Schrör | Keiner | Müller | Schumacher (Hrsg.)

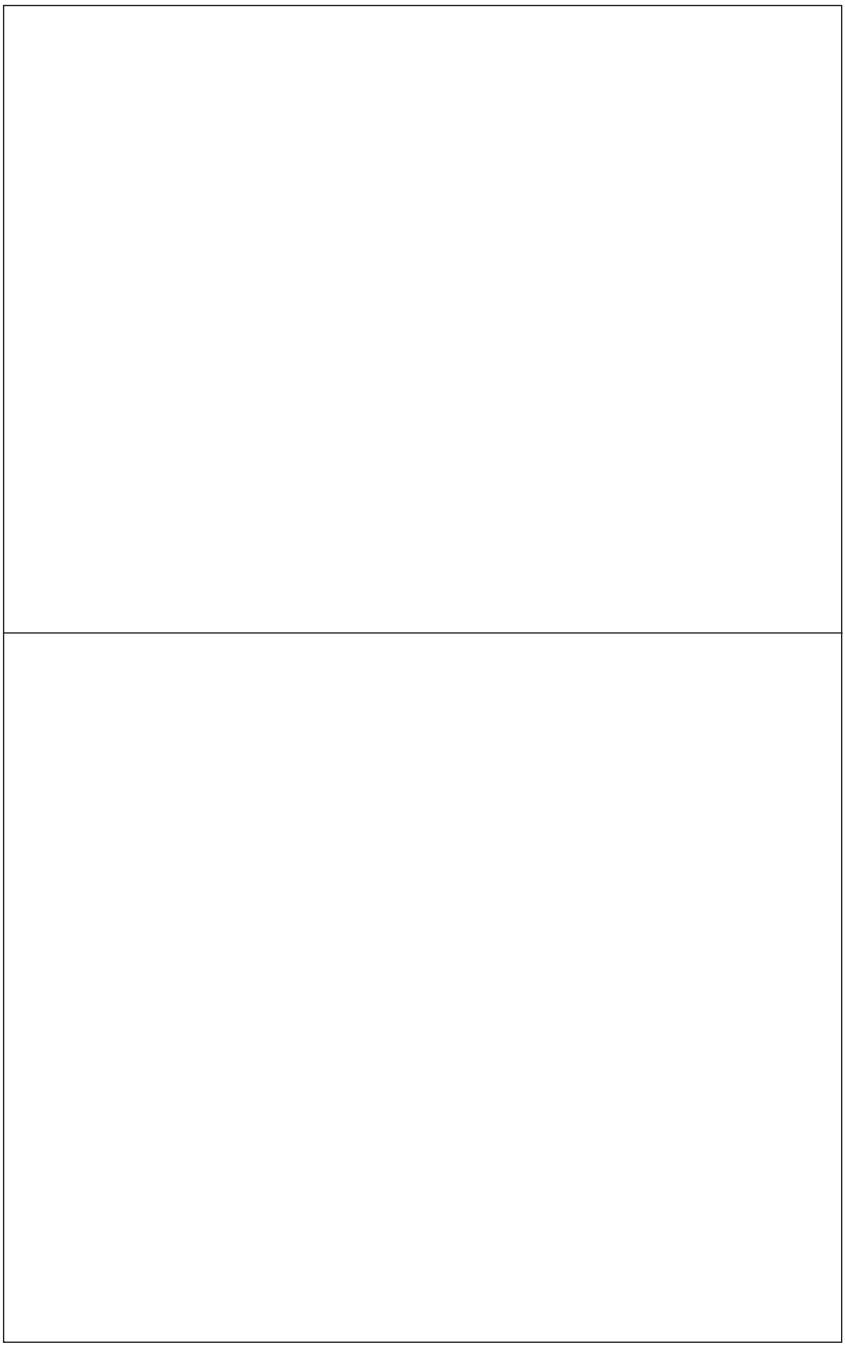
Entscheidungsträger im Internet

Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung

Nomos

weizenbaum institut

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA



https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Simon Schrör | Alexandra Keiner | Ferdinand Müller
Pablo Schumacher (Hrsg.)

Entscheidungsträger im Internet

Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung

Nomos

weizenbaum institut

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die Veröffentlichung der Druckausgabe sowie die Open Access-Veröffentlichung der elektronischen Fassung wurde ermöglicht mit Unterstützung durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF).
Förderkennzeichen: 16DII112 – „Deutsches Internet-Institut“

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

1. Auflage 2022

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8820-0
ISBN (ePDF): 978-3-7489-3498-1

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748934981

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Inhalt

Einleitung: Entscheidungsträger im Internet: Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung 7
Simon Schrör, Alexandra Keiner, Ferdinand Müller, Pablo Schumacher

Teil 1. Institutionalisierung und Kontrolle

Content ID vs. „Uploadfilterpflicht" – Wahrnehmung und Bewertung von privaten und gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen 19
Jan Schillmöller, Steliyana Doseva, Hannah Schmid-Petri, Dirk Heckmann

Überwachen und Strafen im eSport: Eine juristische und soziologische Perspektive auf Valves Overwatch-Verfahren 45
Simon Schrör, Ferdinand Müller und Finn Schädlich

Teil 2. Legitimität und Vollzug

Regulierungsbeziehungen und Entscheidungsmacht privater Zahlungsintermediäre 77
Alexandra Keiner

Unterliegen automatisierte Entscheidungen im Privatbereich anderen Legitimitätsanforderungen als solche durch Menschen? 105
Bettina Bacher

Methode als Machtfaktor revisited: Smart contracts, material justice and pre-eminence 131
Christoph König

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Teil 3. Moderationsmacht und soziale Plattformen

Die Grenzen privater Normsetzung durch soziale Netzwerke: Zur Drittwirkung der Unionsgrundrechte bei Community Standards am Beispiel von Hate Speech 151
Amelie Röhling und Johannes Weil

Content governance on social networking sites: Battling disinformation and upholding values 181
Rita Gsenger, Johanne Kübler, Ben Wagner

Autor:innenverzeichnis 201

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Einleitung: Entscheidungsträger im Internet: Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung

Simon Schrör, Alexandra Keiner, Ferdinand Müller, Pablo Schumacher

> *„We are living in the midst of a significant transformation of our lives, and while it is an incredible time and place to be in, we must be wary of the effects that come along with it. Mind-boggling amounts of data are generated regarding our daily actions with algorithms processing and acting upon these data to make decisions that manage, control, and nudge our behavior in everyday life. The use of algorithms not only expands the possibilities of current control and surveillance, but also introduces a new paradigm characterized by an increased rationality of governance, a shift in the functioning of power, and closure of decision-making procedures."*[1]

Entscheidungen prägen unser Handeln – nicht nur die eigenen, sondern auch diejenigen Dritter. Besonders in Onlineumgebungen sind unsere Handlungs-, Ausdrucks- und Kommunikationsmöglichkeiten heute stark durch die Entscheidungen anderer gestaltet. Insbesondere durch die Bereitstellung und zunehmende Automatisierung wichtiger Teile der Infrastruktur unseres digitalen Alltags sind wir von menschlichen und maschinellen Entscheidungssystemen Dritter beeinflusst. Was darf auf sozialen Plattformen veröffentlicht werden? Wer darf auf die Dienste von Online-Zahlungsdienstleistern zurückgreifen? Wer entscheidet, ob Kommentare, Videos oder Bilder gelöscht werden?

Die Lösung der mit diesen normativen Fragen verbundenen Probleme sollte nicht allein privaten Diensteanbieter:innen und ihren Nutzer:innen obliegen. Zunehmend scheinen auch gesetzgeberische Eingriffe notwendig, um eine rechtssichere, faire und nachhaltige digitale Umgebung zu ermöglichen.

Seit dem Ende der 2010er Jahre wurden in der Europäischen Union und diversen ihrer Mitgliedstaaten zunehmend Versuche unternommen, verschiedene Problemfelder digitaler Plattformen gezielt zu regulieren. Heute befinden wir uns mit der von der EU-Kommission ausgerufenen *Di-*

1 Peeters/Schuilenburg, The Algorithmic Society. Technology, Power, and Knowledge/Peeters/Schuilenburg, 2021, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gitalen Dekade in einer Zeit, die – auch in Hinblick auf die Onlineregulierung – stärker von Konsolidierungsbemühungen und einem gewissen Kohärenzstreben geprägt scheint. Neben Bemühungen zur Digitalisierung öffentlicher Dienstleistungen, Investitionen in die digitale Infrastruktur und diversen Wirtschaftsförderungsprogrammen ist auch ein ganzer Strauß an Regulierungsvorhaben angedacht, der unter anderem auch das Handeln und Entscheiden Digitaler Diensteanbieter:innen rechtlich neu fassen soll.

So beschloss das Europäische Parlament Anfang 2022 den „Digital Services Act", ein „Gesetz über Digitale Dienste", dessen Ziel eine kohärente Regulierung großer Anbieter:innen von Online-Dienstleistungen – insbesondere Plattformen und Netzwerke – ist. Unter anderem sind auch umfangreiche Vorgaben für die Anbieter:innen zum Aufbau eigener außergerichtlicher Konfliktlösungsstrukturen enthalten. Dies soll dem Kampf gegen illegale Inhalte innerhalb der Netzwerke dienlich sein. Melde- und Abhilfeverfahren, Beschwerdemanagementsysteme, autarke Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden – sogar eine Art Rechtszug ist angedacht.

Mit Blick auf Entscheidungs-, Urteils- und Sanktionierungskompetenzen fiel diese von der Union angedachte Verlagerung staatlicher Aufgaben in private Hände zusammen mit einer ganzen Reihe kritischer Entwicklungen: *Facebook* kündigte an, sich seinem neuen *Oversight Board*, einer Art privatem Gerichtshof, unterwerfen zu wollen. *Twitter* geriet aufgrund seiner indifferenten Sperr- und Löschpolitik gegenüber Politiker:innen in den Blick der Öffentlichkeit und jüngst auch durch ein Kaufangebot des Tech-Milliardärs Elon Musk. Nicht zuletzt dadurch wurde die Frage emergent, wie viel Macht einzelne Privatpersonen auf solchen großen Plattformen ausüben können und dürfen sollen. Zugleich sortieren automatisierte Systeme vermeintlich gegen Urheberrechte verstoßendes Material auf Videoplattformen aus und *Clickworker* löschen Gewaltdarstellungen im Sekundentakt aus sozialen Netzwerken.

All diese Tendenzen können als Symptome komplementärer Entwicklungen gedeutet werden: Einerseits fällt es staatlichen Institutionen zunehmend schwer, in die Tiefenstrukturen dieser Netzwerke vorzudringen, sei es aufgrund mangelnder technischer oder rechtlicher Kompetenzen. Daher überlassen sie es den *Gatekeepern*, an Ort und Stelle durch Entscheidungen für *Recht und Ordnung* zu sorgen. Auf der anderen Seite scheint das Forcieren von Selbstregulierungen bei Online-Diensten auch deshalb so attraktiv, weil diverse Plattformen bereits – freiwillig oder unfreiwillig – äußerst effektiv regulieren. Nicht nur bei der Entfernung unerwünschter Inhalte, wie Gewaltdarstellungen oder Nacktheit, sondern auch bei der Durchsetzung von Verhaltensnormen, etwa im Online-Gaming. Online-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Dienste scheinen innovative und effektive Ansätze automatisierter oder menschlicher Konfliktlösungen gefunden zu haben.

Durch die „Plattformisierung", die mittlerweile relevante Teile des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens ergriffen hat, sind Sozialräume in digitaler Selbstverwaltung entstanden, in denen staatliche Institutionen nur schwerlich ohne die Mitwirkung der Privaten agieren können. Nutzer:innen werden zugleich umfassend den Regeln und Normativitätsvorstellungen der Onlinedienste unterworfen. Zwar bleiben hierbei formalrechtlich die Letztentscheidungskompetenzen weiterhin bei der staatlichen Gerichtsbarkeit. Dennoch werden durch den Aufbau solcher Parallelstrukturen erhebliche Teile des Rechtsfindungsprozesses ausgelagert und privatisiert.

Verdikte, Verfahren, Verlagerungen

Vor diesem Hintergrund führte die Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung" am *Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft* im März 2022 in Berlin eine Tagung mit dem Titel „Verdikte, Verfahren, Verlagerungen: Institutionalisierung, Legitimität und Konsequenzen privater Entscheidungsstrukturen" durch. Ziel der interdisziplinären Tagung war es, die komplexen Entstehungsgeschichten, Strukturen und Funktionsweisen von privaten Urteils- und Entscheidungsstrukturen zu vermessen, zu eruieren und deren regulative Grundlagen zu erörtern. Hierzu wurden aus einer übergreifenden Perspektive Problemfelder und Forschungslücken identifiziert, um die bestehenden Veränderungen im beschriebenen Verhältnis von Staat, Privatwirtschaft und Nutzer:innen umfassend greifen und einordnen zu können.

Auf der Tagung diskutierten Forschende aus der Soziologie, der Rechts-, Kognitions-, Kommunikations- und Politikwissenschaft sowie aus der Philosophie. Durch unterschiedliche Blickweisen auf die übergeordneten Fragen nach der Legitimität und den Konsequenzen privatisierter Entscheidungsstrukturen entstand ein produktiver und gewinnbringender Diskurs. Das gewählte Format der Arbeitstagung, bei der zuvor angefertigte Workingpaper vorgestellt und im Anschluss diskutiert werden, ermöglichte nicht nur eine große Gegenstandsnähe, sondern auch im Verlauf der Tagung aus dem Speziellen ins Allgemeine vorzudringen. Bei der großen Heterogenität der empirischen Phänomene – seien es Smart Contracts, Online-Games oder dezentrale Kommunikationsplattformen – zeigte sich jedoch auch an vielen Stellen, wie ähnlich die zugrundeliegenden Prinzipien von Gestaltungsmacht, Regelsetzungskompetenz und der Einfluss staatlicher Regulierung sind. Die in diesem Sammelband vereinten Beiträge

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

bilden diese Heterogenität ab und sollen den Lesenden einen vergleichenden Blick ermöglichen.

Struktur und Beiträge in diesem Band

Der Sammelband ist hierzu in drei thematische Blöcke untergliedert, die sich vor allem an Funktionen und Strukturen orientieren, welche bei der Erforschung und Bewertung von Entscheidungsträgern im Digitalen relevant zu sein scheinen: *Institutionalisierung und Kontrolle* (I), *Legitimität und Vollzug* (II), *Moderationsmacht und soziale Plattformen* (III).

I. Institutionalisierung und Kontrolle

Im ersten Kapitel liegt der Fokus auf konkreten Ausgestaltungsformen von Entscheidungsstrukturen privater Akteure. Diese werden bereits im Vorfeld durch technische Maßnahmen und Designs so gestaltet, dass die Plattformen den Ausgang einer bestimmten Konfliktentscheidung oft bereits vorwegnehmen. So behalten die privaten Akteure die Kontrolle über ihre Community und bestimmen die Inhalte. Vor diesem Hintergrund werden auch die Modalitäten der Institutionalisierung und die Verbindlichkeit dieser Entscheidungsstrukturen behandelt. Durch ein Mimikry etablierter staatlicher Entscheidungsstrukturen versuchen die privaten Akteure oftmals, die gängigen Institutionen, die für die Lösung sozialer und gesellschaftlicher Konflikte regulär verantwortlich sind (etwa Gerichte), zu imitieren und so an Einfluss zu gewinnen.

In einem ersten interdisziplinären Beitrag vergleichen *Jan Schillmöller*, *Steliyana Doseva*, *Hannah Schmid-Petri* sowie *Dirk Heckmann* ausgehend von der Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie gesetzlich vorgesehene Filtermaßnahmen mit freiwilligen privaten Uploadfiltern. Seit der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL (im UrhDaG) sind Plattformbetreiber:innen verantwortlich für das auf ihren Plattformen zur Verfügung gestellte urheberrechtlich geschützte Material und die damit zusammenhängenden eventuellen Urheberrechtsverletzungen. Aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Entlastungsmaßnahmen für Plattformbetreiber:innen wurde die flächendeckende Einführung von Uploadfiltern befürchtet. Deshalb begleiteten Diskussionen und Proteste von Uploader:innen das Gesetzgebungsverfahren der DSM-RL. In einer empirischen Untersuchung befragten die Autor:innen Personen, welche aktive YouTube-Channels betreiben und regelmäßig Content erstellen. Ihr Ergebnis zeigt, dass gesetzlich vorgesehene

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Filtermaßnahmen deutlich kritischer aufgefasst werden als freiwillige private.

Im darauffolgenden Beitrag befassen sich *Simon Schrör*, *Ferdinand Müller* und *Finn Schädlich* aus einer soziologisch-juristischen Perspektive mit der Regeldurchsetzung im eSport. Konkret betrachten sie das Overwatch-Verfahren der Firma *Valve*, welches im Multiplayer-Taktikshooter „Counter Strike: Global Offensive" (CS:GO) eingesetzt wird. Das Verfahren soll Cheating unterbinden. Bei Overwatch entscheiden "vertrauenswürdige" Spieler:innen anhand von Videomaterial über ihre des Cheatings verdächtigte Mitspieler:innen. Die Disziplinierungsmaßnahmen sind aus zweierlei Gründen interessant: Einerseits haben die Spieler:innen ständig damit zu rechnen, beobachtet zu werden und andererseits entscheiden Personen aus der Mitte der Spieler:innen über eventuelle Sanktionen. Dabei fällt die Nähe der verwendeten Begrifflichkeiten zu in Gerichtsverfahren verwendeten Bezeichnungen auf (die urteilenden Spieler:innen werden etwa als "Ermittler:innen" bezeichnet). Die Autoren legen daneben einen weiteren Schwerpunkt auf die Legitimation der Folgen des Overwatch-Verfahrens: Diese reichen von temporären Sperrungen bis zu dauerhaften Spielausschlüssen und können damit durchaus auch schwere existenzielle Auswirkungen – etwa auf professionelle Spieler:innen – haben. Die Autoren kommen in Anwendung der Intermediär-Rechtsprechung des BGH und BVerfG zum Schluss, dass solche Ausschlussregelungen in den Spiele-AGB unwirksam sind.

II. Legitimität und Vollzug

In einem weiteren Kapitel setzen sich die Autor:innen mit den Fragen der Legitimierung der privaten Plattformen im Vorfeld einer Entscheidung und dem darauffolgenden Ablauf des Entscheidungsvollzugs auseinander.

Dahingehend werden zum einen die Fragen bearbeitet, die im Wesentlichen im Vorfeld des Entscheidungsprozesses verhandelt werden: etwa, welche Rechtfertigungen durch die Akteure hervorgebracht und zur Begründung ihrer Entscheidungsmacht herangezogen werden. Es wird untersucht, auf welche funktionalen, dogmatischen oder gar moralischen Argumente sie die Umsetzung ihrer opaken Verdikte stützen.

Zum anderen setzen sich die Beiträge des Abschnitts auch mit den Schritten auseinander, welche im Nachgang der getroffenen Entscheidung zu beobachten sind: die Umsetzung der Entscheidung und die damit verbundenen Abläufe, Herausforderungen und Probleme, mit denen die Träger:innen der Entscheidungsmacht konfrontiert sind. Dahingehend

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

werden die Abläufe der Vollzugsmechanismen analysiert und die verschiedenen individuellen und auch gesellschaftlichen Ebenen, welche durch diese Maßnahmen beeinflusst werden, besprochen.

So setzt sich *Alexandra Keiner* mit der "infrastrukturellen Schlüsselstellung" von Zahlungsintermediären auseinander. Die starke Wirkkraft dieser privaten Unternehmen – Banken, Zahlungsnetzwerke, Money Transfer Operators, aber auch neue, digitale Formen wie Bezahldienste und Mobile Zahlungssysteme – welche essentielle Finanztransaktionen und monetäre Dienstleistungen zur Verfügung stellen, wurde unter anderem am Beispiel der Diskussion um den Ausschluss Russlands vom SWIFT-Zahlungssystem unter Beweis gestellt. Sie sind die Grundlage für weite Bereiche des ökonomischen Wirkens von Privatpersonen, Unternehmen und Staaten und sind deshalb auch immer wieder das Ziel bedeutender Regulierungsvorhaben.

Bettina Bacher untersucht in ihrem Beitrag die Legitimitätsanforderungen an automatisierte Entscheidungen im Einzelfall (AEE) und geht der Frage nach, inwiefern sich diese von denen unterscheiden, welche vorrangig durch Menschen getroffen werden. Sie verweist darauf, dass Technik keine von gesellschaftlich-sozialer Gestaltung unabhängige Kraft sei, die isoliert analysiert werden kann und betrachtet verschiedene rechtliche Praktiken, die sich aufgrund veränderter technischer Möglichkeiten komplett anders gestalten und daher anders beurteilt werden müssen. Damit berührt der Einsatz technischer Verfahren immer wieder auch essentielle Fragestellungen von Fairness und (Vertrags-)Gerechtigkeit, welche am Ende des Textes in verschiedene regulatorische Forderungen transferiert werden.

Auch der Beitrag von *Christoph König* beschäftigt sich mit einer neuen Form automatisierter Vertragsgestaltung – den sogenannten *smart contracts.* Hier wird beleuchtet, ob diese Technologie mit den Grundzügen der Privatrechtsordnung erfasst werden kann oder ob sie sich außerhalb der gängigen Dogmatik bewegt. Erster Schritt einer solchen Subsumtionsaufgabe ist in der Jurisprudenz die Auswahl der rechtsdogmatischen Methode. Der Autor setzt sich dazu vertieft mit Dieter Grimms Werk "Methode als Machtfaktor" auseinander. Ausgehend von Grimms sieben Thesen zum Rechtspositivismus erarbeitet der Autor zentrale Anforderungen an den rechtlichen Umgang mit *smart contracts* im Rahmen des BGB.

III. Moderationsmacht und soziale Plattformen

Das dritte und letzte Kapitel des Sammelbandes widmet sich der Moderationsmacht sozialer Plattformen und damit einer Form privater Entschei-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dungsstrukturen, die in den vergangenen Jahren verstärkt in den Fokus der öffentlichen und politischen Debatten um Plattformregulierung gerückt ist. Aufgrund der Marktkonzentration in der digitalen Ökonomie verfügen nur wenige soziale Plattformen über entsprechende Entscheidungskompetenzen darüber, welche Inhalte in der öffentlichen und privaten Onlinekommunikation zulässig sind – eine Aufgabe, die üblicherweise in der Hand von staatlichen Akteuren liegt. Die in diesem Kapitel versammelten Beiträge beleuchten unterschiedliche Bereiche der Moderation von Onlineinhalten und diskutieren Lösungsansätze, wie die Entscheidungsmacht der Plattformen durch Regulierung eingegrenzt und die Position der Nutzer:innen verbessert werden kann.

Der Beitrag von *Amelie Röhling* und *Johannes Weil* befasst sich mit der Frage, inwieweit Anbieter:innen sozialer Plattformen bei der Moderation die Grundrechte der Nutzer:innen berücksichtigen müssen. Ausgangspunkt ihrer Untersuchung ist Artikel 12 des Entwurfs für den Digital Services Act (DSA-E), der eine Grundrechtsverpflichtung für soziale Plattformen vorsieht, obwohl diese als private Unternehmen klassischerweise nur grundrechtsberechtigt sind. Davon ausgehend arbeiten die Autor:innen am Beispiel von Hate Speech die unmittelbare Drittwirkung der EU-Grundrechte und damit die Grenzen der Normgebung und -durchsetzung sozialer Plattformen heraus. Sie kommen zu dem Schluss, dass Art. 12 DSA-E neue Möglichkeiten bietet, soziale Plattformen an die Grundrechte der Nutzer:innen zu binden, auch wenn der Anspruch noch sehr vage formuliert sei.

Rita Gsenger, *Johanne Kübler* und *Ben Wagner* nehmen in ihrem Beitrag die Moderationsformen kleinerer sozialer Plattformen in den Blick. Die Autor:innen stellen dabei die Frage, welche Formen der Moderation diese Plattformen anwenden und welche Vor- und Nachteile dies mit sich bringt. Dabei konzentrieren sie sich auf die Moderation von Desinformation – für Moderator:innen regelmäßig eine besonders große Herausforderung. Empirische Grundlage des Beitrags ist eine qualitative Befragung von Moderator:innen und anderer Expert:innen dreier sozialer Plattformen: *mastodon*, *diaspora** und *slashdot*. Die Ergebnisse ihrer Untersuchung zeigen, dass die drei Plattformen vielfältige und innovative Moderationsformen anwenden. Während große soziale Plattformen meist problematische Inhalte löschen oder die Nutzer:innen von der Plattform verbannen, moderieren kleinere – und Community-geführte – Plattformen auch, indem Beiträge von Nutzer:innen up- oder downgevoted werden oder indem die Moderationsentscheidungen selbst durch andere Moderator:innen überprüft werden (Meta-Moderation). Die Autor:innen argumentieren, dass die Methoden kleinerer Plattformen auch als Vorbild für

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Große dienen könnten und schlagen vor diesem Hintergrund vor, dass gesetzliche Regulierungen Anreize für größere Plattformen setzen sollten, innovativere Moderationsformen anzuwenden, auch wenn diese mit größeren ökonomischen Ressourcen verbunden sind.

Blickachsen einer disziplinenübergreifenden Plattformforschung

Dieser Sammelband unternimmt den Versuch, durch empirische Beispiele aus unterschiedlichen Bereichen der Plattformökonomie und der Online-Entscheidungsstrukturen die große Diversität relevanter Bereiche – auch abseits der medial und wissenschaftlich vieldiskutierten großen Netzwerke – aufzuzeigen. Egal, ob bei alternativen Kommunikationsplattformen, bei Online-Spielen oder im Bereich der Zahlungsdienste: die soziale, wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung dieser Bereiche ist zu groß, um sie nicht in die wissenschaftliche Beobachtung und Bewertung mit aufzunehmen. Dieser Sammelband soll dazu zwei Blickachsen bieten, anhand derer man durch die unübersichtliche Vielzahl an Entscheidungsstrukturen, Regulierungen und Sozialbereichen des Internets schauen kann: eine regulative und eine sozialräumliche.

