, ZUM (2017), 552.

136 Cf. Schwartmann, GRUR-Prax 2017, 317, 319; Schiff, MMR 2018, 366 ff.; Magen, VVDStRL 77 (2018), 67ff; Roßnagel et al, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Forum Privatheit Policy Paper (2018).

137 Letter of the Special Rapporteur for freedom of opinion and expression to the German Ambassador at the United Nations in Geneva, OL DEU 1/2017.

138 Beckedahl, Breites Bündnis stellt sich mit Deklaration für die Meinungsfreiheit gegen Hate-Speech-Gesetz, 11 April 2017, Netzpolitik.org.

139 Seen, for a concise overview, Schulz, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, HIIG Discussion Paper Series 2018-01.

140 Twitter, Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht Januar-Juni 2018, July 2018.

141 Google, Entfernungen von Inhalten aus YouTube auf der Grundlage des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, July 2018.

142 Facebook, Netz-DG Transparenzbericht, July 2018.

143 Beuth, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt, Der Spiegel, 27 July 2018.

144 European Commission, Countering illegal hate speech online – Commission initiative shows continued improvement, further platforms join, Brussels, 19 January 2018.





Criminal Code, including dissemination of propaganda material promoting unconstitutional organisations, incitement to hatred, defamation of religions and insult.¹⁴⁵

The NetzDG also establishes a **right to disclosure**, implemented in §§ 14 and 15 TMG. Anyone whose personality rights are violated by the criminal offences covered by the new act can, as a rule, demand that the social network, after seeking a court order, disclose the details of the person that committed the alleged offence.

Social network providers systematically breaching obligations contained in the NetzDG, such as the obligation to remove unlawful content, can be punished with a **regulatory fine of up to 50 million euros**.¹⁴⁶ The administrative offence may be sanctioned even if they are not committed in the Federal Republic of Germany. The responsible authority is the Federal Office of Justice, which is directly subordinated to the Ministry of Justice.

These timeframes and the internal procedure for removing content have been the main points of **critique** in terms of freedom of expression that have been leveraged against the law by German commentators.¹⁴⁷ Both interfere with freedom of expression and sit uncomfortably with the 2018 Council of Europe Recommendation on roles and responsibilities of internet intermediaries.¹⁴⁸ The Recommendation encourages states to obtain “an order by a judicial authority or other independent administrative authority, whose decisions are subject to judicial review, when demanding intermediaries to restrict access to content.” By providing a list of offenses under the German Criminal Code according to which content must be removed or blocked, the German authorities are de facto demanding that intermediaries restrict access to content but do not provide for the necessary time for a legal challenge or appeal procedure. The Recommendation recognises as exceptions only “content that is illegal irrespective of context, such as content involving child sexual abuse material” and “cases where expedited measures are required in accordance with the conditions prescribed in Article 10 of the Convention”.¹⁴⁹

Additionally, the Recommendation recommends (in 1.3.3.) that when “internet intermediaries restrict access to third-party content based on a State order, State authorities should ensure that

145 This is the full list of prohibited (illegal) content (‘section’ refers to the StGB, Germany’s criminal code): Section 86 (Dissemination of propaganda material of unconstitutional organisations), Section 86a (Using symbols of unconstitutional organisations), Section 89a (Preparation of a serious violent offence endangering the state), Section 91 (Encouraging the commission of a serious violent offence endangering the state), Section 100a (Treasonous forgery), Section 111 (Public incitement to crime), Section 126 (Breach of the public peace by threatening to commit offences), Section 129 (Forming criminal organisations), Section 129a (Forming terrorist organisations), Section 129b (Criminal and terrorist organisations abroad), Section 130 (Incitement to hatred), Section 131 (Dissemination of depictions of violence), Section 140 (Rewarding and approving of offences), Section 166 (Defamation of religions, religious and ideological associations), Section 184b (Distribution, acquisition and possession of child pornography) in conjunction with section 184d (Distribution of pornographic performances by broadcasting, media services or telecommunications services), Sections 185 to 187 (Insult, malicious gossip, defamation), Section 201a (Violation of intimate privacy by taking photographs), Section 241 (Threatening the commission of a felony), and Section 269 (Forgery of data intended to provide proof).

146 Cf. the Regulatory Fining Guidelines under the NetzDG, https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG_Bu%C3%9Fgeldleitlinien_engl.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

147 For a critical approach, see Peukert, MMR 2018, 572, note 2, in particular Guggenberger, ZRP (2017), 98; Nolte, ZUM (2017), 552. For a positive assessment, see Schwartmann, GRUR-Prax 2017, 317, 319; Schiff, MMR 2018, 366 ff.; Magen, VVDStRL 77 (2018), 67ff; Roßnagel et al, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Forum Privatheit Policy Paper (2018).

148 Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries, adopted by the Committee of Ministers on 7 March 2018.

149 Cf. Art. 10 (2) of the Convention: “The exercise of these freedoms [...] may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”





effective redress mechanisms are made available and adhere to applicable procedural safeguards.” While the NetzDG does not provide for specific state orders, it can be seen as a **general ‘order’** for intermediaries to restrict access to certain content. However, there is no corresponding put-back mechanism in place. The NetzDG encourages increased general monitoring, since companies are obliged to delete certain illegal content within very limited timeframes. Under European law, national laws that in effect provide for de facto monitoring duties ex ante to stop the reappearance of ‘copies’ of the incriminated content are in violation of the liability exemptions for host providers contained under the E-Commerce Directive.¹⁵⁰ In an Austrian case, the Court of Justice of the EU (ECJ) has been asked to clarify what constitutes a copy and whether internet platforms must ensure that the same or effectively similar content is not uploaded.¹⁵¹

Forcing intermediaries to delete prima facie **‘illegal’ content** can be problematic under Article 10 of the Convention. The ECtHR generally gives freedom of expression a very high priority. Under established case law of the ECtHR, “freedom of expression constitutes one of the essential foundations for a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment”.¹⁵² Even opinions that can “offend, shock or disturb”¹⁵³ are protected. In the cases *Yıldırım v. Turkey*¹⁵⁴ and *Cengiz and Others v. Turkey*¹⁵⁵ this approach was applied to the internet. As the Strasbourg court recalls in *Cengiz*, “the internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom to receive and impart information and ideas, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest.”¹⁵⁶

On the other hand, freedom of expression does not extend to statements and representations **prohibited under international law**.¹⁵⁷ These include calls for genocide, terrorism, serious discrimination in the form of violent hate speech and sexual exploitation of minors. Here intermediaries are obliged to become active on their own with the deletion of corresponding content under the ECtHR’s *Delfi* jurisprudence.¹⁵⁸ However, the list provided by the German legislator goes beyond statements and representations prohibited under *international law*.

Demanding a **pre-emptive filtering** system would alter the internet’s functionality and violate freedom of expression. In *Delfi v. Estonia*, the ECtHR decided that, with regard to the rights and interests of others and to society as a whole, state parties were allowed under certain conditions

150 Cf. CJEU, *McFadden vs. Sony* (15 September 2016), C-484/14 (duties of access providers); CJEU, *SABAM v. Netlog NV* (16 February 2012), C-360/10 and *Scarlet v. SABAM* (24 November 2011) (no general monitoring duties for providers), C-70/10 and *L’Oréal/ebay* (12 July 2011), C-324/09 (some preventive duties for ‘non-active’ providers do not violate EU law).