Die regulative Blickachse orientiert sich an den in diesem Band einschlägigen Gesetzen und Gesetzesvorhaben, sowie an den typischen privaten Regulierungsformen. Sie bietet einen Überblick über die Ansatzpunkte für private und öffentliche Regelungen von Entscheidungsverfahren sowie Beispiele für rechtliche Mindestanforderungen, die auch private Plattformbetreiber:innen unterschiedlicher Couleur erfüllen müssen. Die Beiträge des Bandes zeigen Querverbindungen und grundlegende Prinzipien des Rechts der Digitalisierung auf, ohne dabei einen systematischen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

Über seine sozialräumliche Blickachse unternimmt der Sammelband zudem den Versuch, die große Menge an empirischen Phänomenen privatisierter Entscheidungsstrukturen darzustellen. Diese weniger stark beobachteten, aber dennoch äußerst relevanten Bereiche beeinflussen auch abseits von *Facebook* und *Google* die Handlungsmöglichkeiten von Personen – nicht nur in Online-Umgebungen. Den Blick auf solche Bereiche zu lenken und zu zeigen, dass es noch immer blinde Flecken bei der Kartierung der alltagsrelevanten Regulierungen durch Online-Akteure gibt, ist ebenso ein Anliegen dieses Bandes.

Zuletzt ist es den unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen, den interdisziplinären Forschungsfragen und der Vielzahl der methodischen und analytischen Vorgehensweisen zu verdanken, dass diese beiden Blickachsen so errichtet und integriert werden konnten. Der Dialog zwischen

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

den Rechts- und Sozialwissenschaften ermöglicht hierbei wertvolle Perspektiverweiterungen.

Danksagung

Dafür, dass dieser Sammelband nun vorliegt, danken wir vor allem den Autor:innen für ihre spannenden Beiträge sowie die engagierte und zuverlässige Zusammenarbeit. Auch danken wir allen Teilnehmer:innen der Tagung *Verdikte, Verfahren, Verlagerungen* für die bereichernden Diskussionen und die hilfreichen Kommentare, die Eingang in die Beiträge gefunden haben. Die fruchtbaren Gespräche und Kontakte – auch über die Tagung hinaus – haben uns gezeigt, dass sich die Forschungsinteressen an Entscheidungsverfahren und damit zusammenhängenden Regulierungsansätzen an unterschiedlichen Stellen des Digitalen gewinnbringend ergänzen und zusammenführen lassen. Dies gilt auch über disziplinäre, methodische und gegenständliche Grenzen hinweg.

Prof. Dr. *Herbert Zech* danken wir für seine Unterstützung und das große Vertrauen in dieses Vorhaben. Großer Dank gilt zudem unserem Kollegen *Paul Dürr*, der gemeinsam mit uns die Tagung geplant und durchgeführt hat. Für die umfassende Mitarbeit bei der Durchführung und der Nachbereitung der Tagung sowie bei der Organisation des Sammelbandes sind wir den Mitarbeiter:innen der Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung", insbesondere aber *Jana Pinheiro* und *Lisa Markschies* sehr dankbar. Auch danken wir dem Nomos Verlag – namentlich Dr. *Marco Ganzhorn* – für die erneute, vertrauensvolle Zusammenarbeit.

Zudem gilt unser Dank dem Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) das durch die Förderung des Weizenbaum Instituts für die vernetzte Gesellschaft (Förderkennzeichen: 16DII112 – „Deutsches Internet-Institut") sowohl die Durchführung der Tagung als auch die Open-Access Veröffentlichung dieses Bandes ermöglichte.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Teil 1.

Institutionalisierung und Kontrolle

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Content ID vs. „Uploadfilterpflicht“ – Wahrnehmung und Bewertung von privaten und gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen

Jan Schillmöller, Steliyana Doseva, Hannah Schmid-Petri, Dirk Heckmann

I. Einleitung

Mit dem Ziel, das Urheberrecht an das digitale Zeitalter anzupassen, hat die Europäische Union 2019 die sog. DSM-RL[1] erlassen.[2] Insbesondere die Einführung einer „Uploadfilterpflicht“ in Art. 17[3] führte zu einer öffentlichen Diskussion.[4] Kritiker:innen organisierten europaweit Demonstrationen und sammelten über fünf Millionen Unterschriften gegen die Reform.[5] Sie befürchteten die „Zerstörung des Internets“[6], warnten vor einer schleichenden Einführung staatlicher Zensurmaßnahmen und einer Ge-

1 Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (RL (EU) 2019/790).

2 Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (640–641); Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586; Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: "Digitales Update", jM 2019, 442; vgl. auch Erwägungsgrund 3 der DSM-RL.

3 Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (644); Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586 (590); Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: "Digitales Update", jM 2019, 442 (444); Romero Moreno, ‘Upload filters’ and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, International Review of Law, Computers & Technology 2020, 153 (154).

4 Stellvertretend siehe nur: Brost/Hegemann/Laaff/Pausch/Schwarz/Wefing, „Freiheit“, sagt die eine. „Mehr Regeln“, die andere, Die Zeit v. 21.3.2019, https://www.zeit.de/2019/13/artikel-13-eu-urheberrechtsreform-uploadfilter-leistungsschutzrecht.

5 Petition von *Save the Internet*, Stoppt die Zensurmaschine – Rettet das Internet!, https://www.change.org/p/stoppt-die-zensurmaschine-rettet-das-internet-uploadfilter.

6 Gerster, Die Legende von der Zerstörung des Internets, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 3.4.2019, https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-zensur-16116729.html.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

fährdung der Meinungsfreiheit durch ein „Overblocking".[7] Die Befürworter:innen der Reform betonten jedoch ihre Notwendigkeit unter Verweis auf Durchsetzungsdefizite[8] im Internet und auf das Missverhältnis zwischen den hohen Einnahmen, die die Plattformen im Vergleich zu den Urheber:innen durch die Nutzung der Werke erzielen (sog. „Value Gap").[9] Sie forderten, dass die großen Plattformen mehr Verantwortung für die von ihren Nutzer:innen begangenen Urheberrechtsverletzungen übernehmen müssen.

Seit dem Inkrafttreten des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG), dem deutschen Umsetzungsgesetz zur DSM-RL, am 1. August 2021 sind die Uploadfilter zwar „scharf gestellt", aber bisher kaum ein Thema in der öffentlichen Diskussion. Auch die Bedenken der Kritiker:innen sind bisher noch nicht in dem befürchteten Umfang eingetreten. Ein Grund hierfür könnte sein, dass die Filterung von Inhalten kein neues Phänomen ist, sondern schon vor der Reform Realität war. So setzt YouTube mit seinem Copyright Management System „Content ID" schon seit über einem Jahrzehnt einen Uploadfilter ein.[10] Dennoch wurden die Auswirkungen von privaten Filtermechanismen weder im Gesetzgebungsverfahren noch in der öffentlichen Diskussion großflächig thematisiert.[11]

---

7 Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (645).

8 B. Holznagel, Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL, ZUM 2020, 1; Gray, Google Rules, 2020, S. 160.

9 Wimmers/Barudi, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327; Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (640); Rauer/Bibi, Das neue Urheberrechts-DiensteanbieterGesetz, BB 2021, 1475 (1477); Schonhofen/Kimmich, Wird das Internet kaputt gefiltert? – Die täterschaftliche Haftung von Plattformbetreibern nach Art. 17 der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, WRP 2019, 1415 (1416).

10 Pravemann, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783; Hastedt, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures"?, MMR 2021, 696 (699); Müller-Terpitz, Filter als Gefahr für die Meinungspluralität? – Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Einsatz von Filtertechnologien, ZUM 2020, 365 (366); Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: "Digitales Update", jM 2019, 442 (444); Rauer/Bibi, Das neue Urheberrechts-DiensteanbieterGesetz, BB 2021, 1475 (1478); Heldt, Zensur durch Upload-Filter: Zur umstrittenen EU-Reform des Urheberrechts, 2018, https://verfassungsblog.de/zensur-durch-upload-filter-zur-umstrittenen-eu-reform-des-urheberrechts/.

11 Vgl. hierzu die zum UrhDaG abgegebenen Stellungnahmen, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html (Stand 20.4.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In Hinblick auf die Diskussionen über die Einführung einer „Uploadfilterpflicht“, die auch viele aktive Uploader[12] zu Protesten bewegt hat, stellt sich die Frage, ob sie trotz der technischen Vergleichbarkeit private Filtermaßnahmen, wie Content ID anders wahrnehmen als die gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen. Zur Beantwortung dieser Frage wurden im Zeitraum von April bis Juni 2021 insgesamt 19 Leitfadeninterviews mit auf YouTube aktiven Uploadern durchgeführt. Basierend auf dem Vergleich zwischen gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen und den bereits eingesetzten privaten Mechanismen dienen die Ergebnisse dieser Studie als Grundlage für die Entwicklung neuer Lösungsansätze.

II. Uploadfilter: Einsatz und Kritik

Uploadfilter sind Technologien, die Text-, Video-, Audio- oder andere Dateien beim oder nach dem Upload, in jedem Fall aber noch vor der Veröffentlichung, prüfen und im Falle einer Rechtsverletzung, die Veröffentlichung verhindern, oder diese an bestimmte Maßnahmen knüpfen, z. B. das Stummschalten einer Audiospur.[13] Dies geschieht in der Regel durch den Abgleich der hochgeladenen Datei mit den in einer Referenzdatenbank hinterlegten urheberrechtlich geschützten Werken der Rechtsinhaber.[14] Die Entscheidung, ob eine Urheberrechtsverletzung vorliegt und gegebenenfalls, welche Maßnahmen getroffen werden müssen, wird dabei automatisch auf der Grundlage von Algorithmen getroffen, ohne dass ein Mensch an der Entscheidungsfindung im konkreten Prozess beteiligt ist.[15]

---

12 Als Uploader bezeichnen wir hier den Teil der aktiven Nutzer:innen auf YouTube, die eigene Videos hochladen und nicht nur Videos von anderen Nutzer: innen konsumieren und kommentieren.

13 Vgl.: Heldt, Zensur durch Upload-Filter: Zur umstrittenen EU-Reform des Urheberrechts, 2018, https://verfassungsblog.de/zensur-durch-upload-filter-zur-umstrittenen-eu-reform-des-urheberrechts/; Mohabbat-Kar/Thapa/Parycek, (Un)berechenbar?/Heldt, 2018, S. 392; Lösel, Was ist ein Uploadfilter?, 2019, https://www.it-business.de/was-ist-ein-upload-filter-a-818923.

14 Romero Moreno, ‘Upload filters’ and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, International Review of Law, Computers & Technology 2020, 153 (161); Hastedt, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures“?, MMR 2021, 696.

15 Mohabbat-Kar/Thapa/Parycek, (Un)berechenbar?/Heldt, 2018, S. 398.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1. Uploadfilterobliegenheit gemäß Art. 17 Abs. 4 DSM-RL

Bisher existierte keine gesetzliche Pflicht für Plattformen, flächendeckend Filter einzusetzen, um Rechtsverletzungen der Uploader zu entdecken.[16] Vielmehr privilegierte Art. 14 der e-commerce-RL[17] sowie in dessen Umsetzung § 10 TMG die Plattformen als Hostprovider. Sie trugen keine Verantwortung für die Rechtsverletzungen der Uploader, solange sie ihren „Notice and Takedown"-Pflichten gerecht wurden.[18] Dies wurde durch Art. 15 der E-commerce-RL[19] sowie durch die Rechtsprechung des EuGH unterstrichen, die ein universell auf alle Uploader anwendbares, präventives und zeitlich unbegrenztes Filtersystem für unvereinbar mit den EU-Grundrechten erklärte und somit strenge Rahmenbedingungen für eventuelle partikuläre Filterpflichten aufstellte.[20]

Weder Art. 17 DSM-RL noch das UrhDaG als deutsches Umsetzungsgesetz führen ausdrücklich eine Pflicht ein, alle Uploads präventiv und auf unbestimmte Zeit zu filtern. Fallen Plattformbetreiber in den Anwendungsbereich des Gesetzes, so wird ihnen gem. Art. 17 Abs. 4 DSM-RL lediglich die Möglichkeit gegeben, sich von ihrer in Art. 17 Abs. 1 DSM-RL statuierten Verantwortung für die Uploads ihrer Nutzer:innen zu exkulpieren, indem sie „nach Maßgabe branchenüblicher Standards" sicherstellen, dass „bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechtsinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind". Eine Exkulpation im Sinne des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL ist nach einhelliger Meinung allerdings nur möglich, wenn die Plattformen Uploadfilter einsetzen, da diese den „branchenüblichen Standard" darstellen.[21] Im Gegen-

16 Heldt, Zensur durch Upload-Filter: Zur umstrittenen EU-Reform des Urheberrechts, 2018, https://verfassungsblog.de/zensur-durch-upload-filter-zur-umstrittenen-eu-reform-des-urheberrechts/.

17 Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (RL 2000/31/EG).

18 Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien/Hoffmann/Volkmann, 4. Auflage 2019, TMG § 10 Rn. 41.

19 Hofmann, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing"?, ZUM 2019, 617 (625).

20 EuGH 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 = MMR 2012, 334 (337).

21 Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (644); Hastedt, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures"?, MMR 2021, 696; Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

satz zum weitverbreiteten „Buzzword" der Uploadfilterpflicht, sieht die Urheberrechtsreform also vielmehr die Einführung einer Uploadfilterobliegenheit vor.[22] Der Einsatz von Filtern dient nur dem Eigeninteresse der Plattformen, die diese zur Vermeidung von Rechtsnachteilen, nämlich der täterschaftlichen Haftung für die von den Uploadern begangenen Urheberrechtsverletzungen, einsetzen können.

Die Vereinbarkeit der Uploadfilterobliegenheit mit den Grundfreiheiten wurde intensiv diskutiert. Kritiker:innen halten die Obliegenheit wegen eines möglichen Overblocking – dem Löschen und Sperren von Inhalten, die nicht gegen das Urheberrecht verstoßen, oder aus anderen Gründen rechtswidrig sind[23] – und sogenannter „chilling effects"[24] für unvereinbar mit der Meinungsäußerungsfreiheit.[25] „Chilling effects" treten ein, wenn die Nutzer:innen ihre Rechte nicht wahrnehmen, weil ihre Ausübung durch bestimmte Mechanismen unattraktiv gemacht wird.[26] Insbesondere wird befürchtet, dass die aktive Beteiligung auf Videoplattformen sinken wird, weil Uploader davon ausgehen, dass ihre Videos – unabhängig vom Inhalt – durch die Uploadfilter gesperrt werden.[27] Außerdem wird

---

(590); Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: "Digitales Update", jM 2019, 442 (444); Pravemann, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783; Romero Moreno, 'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, International Review of Law, Computers & Technology 2020, 153 (154).

22 Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586 (588); Wandtke/Hauck, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz", ZUM 2020, 671 (675); Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (644).

23 D. Holznagel, Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, 369.

24 Müller-Terpitz, Urheberrechtsreform und Upload-Filter: Eine Gefahr für die Meinungspluralität?, 2020, https://verfassungsblog.de/urheberrechtsreform-und-upload-filter/; Hui, Mashup music as expression displaced and expression foregone, Internet Policy Review 2021, 1 (13); Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586 (589).

25 Kastl, Filter – Fluch oder Segen?, GRUR 2016, 671 (675–676); Müller-Terpitz, Urheberrechtsreform und Upload-Filter: Eine Gefahr für die Meinungspluralität?, 2020, https://verfassungsblog.de/urheberrechtsreform-und-upload-filter/.

26 Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586 (589).

27 Müller-Terpitz, Urheberrechtsreform und Upload-Filter: Eine Gefahr für die Meinungspluralität?, 2020, https://verfassungsblog.de/urheberrechtsreform-und-up

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

kritisiert, dass die Filter als Machtinstrument im Kommunikationsprozess missbraucht werden könnten[28] und die Gatekeeper-Stellungen von YouTube und anderen großen Plattformen verstärken.[29] Vor allem, da Uploadfilter eine Markteintrittsbarriere darstellen und Wettbewerber unter Umständen dazu zwingen, die notwendigen Technologien, z. B. YouTubes Content ID, bei den ohnehin schon marktstarken Unternehmen einzukaufen.[30] Diese Verstärkung der Monopolstellung großer Plattformen kann die Meinungsfreiheit und -pluralität zusätzlich in Mitleidenschaft ziehen.[31] Der Europäische Gerichtshof hat zwar entschieden, dass die in Art. 17 DSM-RL geregelte Obliegenheit grundsätzlich mit den Grundfreiheiten vereinbar ist, aber dem Anwendungsbereich von entsprechenden Instrumenten zur automatischen Erkennung und Filterung enge Grenzen gesetzt. So wäre der Einsatz von Filtermaßnahmen, die zu einem Overblocking führen, mit den Grundfreiheiten nicht vereinbar. Gleichwohl hat er aber auch ausdrücklich die Mitgliedsstaaten in die Pflicht genommen, bei der Umsetzung der Richtlinie auf einen angemessenen Ausgleich zwischen den Grundfreiheiten zu achten.[32]

Die Rechtsinhaber nehmen den Einsatz von Uploadfiltern auf Videoplattformen auf der anderen Seite als Möglichkeit zur effizienten und kostensparenden Rechtsdurchsetzung und Verhinderung von Rechtsverletzungen wahr, mit der der großen Masse an rechtsverletzenden Inhalten im Internet begegnet werden kann.[33] Insofern wird durch die Einführung der Uploadfilterobliegenheit der effektive Schutz von Urheberrechten online verbessert (ErwGr. 3 der DSM-RL). Gerade vor dem Hintergrund

---

load-filter/; Lohmann, YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated, https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem.

28 Klass, FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht, ZUM 2020, 353 (354).

29 Boroughf, The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Albany Law Journal of Science and Technology 2015, 95 (103).

30 Gray, Google Rules, 2020, S. 138.

31 Stellungnahme der *Gesellschaft für Freiheitsrechte* zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110320_Stellungnahme_GFF_RefE_Urheberrecht-ges.pdf.

32 EuGH 26.04.2022 – C-401/19 = BeckRS 2022, 8378.

33 Kastl, Filter – Fluch oder Segen?, GRUR 2016, 671 (675–676); Perel/Elkin-Koren, Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement, Stanford Technology Law Review 2016, 473 (477–478); Klass, FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht, ZUM 2020, 353 (355).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Eigentumsfreiheit muss berücksichtigt werden, dass ein urheberrechtliches Underenforcement die Kreation neuer Werke ebenso beeinträchtigen kann, wie ein Overblocking.[34] Außerdem kann die DSM-RL einen Anreiz zur Verbesserung der bestehenden Filtertechnologien darstellen, sodass die Uploadfilter, die auch ohne die gesetzliche Grundlage bereits im Einsatz sind, ebenfalls genauer und zuverlässiger werden.[35]

Allerdings sind die Filter in ihrem jetzigen Entwicklungsstand fehleranfällig,[36] insbesondere, wenn es darum geht, kontextsensitive Inhalte, wie Parodien oder andere Schrankenregelungen, zu erkennen.[37] Vor dem Hintergrund der geäußerten Kritik hat sich sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber bemüht, die Auswirkungen des Einsatzes von Uploadfiltern zu begrenzen. So ist in der DSM-RL festgelegt, dass den Nutzer:innen ein wirksames und zügiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung gestellt wird (Art. 17 Abs. 9), und die Ausnahmen für Parodien, Zitate und ähnliche Nutzungen werden betont (Abs. 7 UAbs. 2). Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 stellt weiterhin erneut deklaratorisch klar, dass das Filtern nicht bewirken darf, dass hochgeladene Inhalte gesperrt werden, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht vorliegt. Das UrhDaG führt darüber hinaus mit den Bagatellgrenzen (§ 10) und dem Flagging-Verfahren (§ 11) weitere prozedurale Mechanismen ein, die die Rechte der Uploader schützen sowie ein Overblocking verhindern sollen, und regelt ausdrücklich ein Beschwerdeverfahren (§§ 13–17).

---

34 Perel/Elkin-Koren, Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement, Stanford Technology Law Review 2016, 473 (492).

35 Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: "Digitales Update", jM 2019, 442 (444–445).

36 Boroughf, The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Albany Law Journal of Science and Technology 25 2015, 95 (108–109); Kastl, Filter – Fluch oder Segen?, GRUR 2016, 671 (675).

37 Conrad/Nolte, Schrankenbestimmungen im Anwendungsbereich des UrhDaG, ZUM 2021, 111; Hui, Mashup music as expression displaced and expression foregone, Internet Policy Review 2021, 1 (15); Gorwa/Binns/Katzenbach, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big Data & Society 2020, 1 (8); Romero Moreno, 'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, International Review of Law, Computers & Technology 2020, 153.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. Private Filtertechnologien am Beispiel von YouTubes Content ID

Content ID existiert seit 2007[38] und basiert auf einem Abgleich „digitaler Fingerabdrücke" der hochgeladenen Datei und der in den entsprechenden Referenzdatenbanken hinterlegten Werke.[39] Wollen Rechtsinhaber, dass YouTube mithilfe von Content ID nach ihren Werken sucht, so müssen sie vorher die notwendigen Informationen zur Verfügung stellen. YouTube erstellt aus diesen Dateien „Fingerabdrücke", die in der Referenzdatenbank hinterlegt werden. Wird ein neues Video hochgeladen, so wird von diesem Video ein Fingerabdruck erstellt und mit den in der Referenzdatenbank vorhandenen Fingerabdrücken verglichen.[40] Im Falle einer Übereinstimmung geht Content ID von der Verwendung von urheberrechtlich geschütztem Material aus und der Rechtsinhaber erhält folgende drei Möglichkeiten zur Auswahl: Er kann entweder die Sperrung des Videos verlangen, die Zuschauerzahlen beobachten oder eine Umsatzbeteiligung an der im Rahmen des Videos geschalteten Werbung erhalten.[41] Gegen diese Entscheidung wiederum steht den Uploadern die Möglichkeit eines Einspruches oder einer Beschwerde offen.[42] Es handelt sich bei Content ID folglich nicht nur um einen Uploadfilter,[43] sondern um ein vollständiges „Copyright Management System".[44]

Content ID hat erhebliche Relevanz für den Urheberrechtsschutz in der Praxis: 98 % aller urheberrechtlichen Streitigkeiten auf der Plattform wer-

38 Gray, Google Rules, 2020, S. 121.

39 Google, How Google fights Piracy, 2018, S. 26 f.; vgl. auch das Video von *YouTube Creators*, Content ID von YouTube, 2010, https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns.

40 Siehe bzgl. der technischen Funktionsweise auch Raue/Steinebach, Uploadfilter – Funktionsweisen, Einsatzmöglichkeiten und Parametrisierung, ZUM 2020, 355 (359).

41 Google, How Google fights Piracy, 2018, S. 26 f.

42 https://support.google.com/youtube/answer/2797454?hl=de.

43 Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter" – Bittersweet? Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining, Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflichtenkreis für Hostprovider, CR 2019, 277 (286); Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (2); Beuth, Woher die Uploadfilter kommen könnten, SPIEGEL Netzwelt, 6.4.2019., https://www.spiegel.de/netzwelt/web/upload-filter-fuer-die-urheberrechtsreform-wer-entwickelt-die-software-a-1261320.html.

44 Google, How Google fights Piracy, 2018, S. 24; ähnlich auch Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

den über Content ID gelöst. Dabei entscheiden sich die Rechteinhaber in 90 % der Fälle für eine Beteiligung an der Monetarisierung und gegen eine Sperrung des Videos.[45] Zwar wird durch die Möglichkeit der Monetarisierungsverschiebung ein mögliches Overblocking reduziert, der Monetarisierungsentzug zieht jedoch ebenfalls eine Reihe von Problemen für die Uploader nach sich.[46] So kann der Wegfall von Einnahmen dazu führen, dass YouTubern ihre Geschäftsgrundlage entzogen wird, entweder weil sie mit YouTube hauptberuflich ihr Einkommen bestreiten, oder weil sie die Einnahmen zumindest nutzen, um die Produktionskosten ihrer Videos zu decken.[47] Beschwert sich ein Uploader gegen die Verschiebung der Einnahmen, entscheidet über diese Beschwerde nicht YouTube, sondern der Rechtsinhaber selbst,[48] wodurch die Chancen der Uploader auf eine erfolgreiche Beschwerde minimiert werden. Außerdem gehen sie durch eine Beschwerde die Gefahr ein, dass das Video doch noch gesperrt wird, da der Rechtsinhaber im Verlauf des Verfahrens nur noch die Möglichkeit hat, das Video entweder zu sperren oder seinen Anspruch zurückzuziehen. Dies führt nicht nur dazu, dass die Uploader durch eine Beschwerde einen sogenannten „Strike“ erhalten und somit die Sperrung ihres gesamten Nutzerkontos riskieren,[49] sondern auch, dass eventuelle Marketingvorteile, die trotz der fehlenden Monetarisierung durch das Video entstanden sind, verschwinden.[50]

Darüber hinaus entstehen auch im Zusammenhang mit Content ID Probleme, wie sie in Zusammenhang mit der staatlichen Uploadfilterobliegenheit thematisiert wurden. So ist auch Content ID nicht kontextsensitiv genug, um Nutzungen zu erkennen, die im Rahmen der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen zulässig sind.[51] Hinzu tritt ein zusätzliches

45 Google, How Google fights Piracy, 2018, S. 14.
46 Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (2).
47 Tushnet, All of This Has Happened before and All of This Will Happen Again: Innovation in Copyright Licensing, Berkeley Technology Law Journal 2014, 1447 (1462).
48 Boroughf, The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Albany Law Journal of Science and Technology 2015, 95 (109); Collins, YouTube and limitations of fair use in remix videos, Journal of Media Practice 2014, 92 (98); Zimmerman, Copyright and Social Media: A Tale of Legislative Abdication, Pace Law Review 2014, 260 (272).
49 Google, How Google fights Piracy, 2016, S. 29.
50 Soha/McDowell, Monetizing a Meme: YouTube, Content ID, and the Harlem Shake, Social Media + Society 2016, 2(1), 1 (6).
51 Lovink/Miles, Moving images beyond Youtube/Clay, 2011, S. 223.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

„Rationalisierungsinteresse“[52] der Plattformen, schnell und rechtssicher zu entscheiden, was einer einzelfallbezogenen Betrachtung entgegenläuft. Dies verstärkt die Gefahr, dass es durch falsch positive Ergebnisse zu einem Overblocking und somit zu einer Einschränkung von Meinungsäußerungen kommen kann.[53]

Auch kann Content ID aufgrund seines Designs als strategisches Instrument von den (angeblichen) Rechtsinhabern missbraucht werden.[54] So wird im Rahmen des Systems beispielsweise nicht ausreichend überprüft, ob die Rechte stimmen, die durch die Bereitstellung der Daten für die Referenzdatenbank von YouTube in Anspruch genommen werden.[55] Dies kann zu einem Overclaiming führen[56] und eine Möglichkeit sein, Content ID für staatliche Zensurversuche zu missbrauchen, wie ein Fall aus der Türkei gezeigt hat.[57] Außerdem bevorzugt Content ID die Rechtsinhaber gegenüber den Uploadern.[58] Durch die Möglichkeit der „Strikes“ (siehe

52 D. Holznagel, Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, 369 (372).

53 Boroughf, The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Albany Law Journal of Science and Technology 2015, 95 (107 f.); Collins, YouTube and limitations of fair use in remix videos, Journal of Media Practice 2014, 92 (93); Erickson/Kretschmer, “This Video is Unavailable”: Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube, JIPITEC 2018, 75 (80); Gorwa/Binns/Katzenbach, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big Data & Society 2020, 1 (8); Lester/Pachamanova, The Dilemma of False Positives: Making Content Id Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation, UCLA Entertainment Law Review 2017, 51 (53).