151 OGH, 60b116/17b, 25 October 2017, K&R 2018,144 – , *miese Volksverräterin II*: The questions run as follows: “1. Is it contrary to Article 15 [E-Commerce Directive] to order a host provider, which has not immediately removed unlawful information, not only to remove this illegal information within the meaning of Article 14 (1)(a) of the Directive, but also other information identical in terms of its wording [wortgleich]: a. worldwide? b. in the respective Member State? c. of the respective user worldwide? d. of the respective user in the respective Member State? 2. As far as question 1 was answered in the negative: Does this also apply to the information identical in terms of the content [sinngleich]? 3. Does this also apply to information identical in terms of content [sinngleich] as soon as the operator becomes aware of this fact?”

152 ECtHR, *Stoll v. Switzerland* (10 December 2007), application No. 69698/01., para. 101.

153 ECtHR, *Handyside v. UK* (7 December 1976), application No. 5493/72, para. 49.

154 ECtHR, *Yıldırım v. Turkey* (18 December 2012), application No. 3111/10.

155 ECtHR, *Cengiz and Others v. Turkey*, judgment of 1 December 2015, applications nos. 48226/10 and 14027/11.

156 *Ibid.*, paras. 49.

157 Cf. for this and the arguments of the following sections Matthias C. Kettemann and Wolfgang Benedek, *Freedom of Expression Online*, in Mart Susi (ed.), *Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion* (Routledge 2019).

158 ECtHR, *Delfi AS v. Estonia* (16 June 2015), application No. 64569/09.





to hold intermediaries (in this case – an internet news portal) liable¹⁵⁹ and demand a certain form of de facto live screening of content to filter for obvious cases of illegality.

The *Delfi* conditions include that a commercial news portal is at issue; that the company did not immediately delete the incriminated comments (the company did so up to six weeks after their publication); that comments were clearly illegal by being, for instance, qualified as hate speech; and that the portal allowed the authors to remain anonymous. However, under the ECtHR's approach to the intermediary liability regime, intermediaries fulfill the role of assessing, prima facie, whether a post is merely offensive (and then waiting for a "notice" or deleting on their own volition) or "in itself" already illegal (and to be deleted immediately). In *MTE and Index.hu ZRT v. Hungary* (2016), the ECtHR endorsed its approach, emphasizing that the "notice-and-takedown" procedures remained legitimate and sufficient unless the comments themselves were clearly unlawful.¹⁶⁰ In *Pihl v. Sweden* (2017)¹⁶¹ the Court confirmed that the nature of the statement, the context, the size and commercial nature of the platform, their procedures for removing incriminated comments, the speed of the reaction, the possibility of direct liability of the actual author and the (financial) consequences of the national decision for the platform are relevant to the decision of whether human rights have been violated by non-removal.

In the NetzDG the size of the intermediary, the procedures for removing content and the difference between not manifestly and *manifestly* unlawful content is relevant. However, the *Delfi* template cannot be readily applied as it has introduced a category of content – 'clearly illegal' – which intermediaries need to delete immediately. The NetzDG thus provides for longer timeframes than the *Delfi* line of cases. However, the possible financial consequences for companies for failure to (systematically) delete illegal content are much higher than in *Delfi*.

The NetzDG thus appears to interfere with the right to freedom of expression as protected by the Convention and by German constitutional law, in particular the Basic Law (Grundgesetz; GG).¹⁶² In terms of constitutional law, supporters argue that the NetzDG does not pose new *illegitimate* interference with **Article 5 para. 1 GG (freedom of expression)**, as the NetzDG refers explicitly to *criminal* content, which is not protected by freedom of expression as protected in the Constitution. However, overblocking is likely to happen in light of the 'affordances' and incentive structure of the NetzDG. As Wolfgang Schulz puts it, the NetzDG "creates incentives for a rational intermediary to act in a way that makes it likely that freedom of speech suffers".¹⁶³

Critics argue that NetzDG **materially violates German constitutional law** by disproportionately interfering with the freedom of expression, the media freedoms and the freedom to conduct one's business of social network providers. The substantial monitoring obligations and tight deletion/blocking schedules are viewed as disproportionate in light of Art 5(1) GG. The NetzDG, critics say, also violates Art. 3 GG (equality before the law) because it treats social network providers differently than other media services providers and even among social network providers, regu-

159 Ibid.

160 ECtHR, *MTE and Index.hu ZRT v. Hungary* (2 February 2016), application No. 22947/13.

161 ECtHR (3rd section), *Pihl v. Sweden* (7 February 2017), application No. 74742/14.

162 See Article 5 of the Basic Law on freedom of expression: "(1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing, and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship."