54 Bar-Ziv/Elkin-Koren, Behind the Scenes of Online Copyright Enforcement: Empirical Evidence on Notice & Takedown, Connecticut Law Review 2018, 339 (362); Tushnet, All of This Has Happened before and All of This Will Happen Again: Innovation in Copyright Licensing, Berkeley Technology Law Journal 2014, 1447 (1461).

55 Gray, Google Rules, 2020, S. 122 f.

56 Kaesling/Knapp, „Massenkreativität“ in sozialen Netzwerken, MMR 2020, 816 (819).

57 Güven, Erdoğan’s censorship now targeting media outlets in Europe, Turkish Minute v. 31. Dezember 2020, https://www.turkishminute.com/2020/12/31/erdogan-censorship-targeting-media-outlets-in-europe.

58 Boroughf, The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Albany Law Journal of Science and Technology 2015, 95 (113); Lovink/Miles, Moving images beyond Youtube/Clay, 2011, S. 231; Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (2); Collins,

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

oben)[59] haben sie Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen YouTube und dem Uploader.[60] In einigen Fällen werden die Rechte der Uploader eingeschränkt, indem z. B. bei Videos, die Inhalte bestimmter Rechtsinhaber enthalten, dass Beschwerdeverfahren gar nicht zur Verfügung steht.[61] Hinzu kommen Transparenzdefizite in der Entscheidungsfindung,[62] auch weil die genaue Funktionsweise des Content ID-Algorithmus als Geschäftsgeheimnis geschützt und von YouTube nicht preisgegeben wird.[63] Trotz der dargelegten Kritikpunkte mangelt es in der Forschungsliteratur an empirischen Untersuchungen, die sich mit den bereits existierenden Content ID-gestützten Filtermechanismen auseinandersetzen und die geschilderten Herausforderungen in der praktischen Umsetzung beleuchten. Eine aktuelle Studie befasst sich mit der Löschung von Inhalten auf YouTube aufgrund von Urheberrechtsverletzungen und versucht, den Umgang mit Urheberrechten auf der Plattform transparenter zu machen.[64] Die Ergebnisse zeigen, dass bestimmte Videoinhalte auf YouTube mit größerer Wahrscheinlichkeit entfernt werden als andere. Beispielsweise werden Uploads von vollständigen Werken, etwa von Filmen oder Sportereignissen, mit

---

YouTube and limitations of fair use in remix videos, Journal of Media Practice 2014, 92 (97).

59 Google, How Google fights Piracy, 2018, S. 29.

60 Perel/Elkin-Koren, Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement, Stanford Technology Law Review Vol. 19 2016, 473 (511); Soha/McDowell, Monetizing a Meme: YouTube, Content ID, and the Harlem Shake, Social Media + Society 2016, 2(1), 1 (6).

61 Masnick, YouTube Won't Put Your Video Back Up, Even If It's Fair Use, If It Contains Content From Universal Music, https://www.techdirt.com/articles/20130405/01191322589/youtube-wont-put-your-video-back-up-even-if-its-fair-use-if-it-contains-content-universal-music.shtml. Zapata-Kim Boston College Law Review 2016, 1847 (1872).

62 Gray, Google Rules, 2020, S. 126, 131; Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (2); Tushnet, All of This Has Happened before and All of This Will Happen Again: Innovation in Copyright Licensing, Berkeley Technology Law Journal 28 2014, 1447 (1460–1461); Zimmerman, Copyright and Social Media: A Tale of Legislative Abdication, Pace Law Review 2014, 260 (273–274).

63 Lester/Pachamanova, The Dilemma of False Positives: Making Content Id Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation, UCLA Entertainment Law Review 24 2017, 51 (54).

64 Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

größerer Wahrscheinlichkeit von YouTube entfernt als Game-Streams.[65] Dies scheint allerdings abhängig von den Entscheidungen der Rechtsinhaber zu sein und nicht davon, dass Content ID besondere Nutzungsformen, zum Beispiel Parodien, erkennt und richtig einordnet. So setzten die Rechtsinhaber von Videospielen ihre Rechte gegenüber Game-Streamern häufig nicht durch, wodurch die Wahrscheinlichkeit, dass Let's Play Videos aufgrund eines Content ID Match entfernt werden, kleiner ist als bei anderen Content-Arten.[66] Die Studie untermauert folglich den Kritikpunkt, dass Uploadfilter technisch nicht in der Lage sind, kontextsensitive Entscheidungen zu treffen.[67]

Auch die Sichtweise aktiver Uploader auf die Durchsetzung von Urheberrechten auf YouTube wurde bereits erforscht.[68] So wurden in einer Studie 144 Videos analysiert, in denen Uploader ihre Meinung über YouTubes Content ID System äußern. Die empirischen Befunde zeigen, dass die urheberrechtliche Regulierung durch Content ID laut den YouTubern unfair sei und zu einem Machtungleichgewicht zwischen ressourcenstarken und -schwachen Uploadern führe.[69] Andere schätzen Content ID als besonders fehleranfällig ein und kritisieren den Mangel an Transparenz in der Durchsetzung von Urheberrechten auf der Plattform.[70] Kaye und Gray weisen darauf hin, dass der Mangel an detailliertem Wissen über Content ID zu Spekulationen und einer Vielzahl an Theorien darüber führt, wie genau YouTubes System funktioniert und wie effektiv es ist.[71] Es fehlen jedoch Studien, die sich tiefer mit den urheberrechtlichen Erfahrungen aktiver Uploader beschäftigen und ihre Wahrnehmungen von privaten Filtermaßnahmen erfassen.

65 Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (6).
66 Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (7).
67 Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1 (7).
68 Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1.
69 Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (4,5).
70 Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (5).
71 Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (6,7).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3. Zwischenergebnis

Im Kern kann Content ID als zielführende Lösung zum Schutz der Uploader angesehen werden, insbesondere, weil die Risiken eines direkten Overblocking reduziert werden und der Ansatz der Beteiligung des Rechtsinhabers an den Werbeeinnahmen einen sinnvollen Kompromiss darstellt.[72] In der konkreten Ausgestaltung führt Content ID aber nicht nur zu Problemen, die typischerweise im Zusammenhang mit Uploadfiltern auftreten, sondern beeinträchtigt die Rechte der Uploader durch seine Intransparenz und Rechtsinhaberfreundlichkeit. Dennoch richtet sich der Fokus der öffentlichen Diskussion nicht auf diese privaten Entscheidungsstrukturen, sondern auf die Uploadfilter, die die staatlichen Regulierungsinstrumente nahelegen (siehe oben). Diese funktionieren technisch identisch wie die privat eingesetzten Entscheidungsstrukturen, da die DSM-RL durch die technologieoffene Formulierung des „branchenüblichen Standards" gerade dazu führt, dass die bereits vorhandenen Technologien, die von den großen Konzernen entwickelt wurden, eingesetzt werden müssen.[73] Es ändert sich nur der Anlass der Filterung. Anstelle, dass aufgrund privatrechtlicher Vereinbarungen zwischen YouTube und den Rechtsinhabern Filtertechnologien zum Einsatz kommen, werden diese nun von YouTube (auch) eingesetzt, um eine täterschaftliche Haftung zu vermeiden.

„Risiken und Nebenwirkungen" der staatlich vorgesehen Uploadfilter wurden im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses und auch in der Wissenschaft ausführlich diskutiert.[74] Davon ausgehend wurden verfahrensrecht-

---

72 Soha/McDowell, Monetizing a Meme: YouTube, Content ID, and the Harlem Shake, Social Media + Society 2016, 2(1), 1 (7); Collins, YouTube and limitations of fair use in remix videos, Journal of Media Practice 15 2014, 92 (102).

73 Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter" – Bittersweet? Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining, Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflichtenkreis für Hostprovider, CR 2019, 277 (286); Beuth, Woher die Uploadfilter kommen könnten, SPIEGEL Netzwelt vom 6.4.2019, https://www.spiegel.de/netzwelt/web/upload-filter-fuer-die-urheberrechtsreform-wer-entwickelt-die-software-a-1261320.html; Solmecke/Wilde Beuger Solmecke Rechtsanwälte, „Warner Music blockt WBS Video zur Kunstfreiheit (Danger Dan)! Uploadfilter trifft uns hart!", https://www.youtube.com/watch?v=_a7-AjWB404.

74 Stellvertretend seien genannt: Müller-Terpitz, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures"?, MMR 2021, 696 (699); Müller-Terpitz, Filter als Gefahr für die Meinungspluralität? – Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Einsatz von Filtertechnologien, ZUM 2020, 365; Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update", jM 2019, 442; Müller-Terpitz Urheberrechtsreform und Upload-Filter: Eine Gefahr für die Meinungspluralität?, 2020, https:/

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

liche Absicherungen entwickelt, um die Rechte der Uploader und der Rechtsinhaber in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen (§§ 9–12 UrhDaG). Im Gegensatz dazu wirkt der Schutz der Uploader-Rechte durch Content ID geringer. Das System benachteiligt die Nutzer:innen gegenüber den Rechtsinhabern[75] und stellt ihren Schutz nur durch ein langwieriges, intransparentes und unausgewogenes Beschwerdeverfahren sicher.[76] Vor dem Hintergrund des hier herausgearbeiteten Vergleichs müssten die Uploader die europäische Urheberrechtsreform eher begrüßen, denn die Handlungsspielräume für die private Filterung werden reduziert und die Nutzer:innen-Rechte gestärkt. Dies wirft die Frage auf, ob die Nutzer:innen digitaler Kommunikationsplattformen die gesetzlich vorgesehenen Uploadfilter tatsächlich anders wahrnehmen und bewerten als freiwillige private Entscheidungsstrukturen, wie Content ID, obwohl diese technisch identisch funktionieren.

/verfassungsblog.de/urheberrechtsreform-und-upload-filter/; Romero Moreno, 'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, International Review of Law, Computers & Technology 2/2019, 187; Becker, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, ZUM 2019, 636; Conrad/Nolte, Schrankenbestimmungen im Anwendungsbereich des UrhDaG, ZUM 2021, 111; Kastl, Filter – Fluch oder Segen?, GRUR 2016, 671, Heldt, Zensur durch Upload-Filter: Zur umstrittenen EU-Reform des Urheberrechts, 2018, https://verfassungsblog.de/zensur-durch-upload-filter-zur-umstrittenen-eu-reform-des-urheberrechts/; Raue/Steinebach, Uploadfilter – Funktionsweisen, Einsatzmöglichkeiten und Parametrisierung, ZUM 2020, 355; Schwartmann/Hentsch, Stufenkonzept gegen Overblocking durch Upload-Filter, MMR 2020, 207; Kaesling, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586.

75 Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (5); Gorwa/Binns/Katzenbach, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big Data & Society 2020, 1 (8); Bar-Ziv/Elkin-Koren, Behind the Scenes of Online Copyright Enforcement: Empirical Evidence on Notice & Takedown, Connecticut Law Review 2018, 339 (382); Urban/Karaganis/Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, 1 (45).

76 Boyden, The Failure of the DMCA Notice and Takedown System, 2013, S. 2, https://sls.gmu.edu/cpip/wp-content/uploads/sites/31/2013/08/Bruce-Boyden-The-Failure-of-the-DMCA-Notice-and-Takedown-System1.pdf; Urban/Karaganis/Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, 1 (44 ff.); Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1 (5).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

III. Methodische Umsetzung

Um herauszufinden, wie aktive Uploader auf YouTube private und gesetzlich vorgeschriebene Filtermaßnahmen wahrnehmen und bewerten, wurden im Zeitraum von April bis Juni 2021 insgesamt 19 Uploader mit unterschiedlichem Professionalitätsgrad befragt. Aufgrund des explorativen Charakters der Untersuchung wurden die gestellten Fragen möglichst offen formuliert, mit dem Ziel, tiefere Einblicke in die individuellen Erfahrungen der Uploader zu gewinnen und das Meinungsspektrum in seiner Vielfalt abzubilden. Diese qualitative Untersuchung hat somit keinen Anspruch auf Repräsentativität.

Übergreifend ist davon auszugehen, dass mit steigendem Organisationsgrad und Reichweite, die ein Uploader mit seinem/ihren Kanal erreicht, auch die Ressourcen und Fähigkeiten zur Produktion von Inhalten sowie bezüglich der verfügbaren Rechtsberatung steigen. Diese beiden Aspekte (Organisationsgrad & Reichweite) betrachten wir folglich als Indikatoren für den Grad der Professionalisierung eines Uploaders.[77] In Bezug auf den Organisationsgrad differenzieren wir zwischen: stark organisierten Uploadern, wie Unternehmen, Organisationen oder Institutionen; mittelstark organisierten Uploadern, z. B. ein loser Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen, die gemeinsam einen Kanal betreiben; und schwach organisierten Uploadern, wie Einzelpersonen, die ihren eigenen Kanal betreiben. Hinsichtlich der Anzahl der Abonnenten unterscheiden wir zwischen Kanälen mit hoher Reichweite (über 5.000 Abonnenten), mittlerer Reichweite (501 bis 5.000 Abonnenten) und niedriger Reichweite (500 und weniger Abonnenten).[78] Aus der Kombination der beiden Merkmale ergeben sich neun verschiedene Typen. Für die Umsetzung der Studie war die Abbildung möglichst aller Typen zentral, um ein möglichst umfangreiches Bild hinsichtlich der unterschiedlichen Erfahrungen und Wahrnehmungen zu erhalten.

Basis der Interviews war ein Leitfaden,[79] der die folgenden Bereiche thematisierte: Die Uploader wurden zuerst nach ihrer persönlichen Erfahrung mit urheberrechtlicher Regulierung auf YouTube gefragt. Anschließend wurde der Fokus des Gesprächs auf das Content ID System gelegt. Hierbei waren die Kenntnisse, Erfahrungen und Bewertung der Uploader

77 Seufert, Media Economics revisited/Zabel/Seemann/Pagel, 2017, S. 132 f.; Marek, Understanding YouTube, 2013, S. 48.
78 Seufert, Media Economics revisited/Zabel/Seemann/Pagel, 2017, S. 132 f.
79 Der Leitfaden ist auf Anfrage bei den Autor:innen erhältlich.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

von Content ID von Interesse. Darüber hinaus wurden die Uploader nach ihren Erfahrungen mit YouTubes Beschwerdeverfahren nach einem Content ID Match befragt. Um die Einschätzungen bezüglich der privaten Regulierung durch Content ID mit den staatlich vorgeschriebenen Filtermaßnahmen vergleichen zu können, wurden anschließend Fragen nach der Wahrnehmung und Bewertung des UrhDaG und insbesondere nach der Einführung von Uploadfiltern gestellt. Hierzu wurde zwischen dem allgemeinen Einsatz der Maßnahme und ihrer Durchsetzung differenziert.

Nach Durchführung der Interviews wurden sie manuell transkribiert. Die Ergebnisse aus den Interviews wurden mithilfe einer qualitativen Inhaltsanalyse ausgewertet.[80]

IV. Ergebnisse

1. Wahrnehmung und Bewertung der gesetzlichen Uploadfilterobliegenheit

Die Einführung der Uploadfilterobliegenheit wird von den Befragten kritisch gesehen (H6, I8, J2, L3, M3, Q3, U9, X5). Sie wird insbesondere vor dem Hintergrund der mangelnden Kontextsensitivität und Fehleranfälligkeit bemängelt (H6, I8, J2, L3, Q3, U9, X5). Ebenso wird ihre Intransparenz kritisiert (M3) und sie wird als Dammbruch für eine weitergehende Zensur angesehen:

> *"Dass ein Uploadfilter im Zweifelsfall noch weitergehen kann und (...) auch ohne erkennbaren Grund (...) den Upload komplett stoppen könnte, das sehe ich natürlich durchaus als problematisch an. Es ist (...) am Ende immer eine Frage, wie transparent so ein System ist und wie viele Möglichkeiten so ein System auch mir gibt, damit zu interagieren und (...) meine Interessen (...) geltend zu machen"* (P3).

Angemerkt wird ebenfalls, dass selbst in Fällen, in denen Uploadfilter urheberrechtlich geschützte Inhalte richtig erkennen, die rechtliche Bewertung nicht möglich sei (J2). Einige Uploader sind hinsichtlich der Einführung jedoch auch zwiegespalten. Sie finden, dass Uploadfilter zwar gut, aber noch nicht effizient genug funktionieren (W9) oder wünschen sich

80 Das Kategoriensystem, auf dessen Basis die qualitative Inhaltsanalyse durchgeführt wurde, ist auf Anfrage bei den Autor:innen erhältlich. Vgl. zur Methodik der qualitativen Inhaltsanalyse auch: Baur/Blasius: Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung/Mayring/Fenzl, 2. Aufl. 2019, S. 633.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

eine verstärkte Kontrolle durch menschliche Entscheidungsträger:innen (sog. “human in the loop”) (R5). Auch die Uploader, die die Einführung von Uploadfiltern grundsätzlich begrüßen (K8, P3, S6, V8, Y8, Z6), tun dies nicht uneingeschränkt. Der Einsatz wird als sinnvoll anerkannt, um Urheberrechte in Anbetracht der im Internet hochgeladenen Mengen an Inhalten zu schützen (T6), oder auch in anderen Einsatzgebieten, z. B. im Jugendschutz (V8). Gleichzeitig wird aber auch in diesem Zusammenhang die Fehleranfälligkeit der Filter nicht übersehen und die fehlende Einbindung von Menschen in die Entscheidungsprozesse kritisiert:

> *“das Überprüfen durch (...) einen Menschen im Nachhinein, das müsste halt auf alle Fälle sicherer laufen (...). Nur die Frage ist: Wie groß ist dann der Aufwand, wenn das umgesetzt wird und wie groß ist (...) die prozentuale Fehlerquote?”* (K8)

2. Wahrnehmung und Bewertung von Content ID

Die Funktionsfähigkeit von Content ID wird von einem Großteil der Uploader als gut (J2, P3, Q3, R5, S6, T6, U9, X5, Y8, Z6) oder sogar als “sehr effektiv” (U9) eingeschätzt, insbesondere in unstrittigen Fällen (P3, Q3). Teilweise wird auch seine Funktion als Schutz vor unerwünschten Inhalten auf YouTube hervorgehoben – seien es auf der einen Seite zum Beispiel Spoiler (N9) oder auf der anderen Seite auch gewaltvolle oder pornografische Inhalte (R5).

Content ID wird darüber hinaus auch als Chance gesehen, noch vor der Veröffentlichung “Feedback” zu bekommen, um die eigenen Videos ggf. noch einmal aus urheberrechtlicher Sicht nachbessern zu können (H6, K8, S6, Z6).

> *“Ich finde es eigentlich ganz gut gemacht, weil dann weiß ich zum Beispiel auch, das sind jetzt Sachen, die ich eigentlich nicht benutzen sollte, weil ich damit Probleme kriegen könnte, und das finde ich ganz gut so”* (K8)

Weiter wird es auch als Mittel begrüßt, die eigenen Urheberrechte zu schützen (L3, Q3, T6, V8) und Raubkopien zu verhindern (Q3, S6).

> *“Zum einen schützt du den Uploader und zum anderen schützt du den ursprünglichen Künstler, von dem vermeintlich da etwas geklaut wurde. (...) Also in erster Linie schützt du jetzt hier eine Gruppe, die länger nicht geschützt wurde auf YouTube, nämlich die ursprünglichen Künstler von (...) einem Song.”* (S6)

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Kritisiert wird jedoch die Gefahr von "false positives" (I8, K8, R5, V8, W9, X5, Y8, Z6), weil Content ID nicht kontextsensitiv genug sei (J2), seine Funktionalität abhängig vom Medium wäre und es z. B. nur bei Musik gut funktioniere (L3), die Entscheidungen in Einzelfällen willkürlich wirken (O6) oder es schlecht funktioniere (V8). Aber auch die missbräuchliche Verwendung von Content ID durch große Rechtsinhaber (J2, M3) und unter Umständen auch durch YouTube selbst wird problematisiert (S6). Ein Uploader kritisiert explizit die Möglichkeit einer privaten Zensur durch Content ID:

> *„Und dann wird Content-ID halt strenger sein als das deutsche Recht und dann ist es ja eigentlich schon wieder auf so einem Level von ‚Zensur' in Anführungszeichen, wo wir ja gar nicht hinwollen"* (J2).

Außerdem wird bemängelt, dass Content ID auch in Fällen, in denen nur wenige Sekunden fremden Materials genutzt werden, Folgen für das gesamte Video auslöst (P3), und dass die Möglichkeit der Blockierung oder des Monetarisierungsentzuges, der ggf. auch nachträglich erfolgen kann, die Entfaltung der Kreativität einschränkt (H6, Y8). Insbesondere, wenn Uploader von YouTube finanziell abhängig sind, besteht die Möglichkeit, dass sie sich in ihrem Produktionsprozess einschränken (S6). Auf diese Art und Weise kann die Kunstfreiheit eingeschränkt werden (R5). Auffällig ist, dass die Uploader, die keine Einnahmen auf YouTube erzielen,[81] den Einsatz von Content ID teils vollständig unproblematisch sehen, da er keine direkten negativen Folgen für sie hat. Nichtsdestotrotz hat eine gemeldete Urheberrechtsverletzung auch ohne das Vorliegen einer Monetarisierung Konsequenzen. So wird teilweise die Reichweite des Videos eingeschränkt. Es wird anderen Nutzer:innen also nicht mehr vorgeschlagen und das Video ist schwerer zu finden (Q3). Andere kritisieren die Monetarisierung grundsätzlich als Übervorteilung der Rechtsinhaber, da diese durch den Werbecharakter, den die Verwendung der Werke habe, bereits ausreichend entschädigt seien (N9). Auch sind die Entscheidungen von Content ID nicht immer nachvollziehbar (S6). Vor dem Hintergrund, dass die ersten Minuten eines Videos oft über dessen Erfolg entscheiden, trägt auch das langwierige interne Beschwerdeverfahren nicht dazu bei, diesen Risiken zu begegnen (M3).

81 Das sind in der Regel solche Uploader, die weniger als 1.000 Abonnenten haben, denn dies ist eine der Voraussetzungen, um in das YouTube-Partnerprogramm aufgenommen zu werden, vgl. *Google*, YouTube-Partnerprogramm: Überblick und Voraussetzungen, support.google.com/youtube/answer/72851.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3. Die Filtermaßnahmen im Vergleich

Beim Vergleich der Wahrnehmung von Content ID und der durch die DSM-RL vorgesehenen Uploadfilter fällt auf, dass letztere von den Befragten eher kritisch gesehen werden, selbst wenn sie die Einführung von Uploadfiltern grundsätzlich begrüßen. Vor allem ihre angebliche Fehleranfälligkeit erntet Kritik. Content ID hingegen bleibt zwar auch nicht ohne Kritik, wird jedoch deutlich positiver wahrgenommen – sowohl, was die Funktionsfähigkeit betrifft, als auch, was den Schutz der eigenen Nutzer:innenrechte angeht.

Aufseiten der technischen Limitierungen wird zwar bei beiden Mechanismen die mangelnde Kontextsensitivität und die Gefahr von falsch positiven Ergebnissen erkannt, ein Zusammenhang, dass diese beiden Mechanismen technisch vergleichbar sind und sich gewissermaßen nur der Anlass der Filterung ändert, wird aber nur von wenigen Uploadern angesprochen. Nur von einigen wird klargestellt, dass Content ID als Uploadfilter bereits die identischen Funktionen erfüllt wie die eingeführte Obliegenheit (J2, U9, W6). Ein:e Befragte:r ging sogar davon aus, dass Art. 17 DSM-RL bereits in Kraft getreten sei, weil die Filterung durch Content ID hiermit gleichgesetzt wurde: “Ich dachte eigentlich, dass wir (...) diese Uploadfilter schon längst haben, (...) also ich wusste nicht, dass die erst noch kommen” (T6).