163 Schulz, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, HIIG Discussion Paper Series 2018-01, 9.





lation depends on how many users they have. This, critics find, amounts to discrimination. Supporters argue that using private actors to enforce public rules is a well-established legislative approach.

Three **applications** for the complete or partial **annulment** of the NetzDG are pending at the Bundestag from 2017.¹⁶⁴ They base their criticism inter alia on the speed of the parliamentary process, the dangers of overblocking, the one-sided nature of proceedings linked to deletions (where only companies have a standing as addressees of sanctions, but not individuals concerned). In 2018, the Green Party¹⁶⁵ added a fourth application in which it built on the critique discussed above to demand reinstatement procedures (put-back), proposals for the auditing and certification of complaints management systems of social networks and more user-friendly reporting standards and procedures.

In terms of **European law**, supporters argue that the NetzDG does not violate the free movement of services (Art 56. Treaty on the Functioning of the EU). It is an exception based on fundamental public policy interests. Certain interferences with **freedoms of movement** are necessary to fight against serious crime. This is generally respected under European law. Critics posit, rather, that the NetzDG interferes with the free movement of services. The obligation to name a domestic authorised recipient also seems to be problematic in light of **Art. 3 of the E-Commerce Directive (ECD)** and to hamper the freedom of establishment as laid down in the EU treaties. Supporters argue that social network providers within the EU fall under the exception of Art. 3 (4) a (i) of the ECD (legislation necessary to safeguard public policy). Furthermore, pursuant to Article 14 (3) of the ECD, Member States are allowed to establish "procedures governing the removal or disabling of access to information." Critics argue that Art. 3 of the ECD contains rules regarding the internal market and that the NetzDG violates the country of origin principle. Supporters point to Art. 14 ECD which contains a liability exception for hosting providers. They lose their privilege only if they do not react "expeditiously" once notified. Member states can substantiate the time frame within reason. Critics say that the purpose of the directive is to harmonize cross-border service provision in Europe and that different national time-frames run counter to this purpose.

2.2 Jurisprudence

On a number of occasions German courts have considered cases arising from deletions by social media companies (especially Facebook) under the NetzDG in 2018. In a 24 August 2018 decision the Higher Regional Court (OLG) Munich¹⁶⁶ decided that a contract between a user and Facebook is a contract "sui generis." Facebook's Declaration of Rights and Duties forms part of the **terms of service** (Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGBs). These are (partially) invalid, insofar they substantially disadvantage the user contrary to good faith ("entgegen den Geboten von **Treu und Glauben** unangemessen benachteiligt"). In taking decisions on deleting content, Facebook has to take into account the right to freedom of expression (Art 5 (1) (1) GG). Allowing only Facebook to choose whether or not to delete content violates § 241(2) German Civil Code (BGB), which demands "**mutual respect** for the rights and interests of both parties."¹⁶⁷ As Facebook is a "**public**

164 Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes v. 20.11.2017, BT-Drs. 19/81 (AfD); Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Bürgerrechte (Bürgerrechtstärkungs-Gesetz – BüStärG) v. 8.12.2017, BT-Drs. 19/204 (FDP); Entwurf eines Gesetzes zur Teilaufhebung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes v. 11.12.2017, BT-Drs. 19/218 (DIE LINKE).

165 Netzwerkdurchsetzungsgesetz weiterentwickeln – Nutzerrechte stärken, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken sicherstellen v. 22.11.2018, BT-Drs. Drucksache 19/5950 (Bündnis 90 – Die Grünen).

166 Higher Regional Court, Munich (OLG München), decision of 24 August 2018 (Beschluss vom 24.8.2018 – 18 W 1294/18 (LG München II), MMR 2018, 753, BeckRS 2018, 20659, NJW 2018, 3115, LSK 2018, 20659 (Ls.), MDR 2918, 1362).

167 See also LG Frankfurt/M., decision of 14 May 2018, (Beschluss vom 14.5.2018 – 2-03 O 182/18 [= MMR 2018, 545]).





market place” for information and opinion-sharing,¹⁶⁸ it has to ensure – via the construct of the “mittelbare Drittwirkung der Grundrechte” (indirect application to third parties of the fundamental rights protection guarantees) – that “zulässige Meinungsäußerungen” (admissible opinions) are not deleted.¹⁶⁹ The court recalled that the Federal Constitutional Court, BVerfG, found the GG to have established an “**objective order**” of fundamental rights which influences private law.¹⁷⁰ While companies have a right to police their platforms (“**virtuelles Hausrecht**”¹⁷¹), they cannot simply delete admissible content in an arbitrary manner and without giving remedies to the concerned parties.¹⁷²

Applying the same approach to a more problematic statement, the OLG Dresden, in a decision of 8 August 2018,¹⁷³ concluded that social networks can prohibit hate speech that does not yet amount to a criminally punishable content pursuant to § 1 (2) NetzDG, as long as deletion is not performed arbitrarily and users are not barred from the service without recourse. Facebook as a “**quasi-monopoly**” has developed, the court argued, a private company offering a private space to share a “**public communicative space**”. A private company, the court continued, that “takes over from the state to such a degree the framework of public communication” must also have the “concomittant duties the state as a provider of essential services used to have” (“Aufgaben der Daseinsvorsorge”). On the other hand, no social network must incur the danger of liability for user comments under the NetzDG or as a *Störer* (§§ 823 (1), 1004 (1)(2) BGB) and may take measures to stop the presence of hate speech even if it is not criminally punishable speech.¹⁷⁴

3. Legal framework regarding blocking, filtering and take-down of illegal internet content

3.1 Statutory legal basis for a claim

Other sources of legal obligations that indirectly impact blocking, filtering and take-down decisions by internet service providers are, as the 2015 report¹⁷⁵ described, the Telemedia Act (TMG)¹⁷⁶ (with civil liability for Internet Service Providers), § 97 German Copyright Act (*Urhebergesetz, UrhG*),¹⁷⁶ §§ 14 et seq. German Trademark Act (*Markengesetz, MarkenG*)¹⁷⁷ and § 8 German Unfair Competition Act (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*)¹⁷⁸. Regarding minors, the Interstate Treaty on Broadcasting and Telemedia (*Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien*,

168 OLG Frankfurt/M., judgment of 10 August 2017 (U. v. 10.8.2017 – 16 U 255/16 [= MMR 2018, 474]), at 28.

169 Similarly, OLG München, decision of 17 July 2018 (Beschluss vom 17.7.2018 – 18 W 858/18 (LG München I)), BeckRS 2018, 17447, GRUR-Prax 2018, 477 (comments by Paetrick Sakowski), LSK 2018, 17447 (Ls.), MDR 2018, 1302.

170 Cf. BVerfGE 73, 261, at 25; BVerfGE 7, 198, at 26.

171 Cf. LG Bonn, judgment of 16 November 1999 (U. v. 16.11.1999 – 10 O 457/99 [= MMR 2000, 109]). However, intermediaries must have the right to delete uploaded content in order to avoid liability.