Im Gegensatz dazu ist auffällig, dass die Instrumente teilweise auch völlig unterschiedlich wahrgenommen werden, obwohl sich – wie dargestellt – die eingesetzte Technologie nicht verändert, sondern nur der Anlass der Filterung. So wird den staatlich vorgesehenen Uploadfiltern von manchen Befragten eine hohe Fehleranfälligkeit und eine mangelnde Kontextsensitivität vorgeworfen, während sie gleichzeitig auf der anderen Seite die gute Erkennungsrate von Content ID loben (H6, M3, Q3, X5). Im Falle von Uploadfiltern wird zum Beispiel davon ausgegangen, dass die „Technik einfach noch nicht so weit ist, wirklich intelligente Uploadfilter einzusetzen“, während die Effektivität von Content ID als „eigentlich (…) sehr gut“ eingeschätzt wird (X5). Ein:e weitere:r Befragte:r bezeichnet Content ID als “überwiegend (...) sinnvoll” und “ziemlich gut gemacht” (Q3). Uploadfilter hingegen würden “unglaublich viel zerstören” (Q3):

> *“Viele werden in den Boden gestampft werden und eventuell könnten ja auch so Filter manipuliert werden. Die könnten missbraucht werden von (...) machtgierigen Personen. (...) ich denke einfach nur, es wird nicht den genauen Nutzen bringen, äh den sich viele Politiker wünschen oder sich vorstellen”*(Q3).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In der Tendenz scheinen die Befragten Content ID weniger kritisch gegenüberzustehen als den staatlich vorgesehenen Uploadfiltern. Vor allem scheinen sie der technischen Funktionalität von Content ID mehr zu vertrauen, ohne dass sie dabei wissen, dass die staatlich vorgesehen Uploadfilter sehr wahrscheinlich auf einer identischen Technologie basieren werden.

V. Diskussion

Die Ergebnisse zeigen, dass der Einsatz von Uploadfiltern nicht grundsätzlich abgelehnt wird, die Uploader sich jedoch – auch aufgrund eigener Erfahrungen – der Risiken bewusst sind, die der Einsatz dieser Technologie mit sich bringt. Die Interview-Partner:innen erkennen die Schutzwürdigkeit der Urheberrechte an – gerade vor dem Hintergrund des Schutzes ihrer eigenen Werke. Während die staatlich vorgesehenen Uploadfilter vor allem kritisiert und für technisch fehleranfällig gehalten werden, wird Content ID als funktional eingeschätzt. Dabei kommt es unter Umständen zu einem widersprüchlichen Bild: Content ID wird eine effektive Funktionsfähigkeit attestiert, während den durch die DSM-RL vorgesehenen Uploadfiltern eine hohe Fehleranfälligkeit vorgeworfen wird. Dass beide Mechanismen technisch vergleichbar funktionieren und folglich auch identische technische Probleme nach sich ziehen, wird von den Uploadern in der Regel nicht realisiert und folglich kaum thematisiert.

Die Ergebnisse lassen auf einen Informationsmangel bei den Befragten schließen. Während die Befragten mit Content ID bereits Erfahrung gesammelt haben und sich gut mit dem System auskennen, scheint es bezüglich der konkreten Einsatzweise der staatlich vorgesehenen Uploadfilter teilweise noch Unwissenheit, falsche Vorstellungen und eine gewisse Voreingenommenheit zu geben. Über ein detailliertes Wissen sowohl über die Urheberrechtsreform als auch über Content ID verfügen nur wenige. Dennoch zeigt sich, dass die Uploader den privaten Entscheidungsstrukturen grundsätzlich unkritischer gegenüberstehen. Dabei hat die staatliche Regulierung gegenüber der privaten den Vorteil einer demokratischen Legitimität, größeren Transparenz sowie wurden – im konkreten Fall als Antwort auf die öffentliche Kritik – Mechanismen zur Verbesserung des Status Quo

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

bzgl. der Nutzer:innenrechte berücksichtigt.[82] Zwar gibt es bereits einige Forschungsarbeiten zur Funktionsweise und Folgen des Content ID Systems,[83] ein Vergleich zu den staatlichen Maßnahmen wird jedoch weder in der Forschung noch in der Öffentlichkeit geschaffen. Und dies obwohl private Entscheidungsmechanismen wie Content ID gegenüber den staatlichen Maßnahmen eine “unkontrollierte Rechtsetzung” darstellen, die sich darüber hinaus jederzeit und in gewissem Umfang auch willkürlich ändern kann und “nur” am Maßstab des § 307 BGB kontrollierbar ist.[84] Zwar sind Änderungen in den allgemeinen Geschäftsbestimmungen der Plattformen grundsätzlich zustimmungsbedürftig,[85] aber dies ist oft reine Formsache. Die meisten Nutzer:innen akzeptieren die AGB, ohne sie durchgelesen zu haben.[86] Außerdem würde bei einer Ablehnung der

82 Lutzi, Die Zerfilterung des Digitalen Binnenmarkts, Legal Tribune Online 2021, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eu-reform-urheberrecht-umsetzung-deutschland-urhdag-zerfilterung-digitaler-binnenmarkt.

83 Boroughf, The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Albany Law Journal of Science and Technology 2015, 95; Rothchild, Research Handbook on Electronic Commerce Law/Bridy, 2016; Erickson/Kretschmer, “This Video is Unavailable”: Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube, JIPITEC 9/2018, 75; Gray, Google Rules, 2020; Kaye/Gray, Copyright Gossip: Exploring Copyright Opinions, Theories, and Strategies on YouTube, Social Media + Society 2021, 7(3), 1; Lester/Pachamanova, The Dilemma of False Positives: Making Content Id Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation, UCLA Entertainment Law Review 2017, 51; Lohmann, YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated, https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem; Soha/McDowell, Monetizing a Meme: YouTube, Content ID, and the Harlem Shake, Social Media + Society 2016, 2(1), 1; Tushnet, All of This Has Happened before and All of This Will Happen Again: Innovation in Copyright Licensing, Berkeley Technology Law Journal 2014, 1447; Urban/Karaganis/Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628; Gorwa/Binns/Katzenbach, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big Data & Society 2020, 1; Gray/Suzor, Playing with machines: Using machine learning to understand automated copyright enforcement at scale, Big Data & Society 2020, 7(1), 1; Perel/Elkin-Koren, Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement, Stanford Technology Law Review 2016, 473; Zimmerman, Copyright and Social Media: A Tale of Legislative Abdication, Pace Law Review 2014, 260.

84 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, NJW 2021, 3179 Rn. 52.

85 Bei den Nutzungsbestimmungen der Plattformen handelt es sich um AGB, vgl.: BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, NJW 2021, 3179 Rn. 32.

86 Belli/Venturini, Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation, Internet Policy Review 2016, 5(4), 1 (8) (mwN); Cakebread, You're not

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ausschluss von der Plattform drohen. Dies ist für viele Nutzer:innen aufgrund mangelnder Alternativen und bestehender Lock-in- und Netzwerkeffekte oft keine tragbare Lösung.[87]

Dass die Uploader diesen privaten Entscheidungsstrukturen unkritischer gegenüberstehen und sie ggf. sogar als besser oder effizienter betrachten als die staatlichen Maßnahmen, kann eine Gefahr für den demokratischen Staat sein. Vor dem Hintergrund, dass die Meinungsfreiheit "schlechthin konstituierend"[88] für einen demokratischen Staat ist und als "aneignende Freiheit"[89] davon abhängig ist, fremde Inhalte zu rezipieren und weiterzuentwickeln, ist es problematisch, wenn die Grenzen dessen, was gesagt werden darf, durch urheberrechtliche Vereinbarungen zwischen privaten Akteuren bestimmt werden. Der sich abzeichnende Bedeutungsverlust des demokratischen Gesetzgebers wird darüber hinaus verstärkt,[90] wenn die Nutzer:innen die private Regulierung unkritisch akzeptieren.

Davon ausgehend sollten die Auswirkungen privater Entscheidungsstrukturen zukünftig mehr Aufmerksamkeit erhalten – sowohl im Rahmen der regulatorischen Tätigkeit, als auch im öffentlichen Diskurs. Außerdem sollte evaluiert werden, inwiefern gesetzliche Schutzmechanismen zugunsten der Nutzer:innen von den Plattformen umgangen werden (können).[91] In Zukunft sollten regulatorische Maßnahmen eine Analyse des Status Quo bereits bestehender Entscheidungsstrukturen mit einbeziehen und den Fokus verstärkt auf die Absicherung der Nutzer:innenrechte legen. Dies macht den Gesetzgebungsprozess zwar umfangreicher, insbesondere, da unterschiedliche Plattformen mit verschiedenen und unter Umständen jederzeit änderbaren Regeln betroffen sein können. Nichtsdestoweniger kann dadurch verhindert werden, dass regulatorische Tätigkeit

---

alone, no one reads terms of service agreements, Business Insider 2017, https://www.businessinsider.com/deloitte-study-91-percent-agree-terms-of-service-without-reading-2017-11.

87 Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (963); Dörr/Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt, ZUM 2014, 829 (834).

88 BVerfGE 7, 198 (208) = NJW 1958, 257 (258).

89 Balkin, Digital Speech and Democratic Culture, New York University Law Review 2004, 79(1), 1 (4).

90 Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2015, S. 19.

91 Vgl. hierzu den NetzDG Transparenzbericht, S. 12 von *Facebook* https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2021/01/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-Januar-2021.pdf, wonach nur ~ 10 % der Inhalte aufgrund des NetzDG gelöscht werden und die restlichen 90 % wegen eines Verstoßes gegen die Nutzungsbedingungen.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

realitätsfern bleibt. Dabei muss ebenso verhindert werden, dass private Unternehmen gesetzliche Vorgaben durch abweichende Vereinbarungen in den Nutzungsbedingungen großflächig umgehen können.

Weiterhin kann mehr Transparenz dazu beitragen, dass den Nutzer:innen die Auswirkungen von Content ID bewusster werden. Hierbei könnten verpflichtende Informationskampagnen der Plattformen den Uploadern helfen, die Funktionsweise automatisierter Systeme wie Content ID besser zu verstehen. In Anbetracht der Komplexität des Themas und der oft fehlenden juristischen Expertise der Uploader im Bereich des Urheberrechts ist das Bereitstellen von aufklärenden Informationen in einer zugänglichen Sprache von großer Bedeutung. Dies betrifft vor allem die relevanten Nutzungsbedingungen. Hier könnte darüber nachgedacht werden, dass die Plattformen auch eine komprimierte Version zur Verfügung stellen müssen, die bei der Einbindung der AGB in den Nutzungsvertrag gem. § 305 BGB ebenfalls bereitgestellt werden muss. Entsprechend sollten auch bei Änderungen der Nutzungsbedingungen die wesentlichen Punkte klar und verständlich dargestellt werden. Auch wenn Nutzer:innen die AGB tendenziell nicht lesen,[92] könnte eine visuell gestützte und verständlich aufbereitete Variante ihnen mehr Kenntnisse über ihre Rechte verschaffen. Dabei sollte jedoch nicht unterschlagen werden, dass Transparenz auch immer eine Holschuld der Nutzer:innen bedeutet. Einen weiteren Ansatzpunkt für mehr Transparenz in der Zukunft könnte dabei die in § 19 Abs. 3 UrhDaG verankerte Forschungsklausel bieten. Diese könnte zu mehr Verständnis über die automatisierten Verfahren zur Erkennung und Blockierung von Inhalten führen und dazu beitragen, die Nutzer:innenrechte in Zukunft besser zu schützen.

Die Ergebnisse lassen auf ein ambivalentes Verhältnis zwischen privater und staatlicher Regulierung schließen. Die private Regulierung wird von den Nutzer:innen grundsätzlich akzeptiert. Dies sollte jedoch nicht dazu verleiten, den Plattformen größere Handlungsspielräume zu ermöglichen. Zwar sind private Entscheidungen in bestimmten Fällen zielführender als staatliche Mechanismen, da sie z. B. schneller erfolgen können und auch in der Privatautonomie der Plattformen verankert sind. Es muss aber sichergestellt sein, dass die Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens auch im

92 Belli/Venturini, Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation, Internet Policy Review 2016, 1 (8) (mwN); Cakebread, You're not alone, no one reads terms of service agreements, Business Insider 2017, https://www.businessinsider.com/deloitte-study-91-percent-agree-terms-of-service-without-reading-2017-11.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Verhältnis zwischen Nutzer:innen und Plattform eingehalten werden.[93] Insbesondere müssen die Entscheidungen transparent erfolgen und schnell durch unabhängige Stellen überprüfbar sein. Die Verfahren müssen außerdem so ausgestaltet werden, dass „chilling effects" zu Lasten der Nutzer:innen minimiert werden und der Schutz der Nutzer:innen auch bei Eingriffen unter der Schwelle von Beitrags- oder Accountlöschungen verbessert wird. Hier spielen die plattforminternen Beschwerdeverfahren eine zentrale Rolle zum Schutz der Nutzer:innenrechte,[94] auf deren Ausgestaltung auch in Zukunft ein starker Fokus im Gesetzgebungsprozess gelegt werden sollte. Im Rahmen des Digital Services Act scheint der konkreten Ausgestaltung dieser Beschwerdeverfahren bereits mehr Aufmerksamkeit geschenkt zu werden. So werden gemäß Art. 17 des Entwurfes nicht nur Löschungen, sondern auch niederschwellige Eingriffe als Grund gesehen, für die der Diensteanbieter ein Beschwerdeverfahren bereithalten muss.[95] Darüber hinaus sollte eine demokratische Gesellschaft ein ureigenes Interesse daran haben, die Gestaltung von öffentlichen Diskursen und die Sicherung der Meinungsvielfalt und -freiheit nicht allein den Entscheidungen privatwirtschaftlicher Unternehmen zu überlassen.

Die Ausgestaltung der privaten Beschwerdeverfahren muss dabei Hand in Hand gehen mit einem einfacheren und schnelleren Zugang zu den Gerichten, um es zu ermöglichen, die privaten Entscheidungen zu überprüfen. Damit diese Möglichkeit für die Uploader attraktiv ist, bedarf es vor allem einer schnellen Verfahrensabwicklung.[96] Vor dem Hintergrund, dass die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass Nutzer:innen staatliche Gerichte anrufen, wenn ein ausgestaltetes Beschwerdeverfahren vorliegt,[97] sind hier weitere regulatorische Tätigkeiten nötig, um diesem Trend entgegenzuwirken. Einen Ansatz bietet hier § 3 Abs. 2 Nr. 5 c) NetzDG, durch den die Platt-

93 Der BGH spricht in diesem Zusammenhang von einem „Grundrechtsschutz durch Verfahren", BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, NJW 2021, 3179 Rn. 84; Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (969).

94 Conrad/Nolte, Schrankenbestimmungen im Anwendungsbereich des UrhDaG, ZUM 2021, 111 (117); Müller-Terpitz, Filter als Gefahr für die Meinungspluralität? – Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Einsatz von Filtertechnologien, ZUM 2020, 365 (373).

95 https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/§ 21/12-13/DSACAs5_EN.pdf.

96 D. Holznagel, The Digital Services Act wants you to "sue" Facebook over content decisions in private de facto courts, 2021, https://verfassungsblog.de/dsa-art-18/; so betonten auch die Uploader (M3, S6, Q3, O6) während der Interviews, dass die ersten Stunden entscheidend für den Erfolg eines Videos sind.

97 Wagner/Eidenmueller, Digital Dispute Resolution, SSRN Journal 2021, 1 (23).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

formen verpflichtet werden, die Beschwerdeführer auf die Möglichkeiten, Strafanzeige und ggf. Strafantrag zu stellen, und auf Internetseiten hinzuweisen, die weitere Informationen hierzu bereithalten. Dies ist im Grundsatz zwar begrüßenswert, es ist dennoch fraglich, ob reine Informationen ausreichend sind, um die vorhandenen Hemmschwellen abzubauen. Vielmehr muss darüber nachgedacht werden, welche technischen Möglichkeiten in Betracht kommen könnten, um den Zugang zum staatlichen Rechtsschutz zu erleichtern. Hier könnte über entsprechende Datenschnittstellen nachgedacht werden, die eine Übertragung der relevanten Daten an einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder auch direkt an das Gericht ermöglichen.[98]

Aber auch der Dialog zwischen dem Gesetzgeber und den Nutzer:innen spielt eine Schlüsselrolle. Die Notwendigkeit des Interessenausgleichs zwischen den Beteiligten im Rahmen von Regulierungsvorhaben sollte frühzeitig vermittelt und zur Diskussion gestellt werden und dabei auch über das Verhältnis zwischen den staatlichen Maßnahmen und dem privatrechtlichen Status Quo aufgeklärt werden. Im Kontext der urheberrechtlichen Regulierungsdebatte sollte der Gesetzgeber den Austausch zwischen den betroffenen Stakeholdergruppen, d. h. zwischen den Plattformbetreibern, Rechtsinhabern und Uploadern, ermöglichen und gewährleisten, dass ihre Interessen in dem entworfenen Gesetz berücksichtigt werden. Dieser Austausch muss dabei über das institutionalisierte Beteiligungsverfahren im Rahmen von Stellungnahmen hinausgehen, um betroffene Gruppen ohne die notwendige juristische Expertise zu inkludieren und einen niederschwelligen Zugang zum Gesetzgebungsverfahren zu ermöglichen.

Insgesamt hat sich gezeigt, dass private und staatliche Entscheidungsstrukturen von den Betroffenen durchaus unterschiedlich wahrgenommen und bewertet werden – auch wenn diese, wie im Fall einer technischen Filterung von Inhalten, grundsätzlich auf gleiche Art und Weise funktionieren. Dies verdeutlicht die Wichtigkeit von Transparenz und einem Austausch mit beteiligten Stakeholdergruppen während des Gesetzgebungsprozesses, möchte man zum einen konkrete Regulierungsinstrumente an den Bedürfnissen der davon Betroffenen ausrichten und zum anderen für Akzeptanz für diese werben.

---

98 Eine solche Datenschnittstelle soll in Zukunft z. B. auch die Übertragung von Daten an das BKA ermöglichen, wenn Inhalte nach dem NetzDG gelöscht werden: Klausa, Tagesspiegel Background 2022, https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/netzdg-kalkulierter-rechtsbruch-der-social-media-anbieter.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Überwachen und Strafen im eSport: Eine juristische und soziologische Perspektive auf *Valves Overwatch*-Verfahren

Von Simon Schrör, Ferdinand Müller und Finn Schädlich

I. Online-Spiele und Regeldurchsetzung in selbstverwalteten Digitalökonomien

Im Schatten der unter großer Beobachtung stehenden digitalen Plattformen wie *Facebook*, *Twitter* oder *YouTube* haben sich Online-Spiele zu einer relevanten wirtschaftlichen und sozialen Größe in der Digitalökonomie entwickelt. Ähnlich wie bei Plattformen werden viele Titel mit kostenlosen Nutzungs- und Einstiegsmöglichkeiten angeboten.[1] Die Umsätze werden mit „Premium"-Angeboten, „Seasonpasses" oder Werbung generiert. Online-Spiele weisen eine zunehmende Ähnlichkeit zu anderen Bereichen der Digitalökonomie auf, was insbesondere im Bereich der Regelsetzung und -durchsetzung einen Vergleich ermöglicht.[2]

Nutzer:innen sind in unterschiedlichen digitalen Strukturen den jeweils geltenden Regeln unterworfen. Sie ko-konstruieren diese bisweilen und werden mitunter auch zur Kontrolle und Durchsetzung dieser herangezogen. Zugleich werden Regeln im Digitalen zunehmend automatisiert durchgesetzt.[3]

Zusammenfassend sollen solche Strukturen als *Selbstverwaltungsökonomien* bezeichnet werden. Diese werden auch *Plattformen*, *Intermediäre* oder *Netzwerke* genannt. Solche Selbstverwaltungsökonomien geben sich eigene Regelwerke und schaffen Institutionen, um deren Einhaltung sicherzustellen. Die Bestrebungen zur Aufrechterhaltung der Funktion und Ordnung und damit der Profitabilität der Selbstverwaltungsökonomie selbst lassen

1 Umfassend hierzu Sauer, eSport, Netzwerkeffekte und Lindahl-Preise, 2018, S. 45 ff.

2 Siehe auch die Diskussion um das aktuelle Stichwort „Metaverse", womit die Verschränkung von diversen Online-Angeboten gemeint ist, siehe: Ravenscraft, What Is the Metaverse, Exactly?, wired.com, https://kurzelinks.de/ks1o.

3 Gorwa/Binns/Katzenbach, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big Data & Society 2020/1, 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sich als *Integritätserhaltungsmaßnahmen* definieren. Oftmals sind Selbstverwaltungsökonomien nicht auf die Verfolgung und Durchsetzung ihrer selbstgesetzten Normen angewiesen – vielmehr nutzen sie technische Hilfsmittel und psychologisch fundierte Strategien, um Regelkonformität zu erreichen oder gar die Möglichkeit, regelwidriges Verhalten von vornherein faktisch auszuschließen.[4] Sie bilden sich meistens unter der Kontrolle eines einzelnen Unternehmens, dessen Hauptzielgruppe nicht bloß passiv konsumierende „Kund:innen" sind, sondern wesentlich aktivere „Nutzer:innen", die in einer „Community" miteinander interagieren sollen.[5] Dies steigert indirekt den Wert der Selbstverwaltungsökonomie und damit den des Unternehmens selbst.[6] Die Selbstverwaltungsökonomien imitieren bei ihren Integritätserhaltungsmaßnahmen teilweise die staatlichen Institutionen: So ist etwa von „Verfassungen" und „Gerichtshöfen" die Rede[7] oder auch von „Ermittlern", die eingesetzt werden, um „Urteile" zu fällen.[8] Die Schaffung solcher Parallelstrukturen ist zunehmend auch Bestandteil von vor allem unionsrechtlichen Gesetzesvorhaben und lässt sich in immer mehr Rechtsnormen finden.[9]

---

4 Grundlegend hierzu etwa Mendelssohn, Die „normative Macht" der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857; Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961; Kühling, „Fake News" und „Hate Speech" – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act, ZUM 2021, 461; Roßnagel, Technik, Recht und Macht – Aufgabe des Freiheitsschutzes in Rechtssetzung und -anwendung im Technikrecht, MMR 2020, 222; Wernicke/Mehmel, Privatisierung des Rechts als Folge der Digitalisierung der Wirtschaft, ZEuP 2020, 1; Becker, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, ZUM 2019, 636; Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567; Friehe, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697; Fries, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860.

5 Die „Community" als „Warenform der Gemeinschaft", siehe Han, Undinge: Umbrüche der Lebenswelt, 2021, S. 24.

6 Kenney/Zisman, The Rise of the Platform Economy, Issues in Science and Technology 03/2016, 61 (66 ff.).

7 Klonick, Inside the Making of Facebook's Supreme Court, The New Yorker 2021; Golia, Beyond Oversight: Advancing Societal Constitutionalism in the Age of Surveillance Capitalism, 2021.

8 CS:GO – Overwatch-System, steampowered.com, https://kurzelinks.de/8zoy.

9 Tschorr, Privatisierung der Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt: Ist Unionsrecht der Motor?, K&R 2021, 82; bspw. Art. 40 ff. DSGVO, §§ 3 ff. NetzDG; Art. 14 ff. DSA.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1. Online-Spiele und eSport

Online-Spiele unterscheiden sich in Bezug auf die Integritätserhaltungsmaßnahmen zu den sozialen Netzwerken insofern, als dass die regulative Dimension, die das Aufeinandertreffen und den gegenseitigen Umgang miteinander festlegt, greifbarer scheint, als es bei Debatten um *Netiquette* oder *Hate Speech* der Fall ist. Dies macht Online-Spiele zu einem speziellen Fall der Selbstverwaltungsökonomien, da angenommen werden kann, dass eine große Unterstützung ihrer Community hinsichtlich der Regeldurchsetzung besteht. Diese Regeln sind zumeist ausdrücklich festgelegt und kommuniziert. Das mehr oder weniger freiwillige Unterwerfen unter diese Regeln macht den Spielspaß bei einem Mehrparteienspiel aus.[10] Computerspiele haben – anders als analoge Spiele – die Möglichkeit, ihre Regeln unumgehbar im Quellcode festzuschreiben. Doch gibt es – ähnlich wie bei klassischen Spielen und Sportarten – auch im Online-Gaming Versuche, Regeln zu brechen und sich unerlaubter Vorteile zu bedienen, was als *Cheating* bezeichnet wird. Konfliktträchtig ist Cheating dann, wenn es nicht nur um das eigene Spielerlebnis geht,[11] sondern die Gewinnchancen und die Spielerfahrungen Dritter beeinträchtigt werden. Besonders bei Online-Spielen ist die Aufrechterhaltung gleicher Regeln für alle ein wichtiges Ziel. Digital vorgegebene Regeln erscheinen als notwendige Bedingung eines gleichen Zugangs zum Spiel und zum Spielspaß. Und wer Regeln bricht, darf nicht mitspielen. Vor dem Hintergrund dieser simplifizierten Vorstellung von Regeln haben Spieleplattformen unterschiedliche Regime installiert, um mit Regelbrüchen in Form von Cheating umzugehen.

In diesem Aufsatz soll eines der wichtigsten eSport-Unternehmen – die amerikanische Firma *Valve* mit dem Branchenprimus, dem Multiplayer-Taktik-Shooter *Counter-Strike: Global Offensive* (*CS:GO*) – und dessen Konfliktlösungsmechanismus *Overwatch* als empirisches Beispiel für eine solche Integritätserhaltungsmaßnahme herangezogen und analysiert werden. Nach einer allgemeinen Einführung in den Bereich des eSport (II) erfolgt eine Deskription des spezifischen Spiels (III) und dessen Anti-Cheat-Maßnahmen (VI). Anschließend wird das *Overwatch*-Verfahren rechtlich eingeordnet (V). *Overwatch* wird schließlich als Überwachungs- und Strafmecha-

10 Werner, Eingriff in das (Rollen-)Spielsystem – Spielregeln und regelwidrige Drittprogramme bei Online-Spielen, CR 2013, 516.