172 Cf. LG Frankfurt/M., decision of 14 May 2018 (B. v. 14.5.2018 – 2-03 O 182/18 [= MMR 2018, 545]); LG Frankfurt/M., order of 19 July 2018 (B. v. 19.7.2018 – 2-03 O 265/18; LG Frankfurt/M., B. v. 23.7.2018 – 2-03 O 238/18); LG Frankfurt/M., decision of 7 August 2018 (B. v. 7.8.2018 – 2-03 O 285/189).

173 OLG Dresden, decision of 8 August 2018 (Beschluss vom 8.8.2018 – 4 W 577/18 (LG Görlitz), MMR 2018, 756, BeckRS 2018, 18249, NJ 2018, 427, NJW 2018, 3111, LSK 2018, 18249 (Ls.), CR 2018, 590, WRP 2018, 1209).

174 Similarly, LG Frankfurt/M., order of 10 September 2018 (Beschluss vom 10.9.2018 – 2-03 O 310/18, MMR 2018, 770, BeckRS 2018, 21919, GRUR-Prax 2018, 478).

175 §§ 7-10 German Telemedia Act (Telemediengesetz, TMG), available at <http://www.gesetze-im-Internet.de/tmg/index.html>.

176 § 97 (1) German Copyright Act (Urhebergesetz, UrhG); available at <http://www.gesetze-im-Internet.de/urhg/index.html>.

177 § 14 (4)(1) and (2), § 15 (4)(1) and (2) German Trademark Act (Markengesetz, MarkenG); available at <http://www.gesetze-im-Internet.de/markeng/index.html>.

178 § 8 para. 1 ss. 1, 2 German Unfair Competition Act (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG), available at http://www.gesetze-im-Internet.de/uwg_2004/index.html.





RStV)¹⁷⁹ and the **Interstate Treaty on the Protection of Minors in the Media** (*Jugendmedienschutzstaatsvertrag*, JMStV)¹⁸⁰ remain relevant.¹⁸¹

Developments regarding the legal situation for measures of blocking, filtering and take-down of illegal internet content have happened both by the adoption of the NetzDG and through amendments to the TMG. § 3(2)(1) NetzDG obliges social networks to introduce procedures ensuring that they “take immediate note of the complaint and check whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked.” This obligation has to be read in light of § 10 TMG, which obliges telemedia services providers to immediately block access or remove illegal content upon taking note of it. Even before the NetzDG anyone who had their personality rights violated could demand, based on a civil claim, that a telemedia services provider disclose the name of the person committing the offense. In the new wording, anyone whose personality rights were violated by an offence falling under the new law can demand that the social network concerned disclose who committed the offence. Under the new paras. 3–5 of § 14 TMG operators of social networks are authorised to disclose the subscriber information of the infringer to the injured party after a court order on the permissibility of such disclosure has been obtained.¹⁸²

3.2 Disturbance liability

The 2015 report referred to two higher regional court (OLG) cases that had addressed the issue of *Störerhaftung* recently and had both **denied the respective access provider’s responsibility**.¹⁸³ In late 2015, the BGH shed some light on its approach to the liability of access providers for third party content. As the 2015 report explained, the German *Störerhaftung* (disturbance liability) approach is not dogmatically well constructed but is used by courts to come to equitable solutions and avoid lacunae in the system of legal remedies.¹⁸⁴ In the BGH, I ZR 174/14 case an access provider was asked to disable access to a Russian-based filesharing platform. In the I ZR 3/14 procedure, the internet service provided collections of hyperlinks to share hosts that contained illegally downloadable protected works.

In both cases, the BGH confirmed that a *Störer* is anyone who contributes willingly and causally to the damaging (by someone else) of protected legal interest and, in so doing, violates adequate **duties of care** (“zumutbare Prüfpflichten”).¹⁸⁵ Access providers may not be obliged to actively search for criminally punishable content they give access to.¹⁸⁶ They are, in any case, the subsidiary addressee of injunctions to be forced into action only when the actual host cannot be

179 § 59(3)(1)–(2) and § 59(4) Interstate Treaty on Broadcasting and Telemedia (Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien, RStV).