11 Wie etwa bei sog. Easter-Eggs (vgl. Kap. IV.1).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nismus im Foucaultschen Sinne[12] diskutiert (VI). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf die Potenziale der durch die Gaming-Branche etablierten Integritätserhaltungsmaßnahmen (VII).

II. Die Entwicklung, Bedeutung und Funktionsweise des eSport

Um sich Online-Spielen zu nähern, bedarf es einer Klärung der wirtschaftlichen und sozialen Relevanz ebenso wie einer Bestimmung der Besonderheiten dieses Bereiches, der Eigenschaften des klassischen Sports, aber auch der Umgebung digitaler Angebote aufweist. Diese Kombination macht Online-Spiele sowohl bei den beobachtbaren Dynamiken der Selbstregulierung als auch bei ihrer rechtlichen Einordnung zu einem Beispiel, aus dem sich Rückschlüsse über den Spiele-Sektor hinaus ziehen lassen.

„Gaming" wird mehr und mehr zu einem gesellschaftlichen Massenphänomen, mit beeindruckenden Umsatzzahlen.[13] Moderne Videospiele im „Blockbuster"-Segment kosten mehr Geld in der Entwicklung als vergleichbare Film- oder Musikproduktionen.[14] Auch im eSport als der wettkampforientierten Ausformung des Gaming steigt der Umsatz beständig: im deutschen sowie im internationalen Markt ist bis heute ein anhaltender Wachstumstrend zu verzeichnen.[15] Im Jahr 2020 sollen knapp 450 Mio.

12 Foucault, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses, 16. Aufl. 2007.

13 Bspw. Vervierfachung des Umsatzes in Deutschland von 2012–2020 auf 8,5 MRD EUR, siehe statista.com, https://kurzelinks.de/1xnm; weltweiter Anstieg von 75 MRD EUR im Jahr 2017 auf knapp 200 MRD EUR im Jahr 2025, siehe statista.com, https://kurzelinks.de/6waz; vgl. auch Fischer, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, 2019, S. 17 ff. oder Ruppert, Die strafrechtliche Relevanz des Einsatzes von Cheatbots im eSport, CR 2019, 619; vgl. etwa Puppe, Deutliches Plus im Corona-Jahr: Deutscher Games-Markt wächst um 32 Prozent, game.de, https://kurzelinks.de/z0y9; statista.com, https://kurzelinks.de/ud38.

14 Bspw. 500 Mio. USD Entwicklungs- und Marketingkosten für den Online-Shooter *Destiny*, siehe: Bis zu 500.000.000 Dollar: Das sind die 9 teuersten Spiele der Welt, chip.de, https://kurzelinks.de/mggn – im Gegensatz zur bisher teuersten Filmproduktion *Fluch der Karibik 4*: Fremde Gezeiten, der auf „nur" 430 Mio. USD Kosten kommt, siehe: Da rollt der Rubel: Die 10 teuersten Filme aller Zeiten, film.at, https://kurzelinks.de/p5db.

15 Der Umsatz im deutschen Markt stieg von 8,3 Mio. EUR im Jahr 2013 auf 77 Mio. EUR im Jahr 2019 mit Aussicht auf Verdoppelung bis 2024, siehe statista.com, https://kurzelinks.de/pm52; weltweit hat er 2021 die 1-Milliarde-Dollar Grenze überschritten, siehe statista.com, https://kurzelinks.de/ud38.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Menschen weltweit eSport-Veranstaltungen angeschaut haben.[16] Das Finale der beiden besten Teams des eSport-Hits *League of Legends* in 2018 sahen mehr Zuschauer:innen (205 Mio.) als den *Super Bowl* desselben Jahres (104 Mio.) oder das Fußball-WM-Finale zwischen Kroatien und Frankreich (163 Mio.).[17] Immer mehr Menschen bestreiten mit Gaming und eSport ihren regulären Lebensunterhalt, etwa mit der Teilnahme an Turnieren, dem (Live-)Streaming oder der Berichterstattung darüber.[18] Die Verschränkungen dieser unterschiedlichen Geschäftsbereiche haben in den letzten Jahren so stark zugenommen, dass mittlerweile von einem eigenen „eSport-Sektor" gesprochen wird.[19]

Als eSport gelten die kompetitiv ausgetragenen Wettkämpfe in einem Videospiel-Titel nach einem vorher festgelegten Regelwerk zwischen Amateur- und seit einigen Jahren zunehmend auch Profisportler:innen.[20] Das Spektrum der im eSport verwendeten Spiele reicht dabei einerseits von eher klassischen Sportspielen (wie etwa *FIFA*) über Titel, die mehr durch Strategie- und Taktikelemente gekennzeichnet sind (wie *DOTA 2* oder *League of Legends*) bis hin zu actionorientierten „Shootern" wie *CS:GO*, *Valorant* oder *Fortnite*. Die relevanten eSport-Titel zeichnen sich durch einen Fokus auf objektiv vergleichbare Fähigkeiten und einen Mangel an Zufallselementen aus, wodurch sie sich für einen leistungsorientierten Wettbewerb eignen.[21]

16 Statista.com, https://kurzelinks.de/9qb4.

17 eSports stärker als der Super Bowl, Sport1.de, https://kurzelinks.de/6454.

18 Dies zeigt sich bspw. auch an der gewachsenen Anzahl an täglichen Nutzer:innen und auch der Streamer:innen auf der vorrangig für Gaming genutzten Streaming-Plattform *Twitch*, siehe Baltrusaitis, Twitch hits a record 3 million weekly average viewership for the first time, finbold.com, https://kurzelinks.de/s2rq.

19 Ludwig/Lachmann/Papenbrock/Mesonero, Lets Play! 2021, Studie von *Deloitte*, https://kurzelinks.de/w7ur.

20 Vgl. Kubiciel, Entwicklung des eSport und Schutz seiner Integrität, ZRP 2019, 200; Jagnow/Baumann, eSport aus verbandlicher Perspektive – Rechtsbegriff, Regulierungspraxis und aktuelle rechtliche Herausforderungen, MMR-Beilage 2018, 12 (13); Brtka, eSport: Die Spiele beginnen – Welche Rechtsfragen sind zu klären?, GRUR-Prax 2017, 500.

21 So werden auch eher ruhigere Titel mittlerweile kompetitiv ausgetragen, siehe etwa: Oezbey, Heuballen und Trecker – So läuft der eSport im Landwirtschafts-Simulator, esports.com, https://kurzelinks.de/kcar.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1. Verhältnis von Sport und eSport

Die rechtliche Frage, ob eSport dabei auch als Sport im engeren Sinne anzusehen ist, ist höchst umstritten.[22] Da die Vielfalt der Aktivitäten bei den in Frage kommenden eSport-Titeln sehr groß ist, sollte an dieser Stelle – so wie bei den analogen Sportarten auch – nach den einzelnen Disziplinen bzw. den relevanten eSport-Titeln differenziert werden.[23] Bei Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Thema[24] können viele der relevanten eSport-Titel hinsichtlich des körperlichen Elements und des Erfordernisses von Reaktionsfähigkeit und Auffassungsgabe durchaus den regulären Sportarten gleichgestellt werden.[25] Der Deutsche Olympische Sportbund spricht – ähnlich zur Position des IOC – bei der Frage über die Aufnahme von eSport nur von der Anschlussfähigkeit solcher Titel, die virtualisierte Sportarten darstellen.[26] Eines der wohl am meisten rezipierten Argumente in der Diskussion um die mögliche Gleichstellung des eSport zum klassischen Sport betrifft dessen Geschäftsmodell: Im Gegensatz zu anderen Sportarten läge beim eSport die kommerzielle Verwertung in der Hand eines gewinnorientierten Unternehmens, meistens des Publishers[27] des Spiels. Bei einer eventuellen Gleichstellung sei die Gemeinwohlorientierung des Vereinssports mit den damit verbundenen Privilegien be-

22 Breuer/Görlich, eSport – Status Quo und Entwicklungspotenziale/Nothelfer/Schlotthauer, S. 52 (52 f.).

23 Breuer/Görlich, eSport – Status Quo und Entwicklungspotenziale/Nothelfer/Schlotthauer, S. 52 (S. 55).

24 BFH 27.09.2018 – V R 48/16, DStRE 2019, 165 Rn. 34 m.w.N; s. a. BFH 29.10.1997 – I R 13/97, DStR 1998, 113 („Motorsport-Entscheidung"); BFH 02.09.1986 – VII K 13/85, BeckRS 1986, 22007789 („Lenkdrachen-Entscheidung"); BFH 27.09.2019 – V R 48/16 („ISPC-Schießen").

25 „Wer professionell eSport betreibt, klickt bis zu 400-mal in der Minute auf Maus, Tastatur oder Gamepad", siehe: Breuer/Görlich, eSport – Status Quo und Entwicklungspotenziale/Falk/Puppe, S. 33 (44 f.); Breuer/Görlich, eSport – Status Quo und Entwicklungspotenziale/Nothelfer/Schlotthauer, S. 52 (55); siehe auch: Jagnow/Baumann, eSport aus verbandlicher Perspektive – Rechtsbegriff, Regulierungspraxis und aktuelle rechtliche Herausforderungen, MMR-Beilage 2018, 12 (13); Holzhäuser/Bagger/Schenk, Ist E-Sport „echter" Sport?, SpuRt 2016, 94 (96).

26 DOSB-Positionierung "eSport", 2018, https://kurzelinks.de/an55, 2; zur vergleichbaren Position des IOC siehe IOC-Session Statement Olympic Agenda 2020+5, 2021, https://kurzelinks.de/sxn1.

27 Welcher strukturell mit dem „Verleger" klassischer Medien vergleichbar ist, siehe Holzhäuser/Bagger/Schenk, Ist E-Sport „echter" Sport?, SpuRt 2016, 94 (95).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

droht.[28] Das Spielen von Videospielen könne aufgrund dieses Umstandes gar nicht zum schützenswerten "Kulturgut" werden, weil die Spieler:innen im Ergebnis nur ein gewerblich vertriebenes Produkt nutzen würden.[29]

2. Die Machtstellung von Publishern im eSport

Unabhängig davon, ob sich der Vergleichbarkeit von Sport und eSport angeschlossen wird oder nicht: Feststellbar ist, dass die enge Bindung der einzelnen eSport-Disziplinen zum Publisher als dem Rechteinhaber in jedem Fall eine zentrale Abhängigkeit bedeutet. Der Publisher strukturiert den Ablauf etwaiger eSport-Wettkämpfe, stellt das Regelwerk dafür auf und sorgt für dessen Durchsetzung. Die teilnehmenden Spieler:innen haben nur eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten. So könnten beispielsweise Spieler:innen von *CS:GO* zwar einen für den Titel relevanten eSport-Verband gründen; gleichwohl könnte dieser Verband nie autonom über das für *CS:GO* gültige Regelwerk oder die Durchführung kommerzieller Wettkämpfe ohne die Zustimmung des Publishers entscheiden.[30] Im Umfeld eines relevanten eSport-Titels entsteht damit eine Form der bereits angesprochenen Selbstverwaltungsökonomie, die maßgeblich durch ein (Einzel-)Unternehmen kontrolliert wird.[31] Dabei sind diese Strukturen – anders als beim Sport mit dessen Aufbau aus Verbänden und Vereinen – weitgehend frei von einer Beteiligung der ausübenden Personen. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Publisher die von ihnen kontrollierte Struktur vielmehr in der proprietären Art und Weise moderner digitaler Plattformen verwalten.[32]

Zwar funktioniert auch der übrige Sport grundsätzlich nach dem Modell einer geschlossenen Selbstverwaltungsökonomie mit autonomen Strukturen und gewissen eigenständigen Regeln.[33] Im Gegensatz zum

---

28 Vgl. Fischer, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, 2019, S. 16.

29 Fischer, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, 2019, S. 16.

30 Vgl. Fischer, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, 2019, S. 46.

31 Vgl. Pusch, Trennt „eSport" und Sport nur ein Vokal?, npoR 2019, 53 (57).

32 Wie zum Beispiel bei *Facebook*, siehe Kettemann/Schulz, Setting Rules for 2.7 Billion. A (First) Look into Facebook's Norm-Making System: Results of a Pilot Study, 2020.

33 Steiner, Autonomieprobleme des Sports – Versuch einer Bilanzierung, SpuRt 2018, 186.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

eSport sind diese jedoch stärker verschränkt mit anderen gesellschaftlichen Institutionen und werden durch die Mitglieder selbst gestaltet. So gibt es ein eigenes Sportrecht im engeren Sinne und eine spezielle Sportgerichtsbarkeit. Für das Sportrecht im weiteren Sinne wird jedoch auch auf das BGB, das StGB oder andere, allgemeingültige Normen zurückgegriffen und Entscheidungen der Sportschiedsgerichte können vor ordentlichen Gerichten unter bestimmten Umständen angegriffen werden.[34] Die privaten Konfliktlösungsstrukturen, die bestimmte Publisher zur Aufrechterhaltung ihrer Selbstverwaltungsökonomien eingerichtet haben, sind im Gegensatz dazu opaker und von den gesellschaftlichen Institutionen stärker abgegrenzt, da es im Kern um die Durchsetzung der durch das jeweilige Unternehmen privat gesetzten Normen geht.

eSport-Spiele sind also über die Frage des Sports hinaus als Symptom der wachsenden Dominanz gewinnorientierter und privatisierter Normräume zu verstehen. Der Zugang zu und das Bewegen in diesen virtuellen Räumen wird durch Lizenzvereinbarungen, Nutzungsbedingungen und immaterielle Schutzrechte stark reglementiert. Zentrale Konflikte entstehen bei eSport- und Mehrspieler-Titeln vor allem durch Cheating. Die privaten Konfliktlösungsmechanismen – wie das noch näher zu analysierende *Overwatch*-Verfahren vom Spiele-Publisher *Valve* – die zu deren Lösung eingesetzt werden, bestimmen das Handeln und Wirken der Nutzer:innen innerhalb der Selbstverwaltungsökonomie. *CS:GO* weist hierbei eine ganze Reihe typischer Eigenschaften hinsichtlich der Setzung und Durchsetzung von Regeln sowie der Nutzung eigener Gestaltungsmacht in proprietären Umgebungen auf. Im Folgenden wird auf diesen Titel exemplarisch eingegangen.

III. Das Beispiel Counter-Strike

Counter-Strike: Global Offensive (2012) ist der dritte Titel der Reihe des Publishers *Valve*. Das Spielprinzip von *Counter-Strike* hat sich über die Jahre nicht wesentlich verändert: Zwei Teams bekämpfen sich auf einer virtuellen Karte und müssen unterschiedliche taktische Aufgaben erfüllen. Die Spielrunden dauern jeweils nur wenige Minuten und weisen eine hohe

34 Grundlegend hierzu BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94 – NJW 1995, 583 (584 ff.); siehe auch Monheim, Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips, 2006; vgl. auch Heermann, Die Sportgerichtsbarkeit nach dem Pechstein-Urteil des BGH, NJW 2016, 2224.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Dynamik und Geschwindigkeit auf. Um das im Grundsatz eher reduzierte Kernspiel hat *Valve* ein komplexes Ökosystem angesiedelt. Maßgeblich zur Funktion dieser Umwelt trägt die Einbettung von *CS:GO* in die Vertriebsplattform *Steam* bei.[35] Wie bei anderen Titeln[36] ist das Grundspiel kostenfrei spielbar. Im Rahmen sogenannter „Seasonpasses" können temporäre Zusatzinhalte kostenpflichtig erworben werden. Dazu kommt ein umfassendes Angebot an Merchandise, Community-Inhalten, Trophäen und Ähnliches. Eine weitere Einnahmequelle bildet der Verkauf von und der Handel mit „Skins". Dabei stellen diese lediglich rein optische Anpassungen dar, die keinen Einfluss auf die Spielmechaniken haben. Im Gegensatz zu den Waffen, die im Spiel zu Beginn der Runden mit automatisch zugeteiltem Spielgeld gekauft werden müssen, haben Skins reale, monetäre Preise, die über die *Valve*-eigene Vertriebsplattform *Steam* zu entrichten sind. Skins sind jedoch nicht einfach zu festen Preisen erhältlich. Sie sind in ihrer Menge begrenzt und einer eigenen Ökonomie unterworfen. Über sogenannte „Lootboxen"[37] können Skins in einem kostenpflichtigen Lotterieverfahren[38] entweder gewonnen oder auf dem *Steam*-eigenen Community-Markt erworben und verkauft werden. Hierbei gilt ein freies Preisgestaltungsprinzip, bei dem die temporäre Preisentwicklung der spezifischen Skins angezeigt wird.[39] Käufer- und Verkäufer:innen können für eine

35 Ursprünglich zum (seinerzeit innovativen) digitalen Verkauf der eigenen Spiele und deren automatischer Aktualisierung wurde *Steam* 2003 von *Valve* gegründet und gilt heute als eine der größten digitalen Spieleplattformen. Mit über einer Milliarde Benutzer:innenkonten, 90 Millionen aktiven Nutzer:innen im Monat und inzwischen über 30.000 Spielen (Wes Fenlon, Steam now has 90 million monthly users, PCGamer.com, https://kurzelinks.de/eexc) – auch von Drittanbieter:innen – verfügt *Steam* über eine enorme Anzahl erreichbarer Spieler:innen und potenzieller Kund:innen für *CS:GO*.

36 Wie etwa die im eSport relevanten Titel *DOTA 2*, *League of Legends*, *Fortnite* oder *Hearthstone*.

37 Maties, Lootboxen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 2020, 3685.

38 Die Frage, inwieweit diese Form des zufallsabhängigen Erlangens digitaler Güter mit realem Geldwert glückspielrechtliche Implikationen hat, wird hier nicht eingegangen.

39 Der Skin Markt in *CS:GO* ist hochkomplex, sodass aus Gründen des Umfangs hier auf eine vereinfachte Darstellung zurückgegriffen wird. Für weitere Erläuterungen siehe: Thorhauge/Nielsen, Epic, Steam, and the role of skin-betting in game (platform) economies, Journal of Consumer Culture 2021. 21(1), 52 (59); Hardenstein, "Skins" in the Game: Counter-Strike, Esports, and the Shady World of Online Gambling, UNLV Gaming Law Journal 2017, 7(2), 117; Ballou/Gbadamosi/Zendle, The hidden intricacy of loot box design: A granular description of random monetized reward features, Preprint 2020; Clark, Characteris-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Transaktion einen eigenen Preis angeben und diesen – je nach Marktlage – auch realisieren. Diese freie Preissetzung hat die Folge, dass Skins tatsächliche Verkaufspreise von wenigen Cent bis hin zu mehreren tausend Dollar erreichen können. An den Umsätzen auf *Steam* verdient *Valve* anteilig (derzeit 10 %).[40] Die Skins sind zudem fest mit dem jeweiligen *Steam*-Account verknüpft und auch nur über diesen veräußerlich.[41]

Das Beispiel der Skins verdeutlicht die großen ökonomischen Werte, die teilweise mit den einzelnen Nutzer:innenkonten verbunden sind. Etwaige Spielausschlüsse aufgrund von Cheating und der Verlust von Konten und Skin-Portfolios haben potenziell große Einschnitte – auch ökonomischer Natur – zur Folge.

IV. *Valves Anti-Cheat Regime: Zwischen technischen und sozialen Kontrollmechanismen*

Valve verfolgt bei *CS:GO* eine Mischung aus technischer und sozialer Kontrolle zur Aufrechterhaltung der Integrität seiner Selbstverwaltungsökonomie. Im Folgenden werden – nach einer Abgrenzung und Begriffsbestimmung – *Valves* Strategien zur Unterbindung von Cheating und zur Sanktionierung von Cheater:innen analysiert.

1. *Cheating als digitaler Regelbruch*

Der Begriff des Cheating soll hier in einem weiten Sinne verstanden werden, der nicht nur die Verwendung von *Cheat Codes*, sondern jede vom Publisher nicht intendierte Eingabe oder Spielweise erfasst. Hierbei kann je nach eingesetzter Technik und Eingriffsschwere unterschieden werden:

---

tics of Online Gaming Market Structures: Evidence from Steam's Online Gaming Marketplace, NCUR 2019, 868.

40 Steam FAQ, steampowered.com, https://kurzelinks.de/0foi.

41 Auch wenn sich außerhalb von *Steam* eine ganze Reihe externer Kauf- und Handelsplattformen entwickelt hat, bleibt der *Steam*-Account zwingend notwendig, um Zugriff auf die Skins zu gewähren; vgl. Hardenstein,"Skins" in the Game: Counter-Strike, Esports, and the Shady World of Online Gambling, UNLV Gaming Law Journal 2017, 7(2), 117 (121 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

- Als „milde" Form durch Ausnutzen von Cheat Codes oder *Easter Eggs*, die durch den Publisher selber eingebaut wurden, was in Online-Spielen aber regelmäßig nicht zu finden sein wird.[42]
- Ausnutzen von unbeabsichtigten Programmfehlern (*Glitches)*, was meist zu unfairen, nicht vorhergesehenen Vorteilen für die Cheaterin führt und deshalb häufig pönalisiert wird.[43]
- Das Verwenden von spezieller Soft- oder Hardware, die dem Spiel gewisse menschliche Eingaben vortäuscht (wie etwa *Aimbots*[44] für Shooter-Spiele). Dies ist die häufigste Cheating-Form, die üblicherweise mit einer Sperrung des Spielekontos bestraft wird.[45]
- Das Auslesen und Manipulieren der den Spieler:innen üblicherweise nicht zugänglichen Spieledaten[46] als schwerste Form des Cheating.

Ein häufig im Zusammenhang mit Cheating genanntes Verhalten ist das sogenannte *Griefing*. Damit wird ein Verhalten bezeichnet, bei dem die Spielerin formell zwar nicht gegen die Spielregeln verstößt, aber den Spielablauf behindert oder einzelne Spieler:innen belästigt und dadurch den Spielspaß erheblich beeinträchtigt.[47] Bei wiederholtem Griefing reagieren Publisher mit temporären oder bisweilen auch dauerhaften Sperrungen.[48]

Cheating stellt dabei nicht nur einen Regelbruch dar. Abhängig von den eingesetzten Techniken kann der Einsatz von Cheating Tools auch rechtlich relevant sein. So kann insbesondere die letztgenannte Form des Cheating einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Publishers darstel-

---

42 Bekanntes Beispiel ist der Code „rosebud" – eine Hommage an den Filmklassiker *Citizen Kane* –, der im Computerspiel *Die Sims* für einen Geldsegen sorgt, siehe Electronic Arts, FAQ zu Sims 4, „Mit welchem Cheat erhalte ich mehr Simoleons?", ea.com, https://kurzelinks.de/shyr.

43 Etwa der „No-Loss"-Glitch bei *FIFA*, siehe Grunwald, Nach No-Loss-Glitch in FUT: EA SPORTS bannt 30.000 Nutzer, kicker.de, https://kurzelinks.de/su1k.

44 Was bedeutet "aimbot"? Bedeutung und Definition, netzwelt.de, https://kurzelinks.de/ynk2.

45 So z. B. in den Nutzungsbedingungen des Publishers *Riot Games* unter 7.1, Nr. 10, in denen die Verwendung „nicht zugelassene[r] Programme von Drittanbietern" unter der Androhung von u. a. Kontosperren verboten wird, riotgames.com, https://kurzelinks.de/ac3w.

46 Bspw. durch einen sog. *Wallhack* oder ein Eingriff in spielrelevante Werte wie Geldstand oder Gesundheitspunkte mittels des Programms *Cheat Engine*, siehe About Cheat Engine, cheatengine.org, https://kurzelinks.de/l6to.

47 Valve bestraft per CS:GO-Update Griefer härter, esports.com, https://kurzelinks.de/brpt.

48 Valve bestraft per CS:GO-Update Griefer härter, esports.com, https://kurzelinks.de/brpt.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

len, wenn die Erstellung oder der Einsatz des Tools auf *Reverse Engineering* basiert, was ohne Erlaubnis des Publishers bereits nach §§ 69 c, 69 e UrhG unzulässig ist.[49] Darüber hinaus kann allein die Verbreitung von Cheating Tools gem. § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar sein. Das gilt insbesondere dann, wenn die Tools primär dafür geschaffen sind, in den verschlüsselten und authentifizierten Datenverkehr zwischen Client und Server des Publishers einzugreifen, um Daten abzufangen oder zu modifizieren (bspw. durch einen *Man-in-the-Middle-Angriff*).[50]

2. *Cheating im eSport*

Eine besondere Brisanz bekommt der Einsatz von Cheat-Technologien durch die steigende Popularität des eSports. Mit steigenden Preisgeldern und einer zunehmenden Professionalisierung verbindet sich der eigene wirtschaftliche Erfolg immer mehr mit der persönlichen Perfomance im Spiel, wodurch der Anreiz zum Einsatz unerlaubter Mittel wächst.

Bei eSport kann auf verschiedensten Ebenen technisch in den Spielablauf eingegriffen werden. So können Spieler:innen Software oder Hardware verwenden, die die Eingaben eines Menschen simuliert oder diese auf unfaire Weise unterstützt. Auch kann in den Datenverkehr mit der Betreiberin des Spiels eingegriffen werden. Zwar ermöglicht das Livestreaming von eSport-Veranstaltungen eine gewisse Kontrolle des Spielablaufs durch die Zuschauer:innen, doch betrifft das lediglich den sichtbaren Teil. Für die Zuschauer:innen bleiben die tatsächlichen Datenverarbeitungsvorgänge auf dem Server des Publishers während des Spiels opak.