180 German Commission for the Protection of Minors in the Media (Kommission für Jugendmedienschutz, KJM), Control procedures, available at <http://www.kjm-online.de/en/telemedia/control-procedures.html>.

181 See 2015 report, 1.2.

182 Cf. § 14 TMG: “(3) Furthermore, the service provider may in individual cases disclose information about subscriber data within its possession, insofar as this is necessary for the enforcement of civil law claims arising from the violation of absolutely protected rights by unlawful content as defined in section 1 subsection (3) of the Network Enforcement Act. (4) Before information is disclosed in accordance with subsection (3), a court order on the permissibility of such disclosure shall be obtained; this shall be requested by the injured party. Jurisdiction for issuing any such order shall lie with the regional court, regardless of the value of the claim. [...]”

183 Higher Regional Court (OLG) Hamburg, judgment of 21 November 2013 – 5 U 68/10; OLG Köln, judgment of 18 July 2014 – 6 U 192/11 (Goldesel).

184 Sascha Krämer, BGH: Access-Provider sind störende Nichtstörer, 16 February 2016, CR Online, <https://www.cr-online.de/blog/2016/02/16/bgh-access-provider-sind-stoerende-nichtstoerer>.

185 BGH, I ZR 174/14, at 21.

186 BGH, I ZR 174/14, Rz. 26 f.





reached and legal protection would otherwise fail. However, in cases on operators of WLANs, the German courts added a new dimension to the concept of *Störerhaftung*.

3.3 WLAN operators

The 2015 report extensively discussed the liability of WLAN operators, particularly with regard to WLAN in hotels and coffee shops. The report correctly pointed out that courts have treated **WLAN operators as access providers**, as they were granting their guests access to the Internet via their WLAN.¹⁸⁷ In reaction to jurisprudential conflicts between previous liability rules contained in the TMG, and the ECJ 2016 ruling in *McFadden*¹⁸⁸, the German legislator passed an **amendment to the TMG** limiting the liability of WLAN operators, which became effective in October 2017.

§ 8(1)(2) of the TMG now excludes the liability of WLAN operators unless they voluntarily collaborate in committing unlawful acts. § 7(4)(1), however, allows for injunctions against WLAN operators to block access to certain sites. The exact obligations of WLAN providers were developed by the BGH in the 2018 *Dead Island* case.¹⁸⁹ The BGH decided that the operator of a Tor exit node can no longer be considered a *Störer* under § 8(1)(2) TMG with regard to the IP rights violations committed by users of his connection, but can be the **addressee of injunctions** under § 7(4) TMG, if there are no other options available for the aggrieved party. In effect, this amounts to a legally codified *Störerhaftung* with regard to IP-related claims against telemedia services providers.

3.4 Hyperlinks

In a 2017 case, the BGH also clarified the responsibilities of search engine providers in light of the *Svensson* and *GS Media* cases,¹⁹⁰ and followed-up on its jurisprudence on links.¹⁹¹ Since the ECJ's 2014 *Svensson*¹⁹² decision we have known that **setting a link is not by itself an act relevant under IP law**. In *GS Media*,¹⁹³ the ECJ supplemented this principle by establishing a reversible assumption, namely if linked content has been made public without the consent of the copyright holder, it depends essentially on whether the link-setter knew or should have known about the illegality. If the link is provided in a commercial context, knowledge of illegality is presumed. This presumption, the BGH argued in *Vorschaubilder III*, does not hold true for search engines because of the special nature of Internet search services for the functioning of the Internet. A search provider cannot be expected to verify that images found by using its algorithms have been lawfully posted.

4. Procedural Aspects

As in 2015, **no specific procedural rules on blocking, filtering or taking down illegal internet content at the federal level** exist. As outlined in section 2.1 of this report, the NetzDG has, however, introduced certain administrative procedures for installing fines and ensuing appeal procedures.