Die tatsächliche Relevanz des Cheating im eSport genau einzuschätzen, ist schwer möglich. Jedoch gibt es immer wieder Einzelfälle, bei denen eSportler:innen beim Einsatz von Cheats auffliegen oder den Einsatz von

---

49 Vgl. hierzu Hoeren/Sieber/Holznagel, MMR-HdB/Ernst, 57. EL 2021, Teil 7.1 Grundlagen des Urheberrechts, Rn. 14.

50 Die Verschlüsselung solchen Datenverkehrs mittels TLS/SSL-Transportverschlüsselung sowie die Verwendung von Authentifizierungs-Tokens (die „sonstige Sicherungscodes" i. S. d. § 202c Abs. 1 Nr. 1 darstellen dürften) ist Industriestandard, sodass eine Software, die den Datenverkehr manipuliert und unter Verwendung der Authentifizierungs-Tokens an den Server des Publishers sendet, als unzulässiges Computerprogramm i. S. d. § 202c Abs. 1 Nr. 2 einzustufen sein dürfte, vgl. Sander, MüKo StGB/Graf, 4. Aufl. 2021, § 202c StGB Rn. 12, 15. Bei einem spezialisierten Cheating-Tool, das gerade für diesen Einsatz entwickelt wurde, ist auch die sonst umstrittene Zweckbestimmung im Rahmen des § 202c unproblematisch.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Cheats anprangern.[51] Die Publisher selbst geben sich bezüglich des Ausmaßes von Cheating in ihren Spielen sehr diskret. Der durch Cheating bedingte Verlust der Integrität des Spielablaufs verringert die Vergleichbarkeit der sportlichen Leistungen der Spieler:innen, was langfristig die Attraktivität des jeweiligen Spieletitels für die Ausübung von eSport und damit auch die wirtschaftlichen Interessen der Publisher wesentlich beeinträchtigen kann.

3. Gegenmaßnahmen in CS:GO: VAC und Overwatch

CS:GO ist das weltweit meistgespielte kompetitive Online-Spiel und einer der wichtigsten eSport-Titel.[52] Das Spiel ist zugleich dafür bekannt, an zahlreichen Cheater:innen zu leiden.[53] Aufgrund des massiven Cheating-Problems wendet *Valve* zahlreiche, teils neuartige Anti-Cheat-Techniken wie das *Overwatch*-Verfahren an, das später näher besprochen wird.

Zum Einsatz kommt zudem das eigens durch *Valve* entwickelte Anti-Cheat-System „*VAC*". Dieses soll automatisiert mittels „digitaler Fingerabdrücke" bekannte Cheating-Software und Änderungen des Spiele-Codes erkennen. Ähnlich wie bei Anti-Virus-Software ist auch bis zu einem gewissen Maße eine heuristische Erkennung möglich, etwa wenn ein Programm versucht, während der Laufzeit auf den *CS:GO*-Prozess und dessen Daten zuzugreifen. Im Anschluss daran werden detektierte Cheater:innen dauerhaft von offiziellen Servern ausgeschlossen. Den Entwickler:innen von lukrativer Cheating Software gelingt es jedoch immer wieder, die Erkennung durch *VAC* zu umgehen.[54]

---

51 Johnson/Abarbanel, Ethical judgments of esports spectators regarding cheating in competition, Convergence 2022: 2; CS GO: 5 pro players who were caught hacking, sportskeeda.com, https://kurzelinks.de/40jm.

52 *CS:GO* war 2021 mit durchschnittlich 600.000 gleichzeitig spielenden Personen der beliebteste Titel auf Steam, Most Played Games on Steam, githyp.com, https://kurzelinks.de/9gus. Im Jahr 2021 fanden die meisten professionellen eSports-Wettkämpfe (494) in *CS:GO* statt, dabei wurden über $ 21 Mio. an Preisgeldern vergeben, esportsearnings.com, https://kurzelinks.de/4dd0.

53 Das Unterforum für *CS:GO* bei *Unknown Cheats* verzeichnete Anfang April 2021 435.670 Beiträge, knapp das Dreifache des zweitmeistdiskutierten Spiels, *Grand Theft Auto 5* mit 146.017 Beiträgen, unknowncheats.me, https://kurzelinks.de/aqb7.

54 Zum *VAC*-System siehe Video von GameStar, Der endlose Cheater-Krieg – Valve Anti Cheat – VAC-Bans, Overwatch & Co erklärt, YouTube.com, https://kurzelinks.de/h9zm.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Das *Overwatch*-Verfahren hingegen setzt auf einer anderen Ebene an: In einem ersten Schritt werden Spieler:innen, die des Cheatings verdächtigt werden, gemeldet. Die Meldung wurde bis Ende 2016 ausschließlich durch andere Spieler:innen vorgenommen. Seit Anfang 2017 betreibt Valve zudem *VACnet*, einen Deep-Learning-basierten Algorithmus, der jedes Match auf den offiziellen Servern in bestimmten Spielmodi beobachtet, verdächtige Spielweisen erkennt und diese automatisch dem *Overwatch*-Verfahren zuführt.[55]

Danach beginnt das *Overwatch*-Verfahren. Hierbei bekommen „vertrauenswürdige"[56] Spieler:innen, von *Valve* als „Ermittler:innen" bezeichnet, eine zehnminütige Spielaufnahme (das „Beweismaterial") der verdächtigen Spieler:innen vorgelegt. Diese Aufnahme ist der einzige Anknüpfungspunkt für die Ermittler:innen, sie bekommen keine weiteren Informationen über den Fall zur Verfügung gestellt. Die Namen sämtlicher Spieler:innen werden ersetzt, die zu beurteilende Spielerin wird als „Verdächtigte" gekennzeichnet.

Im Anschluss sollen die Ermittler:innen die Schuld der Spielerin in vier verschiedenen Kategorien feststellen:

- die Verwendung externer Software zur Zielhilfe (Aimbots), um die Zielsicherheit zu verbessern,
- die Verwendung externer Software zur Sichthilfe, um auf nicht vorgesehene Weise Informationen über den Standort von Gegner:innen zu erlangen (*Wallhack*),
- anderweitige externe Hilfe zur Erlangung eines unvorhergesehenen Vorteils,
- spielbehinderndes Verhalten, das als störend, unsportlich und/oder unsozial wahrgenommen wurde (*Griefing*).

Dabei sollen die Ermittler:innen davon ausgehen, dass die Verdächtige „unschuldig" ist. Als „Urteil" stehen unter jeder Kategorie zwei Buttons zur Verfügung: „Unzureichende Beweise" oder „Zweifellos erkennbar".

55 Instruktiv dazu der Vortrag des *Valve*-Entwicklers John McDonald auf der Game Developers Conference, Using Deep Learning to Combat Cheating in CSGO, gdcvault.com, https://kurzelinks.de/0294.

56 *Valve* schreibt dazu: „Ermittler werden auf Basis ihrer Aktivitäten in CS:GO (Wettkampfsiege, Alter des Accounts, Spielstunden, Skill-Gruppe, geringe Anzahl an Meldungen usw.) und, falls zutreffend, vorheriger Overwatch-Teilnahme und -Wertung (ein Resultat der Richtigkeit ihrer Urteile als Ermittler) ausgewählt", blog.counter-strike.net, https://kurzelinks.de/xhnq.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Darüber hinaus können die Ermittler:innen ein Urteil über den Fall aussetzen, wenn sie sich nicht entscheiden wollen.[57]

Wenn die Ermittler:innen unabhängig voneinander ein weitgehend konsensuales Urteil fällen (im Schnitt mit 99,8 % Übereinstimmung[58]) und die verdächtige Person für schuldig befinden, wird ein sogenannter „Overwatch-Bann" ausgesprochen. Dieser kann zeitlich beschränkt oder dauerhaft sein. Der Bann führt dazu, dass die Spieler:innen nicht mehr auf offiziellen, durch *VAC*-gesicherten Servern spielen können (Dies sind rund 98 % aller existierenden Server).[59] Insbesondere können gebannte Spieler:innen ihre virtuellen Gegenstände nicht mehr verkaufen. Das Zustandekommen des Urteils ist weitgehend opak. Bekannt ist, dass für eine Verurteilung eine Entscheidung von sieben Personen genügt.[60] Die Ermittler:innen erfahren die Urteile der anderen nicht, die Einzelurteile werden mittels einer „Overwatch-Punktzahl"[61] durch *Valve* gewichtet und zu einem Gesamturteil zusammengefasst.[62]

V. Rechtliche Perspektive auf das Overwatch-Verfahren

Nachdem die technische Dimension des *Overwatch*-Verfahrens aufgezeigt wurde, soll erörtert werden, ob sich auch rechtliche Rahmenbedingungen dafür herleiten lassen. Zuerst soll der strukturelle Unterschied der Integritätserhaltungsmaßnahmen von Sport und eSport verdeutlicht werden.

---

57 CS-GO – Overwatch-System, steampowered.comhttps://kurzelinks.de/8zoy, https://kurzelinks.de/v3yj.

58 McDonald, Using Deep Learning to Combat Cheating in CSGO, Game Developers Conference, gdcvault.com, https://kurzelinks.de/0294, Minute 24:00.

59 McDonald, Using Deep Learning to Combat Cheating in CSGO, Game Developers Conference, gdcvault.com, https://kurzelinks.de/0294, Minute 14:52.

60 McDonald, Using Deep Learning to Combat Cheating in CSGO, Game Developers Conference, gdcvault.com, https://kurzelinks.de/0294, Minute 24:00.

61 Die Ermittler:innen erhalten Punkte, wenn sie mit den anderen Ermittler:innen übereinstimmen und verlieren Punkte, wenn sie zu einem anderen Urteil kommen. Die Höhe der Punkteänderung ist abhängig davon, wie einstimmig die anderen Ermittler:innen entschieden haben. In Verbindung mit extra dafür eingeschleusten Testfällen soll laut *Valve* dadurch die Qualität der Urteile sichergestellt werden, blog.counter-strike.net, https://kurzelinks.de/xhnq.

62 Steam Knowledge Base, steampowered.com, https://kurzelinks.de/sed8.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1. Spielregeln zur Integritätserhaltung im Sport

Die Regeln der Sportverbände dienen der Verhängung von verbandsinternen Sanktionen wie Geldbußen und Wettkampfsperren.[63] Sie stellen keine allgemeinverbindlichen Rechtsvorschriften dar, werden aber zur Auslegung verschiedener Normen herangezogen.[64] Wie der BGH in seiner *Reitsport*-Entscheidung statuierte, entziehen sich die durch die Sportverbände festgelegten Regeln einer etwaigen Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB. Der im AGB-Recht angelegte Gedanke des Interessensausgleichs zwischen strukturell überlegener Verwenderin einerseits und Verbraucherin andererseits sei nicht auf Sportregeln anwendbar, da der Verband und die Sporttreibende an der fairen Ausübung des Sports ein gleiches Interesse hätten.[65] Die Sportregeln stellten vielmehr „Normenwerke sozial-organisatorischer Natur" dar, die von den durch das AGB-Recht erfassten „Leistungsaustauschbeziehungen" abzugrenzen seien.[66] Die durch die Verbände bestimmten Spielregeln seien zur Ausgestaltung einer vordergründig zwischenmenschlichen Beziehung gedacht.[67]

2. Spielregeln im eSport

Die Regeln, die durch Gaming-Unternehmen für die Ausübung ihrer eSport-relevanten Titel gelten, sind ein Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung zwischen Publisher und Spielerin. Sie gelten zumeist für die Nutzung dieses Spiels auf offiziellen Servern im Internet. Diese erscheinen der Spielerin als vorformulierte Nutzungsbedingungen, die vor dem erstmaligen Starten des Spiels akzeptiert werden müssen.

---

63 Weber, Rechtswörterbuch, 27. Edition 2021, Spielregeln im Sport.

64 „Materiellrechtliche Wirkung der Sportregeln", Kaiser, Sport- und Spielrecht als materielles Nichtrecht? Zur Frage der Justiziabilität von Sport und Spiel, SpuRt 2009, 6 (8); bspw. Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit im Rahmen der Prüfung von § 222 StGB, siehe Sander, MüKo StGB/Hardtung, 4. Aufl. 2021, § 222 StGB Rn. 18 ff.

65 BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94, NJW 1995, 583 (585).

66 BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94, NJW 1995, 583 (585).

67 Kaiser, Sport- und Spielregeln als materielles Nichtrecht? Zur Frage der Justiziabilität von Sport und Spiel, SpuRt 2009, 6 (7).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3. Der Steam-Nutzungsvertrag als Grundlage des Overwatch-Verfahrens

Bei Betrachtung des beschriebenen *Overwatch*-Verfahrens von *Valve* zeigt sich zunächst, dass sich für die Nutzung von *CS:GO* keine ausdrückliche Vereinbarung finden lässt. Zum Nutzen des Spiels wird ein Abonnement bei *Valves* Distributionsplattform *Steam* benötigt, über das der Titel heruntergeladen und gestartet wird und zu der auch während des (Online-)Spiels eine Internetverbindung bestehen muss.[68] Für die Nutzung dieser Plattform wiederum existiert eine Vereinbarung („Steam-Nutzungsvertrag"), die die für die Verwendung von *CS:GO* maßgeblichen Regeln beinhaltet.[69] Bei Ziff. 1 B. *Steam*-Nutzungsvertrag wird ausgeführt, dass sich *Valve* dazu verpflichtet, den Abonnent:innen ihrer Plattform den „Zugang zu […] Software [und] insbesondere Videospielen" zur Verfügung zu stellen.[70] Unter Ziff. 4 *Steam*-Nutzungsvertrag wird die Möglichkeit benannt, dass die Spiele über „Funktionsmerkmale" verfügen können, um „Software- oder Hardware-Prozesse […] zu erkennen", die Spieler:innen „einen unlauteren Vorteil im Wettbewerb verschaffen können („Mogelwerkzeuge")". Mit den Abonnent:innen wird weiterhin vereinbart, dass diese die „Ausführung von Steam oder Inhalten und Leistungen nicht […] manipulieren" und dass ihnen durch *Valve* im Falle der Zuwiderhandlung die weitere Teilnahme an Mehrspieler-Online-Spielen untersagt werden kann. *Valve* räumt sich darüber hinaus ausdrücklich das Recht ein, das Konto einer Spielerin – u. a. im Falle „der Verwendung eines Mogelwerkzeuges" – auch ohne vorherige Benachrichtigung zu löschen und das Abonnement bei *Steam* zu kündigen.

Das *Overwatch*-Verfahren selbst wird in den Nutzungsbedingungen nicht aufgeführt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es als Teil der erwähnten „Funktionsmerkmale" zum Erkennen von Cheater:innen verstanden werden kann. Die FAQ von *Valve* zum Verfahren enthalten jedoch eine Beschreibung der Maßstäbe der „Verurteilung" durch die „Ermittler:innen":[71] So wird mitgeteilt, dass die „Strafen", die die „Verdächtigen auferlegt bekommen", nicht für alle Vergehen gleich sind, sondern „pro-

68 Ähnlich wie dies bspw. für das Spielen des Online-Spiels *World of Warcraft* und dem Spiele-Client *Battle.net* erforderlich ist, siehe BGH 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 („Umfang der Nutzungsrechteeinräumung bei Erwerb einer Client-Software für ein Spiel – World of Warcraft I").

69 Wie auch in einer Anfrage der Autor:innen an den Kund:innensupport von *Valve* bestätigt wurde.

70 Steam-Nutzungsvertrag, steampowered.com, https://kurzelinks.de/s4u0.

71 CS:GO – Overwatch-System, steampowered.com, https://kurzelinks.de/8zoy.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

portional zu[m] Verhalten“ der „Verdächtigen“ sind. Diese würden von „moderaten Strafzeiten“ für „Spielbehinderung“ (*Griefing*) bis zum dauerhaften Spielausschluss für „Betrüger:innen“ reichen. In den FAQ ausdrücklich erwähnt wird, dass sämtliche der durch *Overwatch* (also durch die „Ermittler:innen“) verhängten Spielausschlüsse nicht „verhandelbar“ und durch den Kund:innensupport nicht „aufhebbar“ seien, was widersprüchlich erscheint. Auch müsse der Grund des Ausschlusses nicht mitgeteilt werden.[72] *Valve* selbst bezeichnet *Overwatch* als ein System, mit dem „sich die CS:GO-Community selbst regulieren kann“.[73] Die Urteile des Verfahrens werden durch *Valve* nur stichprobenartig kontrolliert.[74]

Valve kann zur Rechtfertigung stets auf die Ermittler:innen verweisen, die ihrer Auffassung nach die letztentscheidende Instanz im konkreten Fall darstellen. Dabei sollte jedoch nicht übersehen werden, dass *Valve* jederzeit das gesamte *Overwatch*-Verfahren kontrolliert. Ein großer Teil der Fälle wird durch *VACnet* ausgewählt, wobei im Anschluss mithilfe eines automatisierten Koordinators bestimmt wird, welche Fälle ein *Overwatch*-Verfahren durchlaufen sollen. Ebenso werden die Arten des „strafwürdigen“ Verhaltens, die „Urteilsmöglichkeiten“ und die Hilfstexte vorgegeben. Auch die Anzahl der benötigten Stimmen, deren Gewichtung untereinander und die Punktzahl der einzelnen Ermittler:innen werden von *Valve* bestimmt und sind nicht extern durch die Community überprüfbar.

4. Kontrollfähigkeit des Steam-Nutzungsvertrages

Für eine Überprüfung der infolge eines *Overwatch*-Verfahrens verhangenen Sperre bietet sich eine AGB-rechtliche Kontrolle der zugrundeliegenden Geschäftsbedingungen des *Steam*-Nutzungsvertrags an. Da es sich beim *Steam*-Nutzungsvertrag um einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, unterliegen diese zumindest formell auch dem AGB-Begriff gem. § 305 Abs. 1 BGB.[75] Auch kollisionsrechtlich betrachtet ist von der Anwendung verbraucherschützender Normen hinsichtlich der Spieler:innen in

72 CS:GO – Ich wurde vom Spiel ausgeschlossen, steampowered.com, https://kurzelinks.de/3izw.

73 CS:GO – Overwatch-System, steampowered.com, https://kurzelinks.de/8zoy.

74 McDonald, Using Deep Learning to Combat Cheating in CSGO, Game Developers Conference, gdcvault.com, https://kurzelinks.de/0294, Minute 52:30.

75 Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB/Lehmann-Richter, Stand: 01.12.21, § 305 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Deutschland auszugehen.[76] Darüber hinaus wird jedoch auf Ebene des sachlichen Anwendungsbereiches teilweise argumentiert, dass die in den Nutzungsbedingungen festgehaltenen Spielregeln – unter Verweis auf die *Reitsport*-Entscheidung – nicht dem AGB-Recht unterliegen würden; auch im eSport hätten sowohl die Publisher als auch die Spieler:innen ein gleiches Interesse an dem „ordnungs- und regelmäßigen Ablauf des Spiels", sodass die Publisher hier bei der Durchsetzung dieser Integritätserhaltungsmaßnahmen auch die Interessen der übrigen Spieler:innen wahrnehmen würden.[77] Diesbezüglich ist jedoch der Unterschied zwischen Sport und eSport zu beachten: Die Publisher haben – anders als Sportverbände – ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Selbstverwaltungsökonomie. Dementsprechend zielen ihre Integritätserhaltungsmaßnahmen auf einen maximierten ökonomischen Vorteil aus der Vertragsbeziehung. Die Regeln von *CS:GO* stellen zwar ebenfalls ein „sozialnormatives Regelwerk" dar – wichtiger ist jedoch ihre Funktion als Grundlage des Leistungsaustausches zwischen *Valve* und den Kund:innen. Auch bei *Overwatch* drückt sich dieser Interessengegensatz aus: Die „Verdächtigen" verlieren bei einem Spielausschluss den Zugriff auf sämtliche ihrer erspielten oder erhandelten Vermögensgegenstände[78] und können zumindest mit diesem Konto nicht mehr aktiv am eSport-Ökosystem partizipieren, womit ihnen u. U. ihre Lebensgrundlage entzogen wird.[79] Bei einem Bann von einer Übereinstimmung der Interessen zwischen gebannter Spielerin und *Valve* auszugehen, ist zweifelhaft. Dies gilt zwar auch für gesperrte Sportler:innen analoger Sportarten, erhält jedoch eine andere Konnotation, wenn die sperrende Organisation selbst ein wirtschaftliches Interesse mit dem Bann verfolgt. Darüber hinaus soll es in dieser Analyse der Nutzungsbedingungen und des *Overwatch*-Verfahrens nicht um die Spielregeln von *CS:GO* als solche gehen, sondern um die Folgen der Beschränkung des Zugangs zum Spiel, die eine eventuelle Verletzung rechtlicher Interessen mit sich bringen könnte.[80] Festzustellen ist, dass das AGB-Recht für die Beurteilung der *Steam*-Nutzungsbedingungen zur Anwendung kommt, auch

76 Werner, Eingriff in das (Rollen-)Spielsystem – Spielregeln und regelwidrige Drittprogramme bei Online-Spielen, CR 2013, 516 m.w.N.

77 Werner, Eingriff in das (Rollen-)Spielsystem – Spielregeln und regelwidrige Drittprogramme bei Online-Spielen, CR 2013, 516 (516 f.).

78 Die bereits angesprochenen Skins, vgl. Kap. III Fn. 39.

79 Vgl. Mythos Permabann – Sollte man dauerhaft sperren?, eSports.com, https://kurzelinks.de/tyzw.

80 siehe auch „WOW-II"-Entscheidung, BGH 12.01.2017 – I ZR 253/14, MMR 2017, 394 (396).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

unter der Maßgabe einer Einschränkung hinsichtlich der professionellen eSportler:innen gem. § 310 Abs. 1 BGB.[81] *Valve* selbst scheint von der Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf den *Steam*-Nutzungsvertrag auszugehen. So finden sich Ausnahmen hinsichtlich der Gerichtsstandsvereinbarung und der Rechtswahlklausel für Menschen mit europäischem Wohnsitz.[82]

5. Inhaltskontrolle der für das Overwatch-Verfahren maßgeblichen Klauseln

Somit ist die Kontrolle der *Steam*-Nutzungsbedingungen nach den AGB-Vorschriften eröffnet. Gem. Ziff. 1 B. *Steam*-Nutzungsvertrag verpflichtet sich *Valve* zur Verfügungstellung der vertraglichen Leistungen, also auch zur Verfügungstellung von *CS:GO*. Durch die Umsetzung eines im Rahmen des *Overwatch*-Verfahrens verhängten dauerhaften oder auch nur temporären Spielausschlusses mit entsprechender Kontosperrung verletzt *Valve* diese Vertragspflicht gegenüber der betroffenen Abonnentin bzw. Spielerin.[83] Grundlage für diese Sperrung seitens *Valve* ist Ziff. 4 *Steam*-Nutzungsvertrag. Mangels Einschlägigkeit der spezifischen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB hinsichtlich dieser Vertragsbedingung kommt eine Überprüfung nach der Generalklausel gem. § 307 Abs. 1 BGB in Betracht.[84]

Grundsätzlich ist die AGB-Kontrolle dazu gedacht, ein strukturelles Ungleichgewicht der Vertragsparteien in den Fällen auszugleichen, bei denen die Verwenderin durch ihre überlegene Verhandlungsmacht die Vertragsbedingungen einseitig diktieren kann.[85] Eine Klausel wird dann als unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB betrachtet, wenn die Verwenderin in missbräuchlicher Weise ihre eigenen Interessen auf Kosten und ohne Berücksichtigung und Ausgleich der Interessen der Vertragspartnerin durch-

81 Vgl. Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB/Richters/Friesen, Stand: 01.01.2022, § 310 Rn. 52.

82 Siehe Ziff. 10, 11 Steam-Nutzungsvertrag, steampowered.com, https://kurzelinks.de/s4u0.

83 Vgl. BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1436).

84 Hinsichtlich anderer Vertragsbedingungen ist zumindest für deutsche (Amateur-)Spieler:innen durchaus ein Verstoß gegen die spezifischen Klauselverbote auszumachen: Ziff. 11 Steam-Nutzungsvertrag, der ein obligatorisches Schiedsverfahren vor der Einleitung rechtlicher Schritte vorsieht, verstößt gegen § 309 Nr. 14 BGB, was an der in Deutschland verschärften Umsetzung der Richtlinie liegt, vgl. Hau, Abbedingungsverbot und Streitthematisierung, ZfPW 2018, 385 (405).

85 Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB/Lehmann-Richter, Stand: 01.12.21, § 305 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zusetzen versucht.[86] In besonderen Fällen kann der Prüfungsmaßstab strenger sein, etwa wenn die Vertragspartnerin in gesteigerter Weise auf die Leistung der Verwenderin angewiesen ist, weil diese über eine gewisse wirtschaftliche oder soziale Schlüsselstellung verfügt.[87] Die Bestimmung dieser besonderen Zwangslage und die daraus folgende Einschränkung der Vertragsausgestaltungsfreiheit der Verwenderin erfolgt nicht linear, sondern graduell und richtet sich u.a. auch danach, ob mittelbar Grundrechte der Vertragspartei betroffen sein könnten.[88]

Zur Orientierung, ob diese Einschränkung auch hinsichtlich der AGB von *Valve* vorgenommen werden muss, bietet sich ein Rückgriff auf die *Intermediär*-Rechtsprechung von BVerfG und BGH an: Hier haben die obersten Gerichte rechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung von frei zugänglichen, aber durch ein einzelnes Unternehmen beherrschte öffentliche Räume gesetzt, die eine gewisse gesellschaftliche Relevanz aufweisen. Inwieweit Grundrechte mittelbar in solche Vertragsverhältnisse einstrahlen und durch private Intermediäre beachtet werden müssen, hängt laut der Rechtsprechung von der „Unausweichlichkeit von Situationen, [dem] Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, [der] gesellschaftliche[n] Bedeutung von bestimmten Leistungen oder [der] soziale[n] Mächtigkeit einer Seite" ab.[89] Als verbindendes Element der Urteile erscheint hier die Ausstrahlungswirkung elementarer Grundrechte, wie das Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit,[90] Versammlungsrechte[91] oder das Gleichbehandlungsrecht politischer Parteien[92]. Als relevant wurde ebenso der gleichheitsgerechte Zugang zu Sportveranstaltungen angesehen.[93] Insbesondere letzterer Fall bietet sich als Anknüpfungspunkt zu eSport im Allgemeinen und *CS:GO* im Speziellen an. Innerhalb dieses Beitrags wurde bereits festgestellt, dass die Herausbildung des eSport-Bereiches stetig voranschreitet und sich zunehmend als gleichbedeutend zu den herkömmlichen Sportangeboten darstellt. Demzufolge könnte eine Übertragung und Anwendung dieser Grundsätze auch auf die

86 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1438).
87 Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209.
88 Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209.
89 BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1668).
90 BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612; BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433.
91 BVerfG 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201.
92 BVerfG 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19, NJW 2019, 1935.
93 BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

im *Steam*-Nutzungsvertrag vereinbarten Integritätserhaltungsmaßnahmen geboten sein. Damit verbunden wäre, dass ein gleichheitsgerechter Zugang zu dem offenen Angebot von *Valve* gewährleistet sein muss.