187 BGH, I ZR 121/08 (Sommer unseres Lebens); Regional Court (Landgericht, LG) Frankfurt a.M., judgment of 18 August 2010 – 2-06 S 19/09; LG Hamburg, judgment of 25 November 2010 – 310 O 433/10.

188 CJEU, judgment of 15 September 2016, C-484-14 – *McFadden/Sony Music Entertainment*.

189 BGH, judgment of 26 July 2018 – I ZR 64/17 – *Dead Island*.

190 BGH, judgment of 21 September 2017 – I ZR 11/16 – *Vorschaubilder III*.

191 BGH, judgment of 18 June 2015 – I ZR 74/14, BGHZ 206, 103, at 24 f. – *Haftung für Hyperlinks*.

192 ECJ, judgment of 13 February 2014 – C-466/12, *Svensson/Retriever Sverige*.

193 ECJ, judgment of 8 September 2016 – C-160/15 *GS Media/Sanoma et al.*, at 32-34.





5. General monitoring of the internet

The legal assessment of the 2015 report regarding the role of the Federal Criminal Police Office (*Bundeskriminalamt*, BKA) acting as a Central Authority for Event-unrelated Research in Data Networks (*Zentralstelle für anlassunabhängige Recherchen in Datennetzen*, ZaRD) has not changed. It is still the competent authority for monitoring internet content. Its principal responsibility remains, however, to detect criminal offences. The Internet Complaint Office (*Internet-Beschwerdestelle*) continues to function as a single non-governmental contact point for Internet users to report illegal and harmful content and activities online (particularly content related to youth media protection).

6. Assessment as to compatibility with the case law of the European Court of Human Rights

The assessment of the 2015 report still holds, however in 2018 German courts started to develop nuanced jurisprudence on the NetzDG.¹⁹⁴ In that jurisprudence, they regularly cite ECtHR case law. It is particularly interesting to note that limits to prohibiting hate speech (in light of freedom of expression) which are applicable to private parties providing important communicative networks are judged under the principles of Strasbourg's jurisprudence. **Prohibitions of hate speech are allowed** when rights of others are substantially implicated.¹⁹⁵ In that the German courts have recognized the importance of an interpretational concordance between the right to freedom of expression and private life, when hateful speech is concerned.¹⁹⁶ This has led courts to allow social network providers to prohibit, after a non-arbitrary internal process, certain statements that do not contribute to a forum where all users can enjoy their rights, even when these statements have not yet reached the level of prohibited content and may engage the providers' direct liability.

7. Summary

The NetzDG influences filtering practices of social networks, and the public discourse on the importance of blocking and filtering in cases of criminally punishable content. The law incentivises telemedia services providers (social networks) to increasingly introduce these measures. The NetzDG is also evidence of a larger trend, in German legislation as in international normative approaches, to treat internet intermediaries as multifaceted platforms uniting elements of host/access providers and providers of online communicative spaces that are important for exercising freedom of expression. The more important they are, the more duties become incumbent upon them. Legal developments in Germany over the reporting period have confirmed, for instance, that intermediaries cannot arbitrarily suspend users and that their terms of service can be measured against national fundamental rights guarantees.¹⁹⁷ While two BGH judgments and a change to the Telemedia Act clarified the uniquely German concept of disturbance liability, the future of the NetzDG is uncertain in light of four applications in the Bundestag to change the law.

¹⁹⁴ See above, section 2.2.

¹⁹⁵ Recently: ECtHR, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete u. Index.hu Zrt/Hungary* (hate speech in comment section of Internet service provider); *Delfi/Estonia* (hate speech in Internet news portals).

¹⁹⁶ See above, section 2.2.

¹⁹⁷ Jamila Venturini et al., *Terms of service and human rights: an analysis of online platform contracts* (Rio de Janeiro, 2016).