6. *Die Elemente der Intermediär-Rechtsprechung und deren Anwendung auf Overwatch*

Voraussetzung in den genannten Fällen war jeweils, dass sich das Angebot der Selbstverwaltungsökonomie ohne vorherige Einschränkung an eine breite Öffentlichkeit richtet.[94] Eine besondere Verantwortung erwächst nach der Rechtsprechung dann, wenn die angebotene Leistung für die Betroffenen eine wesentliche Form der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben darstellt.[95] Dementgegen dienen die zugangsbeschränkenden Integritätserhaltungsmaßnahmen der dahinterstehenden Unternehmen jedoch auch dem Schutz ihrer durch Grundrechte abgesicherten Rechte und wirtschaftlichen Interessen.[96] Dahingehend ist eine Abwägung dieser mit denen der Vertragspartner:innen vorzunehmen.[97] Eine Folge dieser Abwägung ist, dass der Zugang zu diesen gesellschaftlich relevanten Leistungen nicht willkürlich durch das beherrschende Unternehmen beschränkt werden kann. Die Integritätserhaltungsmaßnahmen müssen gewisse verfahrensrechtliche Anforderungen erfüllen, um einen entsprechenden Grundrechtsschutz zu ermöglichen.[98] Nach der Rechtsprechung kann dies u. a. beinhalten,[99]

- dass durch die Selbstverwaltungsökonomie zumutbare Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts, der als Grundlage für die Auferlegung der Zugangsbeschränkung dient, betrieben werden. Dies kann bei schwerwiegenden Maßnahmen eine vorherige Anhörung der Betroffenen erforderlich machen.

---

94 BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1669); Raue, Fn. 86, 209.
95 BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1669); krit. Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (589 ff.).
96 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1440 f.).
97 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1441 f.).
98 „Grundrechtschutz durch Verfahren", siehe Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (969 ff.); BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1442).
99 Vgl. BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1670); BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1443).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

- dass die Maßnahme an objektive, überprüfbare Tatbestände anknüpft.
- den Vertragspartner über die beabsichtigte Sperrung umgehend zu informieren.
- die Maßnahme auf Verlangen zu begründen.
- eine Möglichkeit der Gegendarstellung mit anschließender Neubescheidung einzuräumen.

Zu prüfen ist somit, ob beim *Overwatch*-Verfahren die Anforderungen für die Anwendung der *Intermediär*-Rechtsprechung erfüllt sind. Die Eröffnung des Angebotes an eine breite Öffentlichkeit ist gegeben, jedoch müsste die angebotene Leistung auch eine wesentliche Form der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben darstellen, wobei die Rechtsprechung auf einen subjektiven Maßstab des Vertragspartners abstellt.[100] Mittlerweile ist anerkannt, dass auch der Zugang zu virtuellen Räumen für die gesellschaftliche Teilhabe relevant ist.[101] Online-Spiele sind heute mehr als das reine Spiel, denn durch integrierte Sprach- und Textchats, Foren und Clans, in denen sich Spieler:innen zusammenschließen, hat sich eine ganze Subkultur herausgebildet. Innerhalb dieser Gruppe nimmt *CS:GO* eine herausragende Rolle ein und ist Gegenstand und Ort sozialer und kultureller Interaktion. Der Zugang zum Spiel kann somit für Betroffene, insbesondere für eSportler:innen, in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheiden. Die Voraussetzungen für die Anwendung der *Intermediär*-Rechtsprechung liegen somit vor.

Im Folgenden sind die Rechtsgüter der Beteiligten abzuwägen. Mit dem *Overwatch*-Verfahren verfolgt *Valve* das Ziel, Betrüger:innen aus *CS:GO* fernzuhalten. In erster Linie dienen diese Maßnahmen der Integritätserhaltung von *CS:GO,* denn ein kompetitives (Online-)Spiel, in dem regelmäßig betrogen wird, verliert langfristig an Attraktivität. *Valve* verfolgt damit seine wirtschaftlichen Interessen, da es mit der Attraktivität von *CS:GO* Geld verdient – ein Recht, das durch Art. 12 Abs. 1 GG abgesichert ist. Auf der anderen Seite sind die Rechte der Spieler:innen bei einem Ausschluss zu berücksichtigen. Durch eine *Overwatch*-Sperre scheint in erster Linie der gleichheitsgerechte Zugang zum Spiel gem. Art. 3 Abs. 1 GG gefährdet zu sein. Eine „Verurteilung" führt dazu, dass das Konto von der Teilnahme an *CS:GO* ausgeschlossen ist. Die Betroffenen haben mit diesem Konto keine

100 BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1669).

101 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, GRUR 2021, 1433 (1440); schon 2013 entschied der BGH, dass sich „das Internet zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt hat", BGH 24.1.2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072 (1073).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Möglichkeit mehr, den eSport auszuüben. Darüber hinaus kommt insbesondere für die Menschen, die mithilfe von Streaming, der Teilnahme an Wettbewerben oder der Berichterstattung darüber ihren Lebensunterhalt mit *CS:GO* bestreiten, eine Einschränkung ihrer Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Zweifelhaft ist jedoch, ob durch einen Ausschluss von einem Online-Videospiel bereits ein solch belastender Eingriff vorliegt, dass von einer Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG auszugehen ist.[102] Anders wäre es, wenn entsprechende Online-Angebote nicht einen großen Teil, sondern einen weit überwiegenden Anteil an möglichen Formen der Freizeitgestaltung einnehmen – ein Szenario, was zumindest in weiter Zukunft („Metaverse") vorstellbar erscheint. Zu überprüfen ist also, ob *Valve* bei der durch *Overwatch* verhängten Sperre die dargestellten verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen einhält, die den mittelbaren Grundrechtschutz der betroffenen Spieler:innen garantieren sollen.

Feststellbar ist, dass eine Sperre durch *Overwatch* im Gegensatz zu einer *VAC*-Sperre[103] nicht auf objektiven, überprüfbaren Anhaltspunkten beruht, sondern auf dem Urteil der „Ermittler:innen". Zwar liegt dieser Entscheidung überprüfbares Videomaterial vor, doch sperrt *Valve* die Spieler:innen nicht nach einer Analyse dieses, sondern aufgrund der erfolgten „Verurteilung", also der Mehrheitsentscheidung der „Ermittler:innen". Der „Verdächtigen" könnte die Möglichkeit einer Gegendarstellung eingeräumt werden, die z. B. den „Ermittler:innen" vor deren „Urteil" eingeblendet werden könnte. Eine Anhörung und eine entsprechende Begründung könnte erforderlich sein, falls von *Valve* ein temporärer oder dauerhafter Spielausschluss verhängt wird. Auch eine Beschwerdemöglichkeit mit der Folge einer nochmaligen Überprüfung durch *Valve* oder durch andere „Ermittler:innen" sollte zumindest bei einem dauerhaften Ausschluss gegeben sein. All diese Punkte stellen zudem keine übermäßige Belastung dar und werden bereits von anderen Unternehmen der Digitalbranche praktiziert, sodass deren Umsetzung vorstellbar erscheint.

7. *Fazit und Ausblick der rechtlichen Analyse von Overwatch*

Zusammenfassend wird also deutlich, dass das *Overwatch*-Verfahren nicht den verfassungsrechtlich gebotenen verfahrensrechtlichen Anforderungen

102 Vgl. BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1669).
103 Vgl. Kap. IV.3.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

genügt. Darin ist eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu sehen. Die Klausel Ziff. 4 *Steam*-Nutzungsvertrag, die die Sperre im Rahmen des *Overwatch*-Verfahrens begründet, ist damit unwirksam.

Im Hinblick auf das Inkrafttreten des *Digital Services Acts* könnte sich die rechtliche Situation für *Valve* noch einmal verschärfen, da viele der hier dargestellten, bisher lediglich größtenteils durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten Vorgaben für Plattformanbieter dann auch Gesetzesrang genießen sollen.[104] Wie dargestellt, bietet *Valve* mit dem Dienst *Steam* nicht nur Videospiele-on-Demand an, sondern stellt auch umfangreiche Interaktions- und Kommunikationsmöglichkeiten für die Nutzer:innen der Plattform zur Verfügung. So hebt sich *Valve* einerseits von den Konkurrenzangeboten ab (etwa dem *Games Store* von *Epic)* und ermöglicht andererseits auch Sekundärdienstleistungen wie den Handel mit *Skins*. Damit dürfte *Valve* jedoch auch als „Online-Plattform" der Anwendung des DSA gem. Art. 2 Ziff. h DSA-E unterliegen; in Betracht kommt darüber hinaus auch die Einordnung als „Vermittlungsdienst" iSd. Art. 2 Ziff. f DSA-E.

Valve könnte damit etwa bei Sperrungen im Rahmen des *Overwatch*-Verfahrens zur Einrichtung eines internen Beschwerdemanagementsystems gem. Art. 17 DSA-E verpflichtet sein. Damit verbunden wäre auch die Verweisung auf die außergerichtliche Streitbeilegung gem. Art. 18 DSA-E. Falls sich herausstellt, dass es in (Multiplayer-)Spielen, die über *Steam* als Plattform gespielt werden, zur Benutzung von gegen Urheberrechte oder andere Rechtsvorschriften verstoßende Cheat-Programmen kommt und diese damit als „illegale Inhalte" gem. Art. 2 Ziff g DSA-E anzusehen wären (wie beim Einsatz von *Reverse Engineering* oder der Manipulation des Datenverkehrs, siehe oben bei IV.1), könnte *Valve* auch zur Einrichtung von Melde- und Abhilfeverfahren gem. Art. 14 DSA-E verpflichtet sein. Modellcharakter könnte in diesem Rahmen auch der Art. 19 DSA-E für das *Overwatch*-Verfahren haben, wobei aber zugleich auch genauere rechtliche Rahmenbedingungen dafür vorgeschrieben würden. Möglicherweise könnte *Valve* auch als Anbieter einer sehr großen Online-Plattform, gem. Art. 25 DSA-E einzuordnen sein. Dies wäre der Fall, wenn *Steam* in der Europäischen Union 45 Mio. aktive Nutzer:innen aufweisen würde, Art. 25 Abs. 1, 3 DSA-E. Laut *Valve* gab es im Jahr 2021 132 Mio. aktive Nutzer:innen auf *Steam*,[105] wobei unklar ist, wie viele davon Unionsbürger:innen sind. Mit

104 Vgl. etwa Härting/Adamek, Digital Services Act – ein Überblick, CR 2021, 165; Berberich/Seip, Der Entwurf des Digital Services Act, GRUR-Prax 2021, 4; Gielen/Uphues, Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, EuZW 2021, 627.

105 Siehe Steam, Das Jahr 2021 im Rückblick, https://kurzelinks.de/w19t.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dieser Einordnung verbunden wäre etwa die Vornahme einer Risikobewertung gem. Art. 26 DSA-E oder die Offenlegung der Parameter des Empfehlungssystems von *Steam*, Art. 29 DSA-E.

VI. Overwatch als Kontrollsystem doppelseitiger Disziplinierung

Den rechtlichen Schwächen und potenziellen Unsicherheiten zum Trotz scheint *Overwatch* jedoch für *Valve* zu funktionieren, was auch die Einführung des Verfahrens in *Valves* Titel *DOTA 2* belegt.[106] Das Verfahren macht den Umgang mit Cheater:innen sichtbar und soll Spieler:innen die Möglichkeit bieten, das Spielerlebnis selbst zu regulieren.

Vordergründig werden damit Fälle, die *VAC* nicht automatisch behandeln kann, adressiert und *Valve* wird ökonomisch entlastet, da die qualifizierte Arbeit, die *Overwatch* bedeutet, nicht bezahlt werden muss.[107] Die große Offensichtlichkeit, mit der Spieler:innen in die Ermittlung und Sanktionierung miteinbezogen werden, macht eine weitere Funktion dieser soziotechnischen Form der Normdurchsetzung deutlich: die doppelte Disziplinierung.

Mittels Anleihen aus der Denkfigur des *Panoptismus*, die *Foucault* in *Überwachen und Strafen – Die Geburt des Gefängnisses*[108] einführt, lassen sich die komplexen Wirkweisen von *Overwatch* über das direkte Bannen von Cheater:innen hinaus greifen. Eingebettet in seine 1975 veröffentlichte Untersuchung der Genese des modernen Straf- und Disziplinarsystems nutzt *Foucault* das *Panopticon* als Beispiel und Analogie, um die Wandlung der ehemals auf Abschreckung und körperliche Zerstörung ausgerichteten Strafsysteme hin zu einer subtil und gewaltlos disziplinierenden Ordnungsmacht zu illustrieren. Das *Panopticon* ist eine 1791 von *Bentham* ersonnene Gefängnisarchitektur[109], deren Funktionsprinzip *Foucault* nicht nur in Strafanstalten, sondern auch in Schulen, Kasernen, Irren- und

106 Overwatch jetzt auch in Dota, dota2.com, https://kurzelinks.de/2xe6.

107 Partin, Towards "Game Governance": Community Moderation in Competitive Digital Games, Vortrag auf der Tagung „First Annual Conference of The Platform Governance Research Network" am 24.03.2021.

108 Foucault, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses, 16. Aufl. 2007.

109 „Sein Prinzip ist bekannt: an der Peripherie ein ringförmiges Gebäude; in der Mitte ein Turm, der von breiten Fenstern durchbrochen ist, welche sich nach der Innenseite des Ringes öffnen; das Ringgebäude ist in Zellen unterteilt, von denen jede durch die gesamte Tiefe des Gebäudes reicht […]. Es genügt demnach, einen Aufseher im Turm aufzustellen und in jeder Zelle, einen Irren, einen Kranken, einen Sträfling, einen Arbeiter oder einen Schüler unterzubrin-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Krankenhäusern verortet. Hierbei ist die „Hauptwirkung des *Panopticon*: die Schaffung eines bewußten [sic!] und permanenten Sichtbarkeitszustandes“[110], dem die Menschen ausgesetzt sind. Dieser Zustand besteht unabhängig davon, ob der aus den Zellen nie sichtbare, aber potenziell immer sehende „Aufseher“ im Wachturm wirklich da ist oder nicht. Ergebnis dieses stets angenommenen disziplinären Blicks von außen ist ein invertierter Blick auf das eigene Verhalten und eine damit verbundene Hemmung der Devianz.

Anders als bei manch anderen Überwachungs- und Sichtbarkeitsdynamiken der Digitalisierung, die auf den Panoptismus bezogen wurden,[111] ist ein Bewusstsein über die omnipräsente Möglichkeit der Überprüfung bei den Spieler:innen in *CS:GO* durchaus unterstellbar. Spieler:innen werden aufgefordert, bei der Regeldurchsetzung zu helfen und kommentierte *Overwatch*-Videos erfreuen sich großer Popularität.[112] Neben den genannten ökonomischen Erwägungen zur Integritätserhaltung, dürfte – ob gezielt eingesetzt oder nicht – die Disziplinierung der Spieler:innen durch Sichtbarkeit eine wichtige Funktion von *Overwatch* sein. Doch *Overwatch* besitzt eine weitere, von den Foucaultschen Überwachungs- und Strafregimen abweichende Funktion: die Disziplinierung durch Partizipation.

So wie die sonst anonymen Wachhabenden können die Spieler:innen in den metaphorischen Turm steigen und aus dieser Warte selbst das Verhalten von „Verdächtigen“ überprüfen. Insofern stellt *Overwatch* einen gewissen disziplinären Anachronismus dar, der im Bereich der unmittelbaren Regeldurchsetzung und der privatisierten Entscheidungsstrukturen gegenwärtig Karriere macht. Begünstigt wird dies in besonderer Weise durch die scheinbare Eindeutigkeit der Regeln und des Regelbruchs sowie durch die Sonderstellung, die ein Spiel als soziale Interaktion innehat. Das Spiel als kontrollierte, abgeschlossene Situation, in der sich die Spielenden freiwillig notwendigen Regeln unterwerfen, scheint eine drastische Sanktionierung, wie den permanenten Ausschluss, zu rechtfertigen. Ambiguitäten, die bei vergleichbaren Ausschlüssen – etwa bei Hate Speech – bestehen, scheinen hier zugunsten eines großen Gewinns der Gruppe

---

gen.“ Foucault, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses, 16. Aufl. 2007, S. 256 f.

110 Foucault, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses, 16. Aufl. 2007, S. 258.

111 Kritisch hierzu vgl. Rölli/Nigro, Vierzig Jahre »Überwachen und Strafen«: Zur Aktualität der Foucaultschen Machtanalyse/Gehring, 2017, S. 21.

112 Wie zum Beispiel „WAY TOO OBVIOUS! (CS:GO Overwatch)“ von SMii7Y mit über 2,7 Millionen Aufrufen, youtube.com, https://kurzelinks.de/6rfq.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

bei einem vordergründig kleinen Schaden für die sanktionierte Person in den Hintergrund zu treten. Kurz: Die drakonische Sanktionierung des Regelbruchs durch permanentes Bannen der delinquenten Person erscheint opportun und adäquat. Hinzu kommt, dass die Sanktionierung in prämoderner Manier nicht im Verborgenen stattfindet. Sie ist durch das *Overwatch*-Verfahren und „In-Game-Notifications“[113] öffentlich und partizipativ. Dadurch kommt dem *Overwatch*-Verfahren benannte Doppelrolle zu. Der Blick nach außen macht Spieler:innen zu „Ermittlern“ und Urteilenden und provoziert zudem einen invertierten Blick, der schließlich zur Selbstdisziplinierung beiträgt. Anders als bei opaken, technischen Anti-Cheat-Programmen (wie etwa *VAC*[114]), die im Hintergrund für Ordnung sorgen, wird die Cheat-Problematik als von *Valve* adressiertes Thema ins Bewusstsein und der Kampf gegen Cheating in die (Mit-)Verantwortung der Spieler:innen selbst gerückt.

VII. Fazit und Ausblick

Somit steht *Counter-Strike* mit den Mechanismen zur Erhaltung der eigenen Integrität als Beispiel für eine Reihe typischer Entwicklungen, die in der gegenwärtigen Digitalökonomie beobachtet werden können.

Im stetig wachsenden und zunehmend sozial wie ökonomisch relevanten Bereich des eSport ist *CS:GO* ein Branchenprimus, der bereits mit Systemen wie *VAC*, aber auch mit In-Game-Käufen und Turnierspielen Trends definiert und Standards gesetzt hat. Mit dem in ein festes Verfahren gegossenen Community-basierten Überwachungs- und Sanktionssystem *Overwatch* ist eine neue Form von Integritätserhaltungsmaßnahmen vorzufinden, die mit *DOTA 2* bereits in einem weiteren globalen Top-Titel des eSports Verwendung findet. Bemerkenswert ist dabei nicht nur, dass sich das *Overwatch*-Verfahren rechtlich stellenweise in schwierigem Fahrwasser befindet. Die partizipative Überwachung und Bestrafung durch „vertrauenswürdige“ Spieler:innen stellt zugleich auch eine andere Qualität der Disziplinierung der eigenen Nutzer:innen dar.

Die Akzeptanz solch folgenschwerer Mitwirkungsmöglichkeiten scheint durch die Eindeutigkeit von Regeln und Regelbrüchen im Spiel bedingt. Dass es sich beim Sanktionsgegenstand vordergründig nur um eines von

113 Wird eine Person während des Spiels gebannt, so werden die übrigen Spieler:innen davon unterrichtet.

114 Vgl. Kap. IV.3.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

vielen Online-Spielen handelt, mag die geringe Beachtung erklären, die dieses System in der Öffentlichkeit sowie in der wissenschaftlichen Literatur bislang erfahren hat. Begründet ist sie dadurch hingegen noch nicht. Als Kontrollinstrument für viele Millionen Nutzer:innen-Konten, monetäre Werte wie Skins und den Grundlagen professioneller Karrieren erscheint es fraglich, inwieweit der Einsatz von Verfahren wie *Overwatch* in dieser Form geeignet und gerechtfertigt ist.

Zugleich sind auch Online-Spiele wie *CS:GO* in die größeren Zusammenhänge der zunehmend konzentriert erscheinenden Digitalökonomie eingebettet. Im multimedialen Metaversum, in dem die Verquickung verschiedener Dienste und Online-Angebote erklärtes Ziel ist, drängt sich die Frage auf, inwieweit Verfahren der Integritätserhaltung bei Online-Spieleanbietern auch andernorts Anwendung finden können. Der Kurznachrichtendienst *Twitter* experimentiert seit einiger Zeit mit einem Programm namens *Birdwatch*, bei dem besonders vertrauenswürdige Nutzer:innen irreführende Nachrichten mit korrespondierenden, geprüften Informationen versehen sollen.[115] *Birdwatch*, das wie *Overwatch* den disziplinierenden Blick schon im Namen trägt, zeigt, wie groß das Anwendungspotenzial solcher Verfahren in Zeiten von Desinformation, Hassbotschaften und anderem devianten Verhalten auch fernab von Online-Spielen ist. Die in diesem Beitrag herausgearbeiteten Funktionsweisen, aber auch deren Einbettung in die gegenwärtige Rechtslage geben Hinweise, wie solche in Zukunft möglicherweise auch noch anderweitig eingesetzten Verfahren analytisch wie normativ eingeordnet werden können.

115 Pröllochs, Community-Based Fact-Checking on Twitter's Birdwatch Platform, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Teil 2.

Legitimität und Vollzug

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Regulierungsbeziehungen und Entscheidungsmacht privater Zahlungsintermediäre[1]

Alexandra Keiner

I. Einleitung

Im Fokus aktueller Debatten über die infrastrukturelle Macht von Internet-Intermediären stehen klassischerweise Social-Media-, Handels- und Betriebsplattformen von großen Internetkonzernen wie Facebook, Amazon, Apple oder Google. Demgegenüber werden sowohl in der soziologischen als auch der rechtswissenschaftlichen Literatur private Bezahlunternehmen wie Banken, Kreditkarten-Unternehmen und digitale Zahlungsdienstleister nur selten berücksichtigt, obwohl jene Infrastrukturen bereitstellen und kontrollieren, die für sämtliche Finanztransaktionen – nicht nur, aber auch – im Internet benötigt und genutzt werden.[2] Bei jeder bargeldlosen Transaktion ist mindestens ein Zahlungsintermediär involviert, „who is required to pass the money between the buyer and the seller".[3] Dies gilt nicht nur für Bezahlvorgänge bei Einkäufen oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, sondern auch für Geldüberweisungen zwischen Privatpersonen. Zahlungsintermediären kommen dadurch ausgeprägte Regulierungsmöglichkeiten und eine erhebliche Entscheidungsmacht zu. Die Selbstverständlichkeit ihrer Leistungen verstellt dabei oft den Blick für die dahinterliegenden Strukturen.

Ähnlich wie in anderen Bereichen des kommerziellen Internets lässt sich auch bei Zahlungsintermediären eine Marktkonzentration beobachten, bei der sich ein Großteil der Marktmacht auf nur wenige Anbieter verteilt.[4] Lange Zeit wurden die Zahlungsvorgänge im Internet insbesondere

1 Bedanken möchte ich mich bei Carola Westermeier für hilfreiche Anmerkungen zu einer früheren Version dieses Beitrags.

2 Siehe hierzu Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017; Westermeier, Money is data – the platformization of financial transactions. Information, Communication & Society 2020, 23(14), 2047.

3 Gloerich/Lovink/de Vries, MoneyLab Reader 2: Overcoming the Hype/Scott, 2015, S. 147 (154).

4 Deflem/Silva, Media and Law: Between Free Speech and Censorship/Tusikov, 2021, S. 63; Swartz, New Money, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

durch Kreditkartenunternehmen wie MasterCard und Visa dominiert. In den vergangenen Jahren sind allerdings zahlreiche neue Zahlungsdienstleister und -plattformen hinzugekommen und das Feld der Zahlungsintermediäre hat sich diversifiziert. Eine wichtige Rolle spielen in dieser Entwicklung sogenannte Finanztechnologie- bzw. Fintech-Unternehmen – wie PayPal, Klarna, N26 oder WePay –, die technische Innovationen wie Social Software, die Blockchain-Technologie oder Algorithmen auf den Finanzbereich anwenden. Durch sie ist das Bezahlen und Überweisen im Internet erheblich einfacher und bequemer geworden, die Abläufe, Mechanismen und Strukturen im Hintergrund sind durch die neuen Akteur:innen, Instrumente, Geschäftsmodelle und -beziehungen allerdings sehr viel unübersichtlicher und intransparenter geworden.

An Relevanz gewinnt dieser Umstand vor allem dadurch, dass Zahlungsintermediäre durch ihre infrastrukturelle Schlüsselrolle in der Lage sind, einzelne Nutzer:innen, Händler:innen, Dienstleistungen oder Produkte vom Zahlungs- und Transaktionsverkehr im Internet auszuschließen oder zumindest einzuschränken. Dabei stellen sie nicht nur eigene Regeln auf – etwa mithilfe von Nutzungsbedingungen, Lizenzen und Verträgen –, sondern sie setzen als „private arbiters of legality“[5] auch gesetzliche Vorgaben um und durch. Umso wichtiger ist es, sich die Beziehungsgeflechte und regulatorischen Entscheidungsstrukturen im Bereich privater Zahlungsintermediäre einmal genauer anzusehen. Im Folgenden wird dazu zunächst ein Überblick über die wichtigsten Typen von Zahlungsintermediären gegeben (Kap. II). Im Vordergrund steht hier das Ziel einer groben Orientierung, die für eine Analyse der Regulierungsmacht von Zahlungsintermediären sowie ihren Verflechtungen untereinander sowie mit staatlichen Stellen (Kap. III) eine notwendige Voraussetzung ist. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse und einem Ausblick auf eine soziologische Interpretation vor dem Hintergrund eines dialektischen Zusammenspiels sozialer Öffnung und Schließung (Kap. IV).

II. Typologie von Zahlungsintermediären

Am Anfang einer Typologisierung muss die Klärung stehen, was im Folgenden überhaupt unter dem Begriff „Zahlungsintermediäre“ zu verstehen ist. In diesem Beitrag werden darunter all jene Akteur:innen gefasst,

5 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die zum einen die institutionalisierte und technische Ermöglichung von Bezahlung und Geldtransaktionen im engeren Sinne gewährleisten und damit unmittelbar am Transaktionsvorgang beteiligt sind, und zum anderen all jene Akteur:innen, die ausschließlich Geldtransaktionen abwickeln. Abzugrenzen sind Zahlungsintermediäre demnach von Akteur:innen, die nur mittelbar an Transaktionen beteiligt sind, wie etwa staatliche und supraстaatliche Regulierungs- und Kontrollinstitutionen (z. B. Bundesbank, BaFin, EZB); Anbieter:innen der technischen Infrastruktur (z. B. Zahlungshardware, Geldautomaten, Point-of-Sale-Dienste wie Euronet); sowie schließlich von Akteur:innen in angrenzenden Bereichen der Finanzindustrie, wie etwa Kreditanbieter:innen oder Händler:innen von Wertpapieren (z. B. Investmentbanken, Börsen, Aktienhändler:innen). Auch Kryptowährungen wie Bitcoin oder Etherium werden nicht berücksichtigt, zielen solche Peer-to-Peer-Währungen doch gerade auf die Abwesenheit von Zahlungsintermediären ab. Die Verwendung einer solch engen Definition vernachlässigt zwar zu einem gewissen Grad die Entscheidungsmacht mittelbar involvierter Akteur:innen und deren Auswirkungen auf Nutzer:innen, ermöglicht aber eine bessere Vergleichbarkeit der zentral relevanten Akteur:innen und damit auch eine systematische Analyse von Regulierungsmechanismen und -beziehungen in diesem Bereich.

Ähnlich wie andere infrastrukturelle Dienstleistungen (z. B. Glasfaser oder Mobilfunk) liegt auch die Abwicklung von Finanztransaktionen nahezu ausschließlich in den Händen weniger privater Unternehmen.[6] Gleichwohl gab es aufgrund der zentralen Bedeutung des Geldwesens als eine der wichtigsten wirtschaftlichen Infrastrukturen von Nationalstaaten immer schon eine enge Verflechtung dieser Unternehmen mit staatlichen Stellen, insbesondere dem Postwesen, aus dem die ersten Zahlungsintermediäre in dem hier gemeinten Sinn entstanden sind.[7] Vor diesem Hintergrund lohnt sich eine historisch geordnete Reihenfolge in der Beschreibung der Zahlungsintermediäre. Dazu wird zunächst grob zwischen traditionellen (Kap. II.1) und neueren Zahlungsintermediären (Kap. II.2) unterschieden. Doch auch innerhalb dieser beiden Gruppen lassen sich gewisse Entwicklungen über Zeit ausmachen und beschreiben. Unterschieden werden die Typen dabei in erster Linie anhand ihrer zentralen Leistungen in der Ermöglichung von Bezahlung und anderen Transaktionen sowie den dafür notwendigen Infrastrukturen und zugrundeliegenden Geschäftsmo-

6 Swartz, New Money, 2020; Deflem/Silva, Media and Law: Between Free Speech and Censorship/Tusikov, 2021, S. 63.

7 Swartz, New Money, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dellen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit und trennscharfe Abgrenzung kann dabei aufgrund der nahezu unüberschaubaren Anzahl und Vielfalt der in diesem Bereich aktiven Anbieter:innen sowie der dynamischen Veränderungen von Geschäftsmodellen und -beziehungen auf diesem Markt allerdings nicht erhoben werden.[8]

1. Traditionelle Zahlungsintermediäre

Zu den traditionellen Zahlungsintermediären werden im Folgenden Banken, Zahlungsnetzwerke, Zahlungssysteme und sogenannte „Money Transfer Operators" gezählt. Historisch gesehen handelt es sich dabei um die ersten bzw. frühen Zahlungsintermediäre, doch heißt das nicht, dass sie aufgrund der technischen Entwicklungen der vergangenen zwei Jahrzehnte an Relevanz eingebüßt haben. Zwar sind sie aus Sicht der Nutzer:innen bei einem Großteil derzeit durchgeführter Transaktionen in den Hintergrund getreten, einen disruptiven Wandel hat es auf diesem Markt jedoch nicht gegeben: Vielmehr ist die von traditionellen Zahlungsintermediären aufgebaute und gestellte Infrastruktur – insbesondere diejenige von Banken – zu einem elementaren Baustein im System nationaler und internationaler Geldtransaktionen avanciert.[9] Die jüngsten Innovationen finden deshalb vor allem im Bereich der „front-end services"[10] – also jener Dienste, die die Anwendungsoberfläche für Nutzer:innen bereitstellen, während wir es im Hintergrund mit einem „back end of banking"[11] zu tun haben. Es gab also keinen Verdrängungswettbewerb zwischen verschiedenen Zahlungsintermediären, sondern mit der Zeit sind einfach nur immer mehr Akteur:innen hinzugekommen, die in Zahlungen und Geldtransaktionen involviert sind. Die Regulierungsbeziehungen in diesem Bereich

8 Dies verdeutlichen auch andere bisherige Versuche einer Systematisierung des Feldes, die ebenfalls gröbere Unterscheidungskriterien gewählt haben, siehe etwa Brandl/Dieterich, The exclusive nature of global payments infrastructures: the significance of major banks and the role of tech-driven companies, Review of International Political Economy 2021, 1 (11).

9 Westermeier, Money is data – the platformization of financial transactions. Information, Communication & Society 2020, 23(14), 2047 (2054).

10 Brandl/Dieterich, The exclusive nature of global payments infrastructures: the significance of major banks and the role of tech-driven companies, Review of International Political Economy, 2021, 1 (15).

11 Brandl/Dieterich, The exclusive nature of global payments infrastructures: the significance of major banks and the role of tech-driven companies, Review of International Political Economy, 2021, 1 (15).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sind dadurch komplexer geworden. Im Folgenden werden die vier Typen traditioneller Zahlungsintermediäre im Einzelnen noch einmal detailliert vorgestellt. Eine erste Übersicht liefert Tabelle 1.

Tabelle 1: Typologie traditioneller Zahlungsintermediäre

Typ	Banken	Zahlungs-netzwerke	Zahlungssysteme	Money Transfer Operators
Beispiele	Sparkasse, Bank of America	MasterCard, Visa, American Express	SWIFT	MoneyGram, Western Union
Transaktions-leistungen	Ermöglichung von Überweisungen, Transaktionen	Internationale Vermittlung von Transaktionen, Aufschieben der Zahlung	Ermöglichung von international sicheren Transaktionen zwischen Banken	Ermöglichung von (Bar-)Geldtransfer etc. abseits von Banken
Benötigte Infrastrukturen	national: internes Kommunikationssystem oder SEPA international: SEPA (Euroraum), Zahlungssysteme und -netzwerke	Banken	eigene Infrastruktur	eigene Infrastruktur (oder Banken, Kreditkarten oder Bezahldienste bei Nicht-Bargeld-Transaktionen)
Geschäfts-modelle	Konto-, Händler-Überweisungsgebühren	Händler- und Versäumnisgebühren	Überweisungsgebühren	Transaktionsgebühren von Sender

Banken gehören zu den ältesten Intermediären für bargeldloses Zahlen und andere Transaktionen. So waren in Deutschland bereits ab den 1880er Jahren Überweisungen innerhalb des Filialnetzes der damaligen Reichsbank möglich.[12] Mittlerweile können Banken durch den Einsatz standardisierter Zahlungssysteme auch außerhalb der eigenen Netzwerke und sogar über nationale Grenzen hinweg Transaktionen ermöglichen. Einer ihrer Vorteile als Zahlungsintermediäre ist dabei, dass Banken Inlandsüberweisungen entweder über eigene Kommunikationssysteme oder über SEPA, den europäischen Standard für Überweisungen oder Lastschriften, abwickeln. Bei Auslandsüberweisungen – insbesondere außerhalb des Euroraums – sind sie aufgrund einer fehlenden internationalen (öffentlichen) Infrastruktur hingegen auf die Netzwerke anderer Zahlungsintermediäre wie Kreditkarten und Zahlungssysteme angewiesen. Banküberweisungen sind zwar im Zuge der Digitalisierung noch einfacher und mobiler gewor-

12 Derix, Gelddinge. Doing Money in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, Historische Anthropologie 2019, 27(1), 104 (111).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

den, doch gibt es im Vergleich zu anderen Bezahlmöglichkeiten nach wie vor Hürden: So können Auslandsüberweisungen trotz digitaler Kommunikation aufgrund interner Prüfverfahren sowie der externen Überprüfung durch Zahlungssysteme wie SWIFT (siehe Tab. 1) teilweise mehrere Tage dauern und mit hohen Überweisungsgebühren verbunden sein. Darüber hinaus sind für die Identifizierung der Empfängerin die Kontodaten notwendig, was insbesondere die Überweisung kleinerer Beträge zwischen Privatpersonen unattraktiv macht. Andererseits haben sich Banken bis heute ihren inklusiven Service gegenüber ihren Kund:innen behalten: Mithilfe von Überweisungsträgern aus Papier können selbst internationale Transaktionen auch ohne Internetzugang und Hardware wie Laptops oder Smartphone noch immer zuverlässig durchgeführt werden.

In den 1950er Jahren kamen Kreditkartenunternehmen als wichtige Zahlungsintermediäre für bargeldloses Zahlen hinzu. Im Rahmen der Typologie werden sie allgemeiner als *Zahlungsnetzwerke* bezeichnet, weil zum einen ihr Geschäftsmodell und ihre Funktionsweise auf Netzwerken basiert, und zum anderen, weil die Plastikkarten selbst an Bedeutung verlieren und zunehmend nur digital verwendet werden. Anfangs wurden Kreditkarten vor allem von einer „hoch bewegliche[n] männliche[n] Elite“[13] in den USA verwendet. So konnten etwa Inhaber einer „Diners Club“-Kreditkarte in einigen Restaurants bargeldlos bezahlen. Durch ihre „aufschiebende Zahlungsfunktion“[14] wurden Kreditkarten mit der Zeit jedoch auch für andere Zielgruppen attraktiv. Anders als Banken bieten Kreditkartenunternehmen ihren Nutzer:innen allerdings kein Konto an, sie stellen noch nicht einmal die Kreditkarten selbst aus. Sie fungieren eher als internationales Netzwerk für die Kommunikation zwischen Banken.[15] Analog zu einem „Franchisesystem“[16] vergeben Kreditkartenunternehmen dafür Lizenzen an ausgewählte Banken, die dann ihren Kund:innen die Kreditkarten ausstellen und an deren Bankkonto koppeln. Ihr

13 Sprenger/Engemann, Internet der Dinge. Über smarte Objekte, intelligente Umgebungen und die technische Durchdringung der Welt/Gießmann, 2015, S. 293 (297).

14 Sprenger/Engemann, Internet der Dinge. Über smarte Objekte, intelligente Umgebungen und die technische Durchdringung der Welt/Gießmann, 2015, S. 293 (297).

15 Brandl/Dieterich, The exclusive nature of global payments infrastructures: the significance of major banks and the role of tech-driven companies, Review of International Political Economy, 2021, 1.

16 Sprenger/Engemann, Internet der Dinge. Über smarte Objekte, intelligente Umgebungen und die technische Durchdringung der Welt/Gießmann, 2015, S. 293 (298).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Geschäftsmodell basiert dabei vor allem auf Händlergebühren. So müssen Händler, die eine Bezahlung über Kreditkarte anbieten, einen Anteil der Einnahmen an das Kreditkartenunternehmen zahlen. Durch die weltweite Verbreitung und Akzeptanz von Kreditkarten – und die so entstandenen Lock-in-Effekte – hat sich inzwischen ein Oligopol aus wenigen amerikanischen Kreditkartenanbietern herausgebildet, die den internationalen Markt dominieren. So sind die zwei größten Anbieter MasterCard und Visa in mehreren hundert Ländern vertreten und machen den Großteil aller globalen Kreditzahlungen aus. Ein europäisches Kreditkartensystem hat sich bislang noch nicht durchgesetzt; und auch andere Kreditkartenanbieter wie UnionPay (China) und RuPay (Indien) und Mir (Russland) verfügen nur über einen begrenzten Wirkungsraum.

Wie eingangs geschildert, existiert keine öffentliche Infrastruktur für internationale Geldtransaktionen. Die Nachfrage nach internationalen Zahlungen stieg im Zuge der Globalisierung jedoch so stark an, dass sich im Jahr 1973 einige europäische und amerikanische Banken zusammenschlossen und das *Zahlungssystem* SWIFT gründeten. Das Akronym steht für „Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication". SWIFT hat ihren Sitz in Brüssel und ist als Genossenschaft organisiert, in deren Vorstand auch Vertreter:innen der beteiligten Banken sitzen. Die Hauptaufgabe von SWIFT ist es, die technische Infrastruktur und nötigen Standards für eine sichere Kommunikation zwischen Banken weltweit zur Verfügung zu stellen.[17] Fast jede internationale Transaktion zwischen Banken wird dabei über SWIFT durchgeführt, sodass deren Kommunikationsinfrastruktur zur „infrastructure for infrastructures"[18] avanciert ist. Aktuell handelt es sich bei SWIFT um das einzige Zahlungssystem dieser Größenordnung und Universalität,[19] auch wenn Russland und China eigene Zahlungssysteme anstreben.[20] Da Nutzer:innen bei Überweisungen nicht direkt mit SWIFT in Kontakt kommen und weil darüber keine konkreten Zahlungen, sondern nur die Kommunikation zwischen den Banken

17 Dörry/Robinson/Derudder, There is no Alternative. SWIFT as Infrastructure Intermediary in Global Financial Markets, Financial Geography Working Paper #2, 2018, S. 13.

18 Westermeier, Money is data – the platformization of financial transactions, Information, Communication & Society 2020, 23(14), 2047 (2052).

19 Epstein, The Political Economy of International Finance in an Age of Inequality. Soft Currencies, Hard Landings/Majd 2018, S. 175 (178).

20 Brüggmann/Heide, Russland wollen sich vom globalen Zahlungsverkehr abkoppeln, Handelsblatt 2021, https://www.handelsblatt.com/politik/international/finanzsystem-russland-und-china-wollen-sich-vom-globalen-zahlungsverkehr-abkoppeln/27030548.html.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

abgewickelt wird, scheint das Zahlungssystem nicht unmittelbar an den entsprechenden Transaktionen beteiligt – und folglich nach der oben angeführten Definition für unsere Typologie nicht relevant. Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch auf: SWIFT ist vielmehr eine Art sekundärer Zahlungsintermediär, der die Infrastruktur für die Vermittlung zwischen anderen Zahlungsintermediären bereitstellt und so unmittelbar an den meisten internationalen Transaktionen beteiligt ist. Durch diese zentrale Stellung hat SWIFT eine so große Regulierungs- und Entscheidungsmacht, dass sie in internationale Transaktionen eingreifen und sie auch unterbinden kann.

Eine Gemeinsamkeit der drei bislang vorgestellten Zahlungsintermediäre ist, dass sie nur von Personen und Organisationen in Anspruch genommen werden (können), die über ein Konto bei einer Bank verfügen. Ein erheblicher Teil der Weltbevölkerung – nämlich 1,7 Milliarden Menschen – hat jedoch keinen Zugang zu einer Bank.[21] Hier setzen *Money Transfer Operators* (MTOs) wie MoneyGram und Western Union an. Sie ermöglichen weltweite Geldtransaktionen, ohne dass die Sender:innen oder Empfänger:innen des Geldes über eigene Bankkonten verfügen müssen. Im Gegensatz zu Zahlungsnetzwerken, die eng mit Banken zusammenarbeiten (müssen), findet der Geldtransfer bei MTOs über deren jeweiliges proprietäres System statt, sodass sie unabhängig von Banken und anderen Zahlungsintermediären agieren können. Man spricht in diesem Zusammenhang von „Close-Loop-Systemen". Eine Person kann zum Beispiel in einer MoneyGram-Filiale in Berlin Geld einzahlen und gegen eine Gebühr einer anderen Person nach Bukarest zusenden, die dieses Geld dann in einer dortigen MoneyGram-Filiale abholt. Das Angebot richtet sich dabei hauptsächlich an Privatpersonen. Allerdings bietet Western Union mittlerweile auch ein B2B-Geldtransfer zwischen Unternehmen an, die über keinen Bankzugang verfügen.[22]

2. *Neuere Zahlungsintermediäre*

Traditionelle Zahlungsintermediäre stellen also bereits viele Möglichkeiten für einen sicheren, internationalen und teilweise auch digitalen Geld-

21 Pleitgen, Führen digitales Geld und digitale Bezahlsysteme zu finanzieller Inklusion und Wirtschaftswachstum?, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 2020, 61(2), 515 (528).

22 Selbach/Jeferson, The Western Union Case and the Social Function of the International Money Transfer, International Business Research, 2015, 5(5), 101 (104).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

transfer bereit. Neuere Zahlungsintermediäre konzentrieren sich deshalb – wie bereits angeführt – eher auf die Verbesserung der Nutzungserfahrung im „front-end"), indem sie den Zahlungsprozess für Nutzer:innen vereinfachen und beschleunigen. Als neue Zahlungsintermediäre werden dabei im Folgenden mobile Zahlungssysteme, digitale Banken und digitale Bezahldienste gezählt, wobei sich die letzten beiden Typen einerseits noch einmal ausdifferenzieren lassen in mobile Banken und B2B-Banken sowie andererseits in P2P-, P2B- und plattformintegrierte Bezahldienste (siehe Tabelle 2). Banken stellen dabei weitestgehend die Infrastruktur für das „actual movement of money".[23] Ermöglicht wird dies unter anderem durch Regulierungsinstrumente wie die zweite Zahlungsdiensterichtlinie, die Banken dazu verpflichtet, Drittanbietern Schnittstellen zu Konten und Transaktionsdaten einzurichten. Dies stärkt neuere Zahlungsintermediäre, indem ein Teil der Regulierungs- und Entscheidungsmacht zu deren Gunsten verlagert wird.[24] Traditionelle Zahlungsintermediäre können die Regeln für Transaktionen folglich nicht mehr allein festlegen, was weitreichende Konsequenzen für die Regulierung des Zahlungs- und Transaktionsverkehrs hat, auf die im nächsten Kapitel näher eingegangen wird.

Neben den oben beschriebenen Money Transfer Operators sind in den vergangenen Jahren weitere Zahlungsintermediäre entstanden, die sich dem Problem der ‚unbanked people' widmen. So bieten *mobile Zahlungssysteme* (auch bekannt als „Handypayment") die Möglichkeit, Geld über das Mobilfunknetz zu versenden – und das gänzlich ohne Internetzugang und Bankkonto. Einer der bekanntesten Anbieter ist hier das 2007 entstandene M-Pesa-System des kenianischen Unternehmens Safaricom und Vodafone. Kund:innen von Safaricom können sich bei einem bei M-Pesa-Agenten (z. B. Supermärkte, Tankstellen und Kioske) registrieren und Geld auf ihre Prepaidkarte buchen. Dieses Geld kann dann per SMS an eine andere Person verschickt werden, die ihr neues Guthaben dann wiederum bei einem M-Pesa-Agenten einlösen kann. Im Gegensatz zu MTOs wie Western Union und MoneyGram ist dieses System gerade für ländliche Gegenden eine Möglichkeit des Geldtransfers, da keine Filialen benötigt werden. Obwohl M-Pesa mittlerweile auch in anderen Ländern (u. a. Ägypten, Indien, Rumänien, Albanien) verbreitet ist, kann über das M-Pesa-System Geld nur innerhalb des eigenen Landes versendet werden.

---

23 Brandl/Dieterich, The exclusive nature of global payments infrastructures: the significance of major banks and the role of tech-driven companies, Review of International Political Economy 2021, 1.

24 Westermeier, Money is data – the platformization of financial transactions, Information, Communication & Society 2020, 23(14), 2047.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Dabei wird M-Pesa nicht nur von Privatpersonen verwendet: In Kenia akzeptieren auch viele Unternehmen diese Zahlungsweise, sodass darüber beispielsweise auch Stromrechnungen oder Einkäufe bezahlt werden können.[25] Die Gebühren für die Transaktion teilen sich Sender:in und Empfänger:in, wobei deren Höhe von Land zu Land und abhängig davon ist, ob die Empfänger:innen bei M-Pesa registriert sind.

Die Dienstleistungen *digitaler Banken* fokussieren sich auf sich auf digitale Lösungen für Zahlungsprozesse. Dabei lassen sich noch einmal zwei Subtypen unterscheiden: mobile Banken und Busines-to-Business-, kurz B2B-Banken.

Mobile Banken bieten Kund:innen die Möglichkeit, das eigene Konto gänzlich über ein Mobiltelefon zu verwalten und damit auch am Point-of-Sale zu bezahlen. Dazu wird allerdings nicht, wie bei M-Pesa, auf das Mobilfunknetz zurückgegriffen, sondern die Bezahlung wird über das Internet bzw. eine Smartphone-App und zusätzlich über die Bankeninfrastruktur realisiert. Das Ziel mobiler Banken ist es in erster Linie, das Banking für Nutzer:innen so bequem wie möglich und zugleich sicher zu gestalten. Da sie keine (eigenen) Filialen besitzen, handelt es sich bei mobilen Banken um sogenannte „Direktbanken", die zwar über eine eigene Banklizenz verfügen, für alle Dienstleistungen, die über die basale Kontoführung hinausgehen – etwa Versicherungen oder Bausparverträge –, aber mit anderen Banken kooperieren (müssen). Der Transaktionsprozess unterscheidet sich zudem nicht prinzipiell von traditionellen Banken.

B2B-Banken konzentrieren sich demgegenüber auf das Banking für Business-Kund:innen, das sie ebenfalls einfacher gestalten möchten. Ihre Zielgruppe sind vor allem Fintech-Unternehmen, die Zahlungs- oder Investmentprodukte anbieten, aber selbst nicht über eine eigene Banklizenz verfügen. Da die Erlangung von Banklizenzen sehr schwierig und mit hohen regulatorischen Anforderungen verbunden ist, bieten B2B-Banken wie die Solarisbank – oder früher auch Wirecard – ein „banking as a service" an, indem sie technische Ressourcen und die Banklizenz für Kunden wie ‚Tomorrow' oder den Online-Broker ‚Trade Republic' zur Verfügung stellen. Im Gegensatz zu traditionellen Banken gestalten sie den Zugang zu ihrer Bankinfrastruktur so einfach wie möglich, weshalb sie auch als „API-Banken" bezeichnet werden.[26]

---

25 Wahlers, Die rechtliche und ökonomische Struktur von Zahlungssystemen inner- und außerhalb des Bankensystems, 2013, S. 163.

26 Dorfleitner/Hornuf, FinTech und Datenschutz. Eine empirische Untersuchung mit Empfehlungen für Politik und Praxis, 2019, S. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Tabelle 2: Typologie neuerer Zahlungsintermediäre

Typ	Mobile Zahlungssysteme	Digitale Banken		Digitale Bezahldienste		
		Mobile Banken	B2B-Banken	P2P	P2B	Plattformintegrierte Zahlungsdienste
Beispiele	M-Pesa	N 26	Solarisbank (Wirecard Bank)	PayPal, WePay	PayPal, Klarna	Apple Pay, Google Pay, Ali Pay
Transaktionsleistungen	Ermöglichung von bargeldlosem Geldtransfer (P2P) abseits von Banken	Ermöglichung von Überweisungen, Transaktionen	vereinfachte Schnittstelle für andere Fintech	einfache, kostenlose Überweisung an Privatpersonen ohne Bankdaten	einfache internationale Überweisung ohne Bankdaten, Aufschieben der Zahlung	sichere Identifikationsmöglichkeiten durch Hard- und Software, einfache Bezahlung
Benötigte Infrastrukturen	national: eigene international: PayPal, Western Union	national: eigene international: Zahlungssysteme, Kreditkarten		Kreditkarten, Banken, B2B-Banken		
Geschäftsmodell	Transaktionsgebühren von Sender und Empfänger	Händlergebühr/ Überweisungsgebühr	„banking as a service“	national: Gebührenfrei international: Transaktionsgebühren von Sender	Händlergebühren	Händlergebühr Versäumnisgebühren

Die wohl bekanntesten neuen Zahlungsintermediäre sind *digitale Bezahldienste*. Darunter fallen verschiedene Anbieter, die Zahlungen und Transaktionen mithilfe digitaler Infrastrukturen ermöglichen oder erleichtern, ohne selbst über eine Banklizenz zu verfügen. In den letzten Jahren nahmen solche Anbieter weltweit rasant zu, weshalb es hier eine große Vielfalt an verschiedenen Leistungsprofilen und Geschäftsmodellen gibt. Grob unterscheiden lassen sich dennoch drei Subtypen: Person-to-Person, kurz P2P-Bezahldienste; Person-to-Business, kurz P2B-Bezahldienste, und plattformintegrierte Bezahldienste.

P2P-Bezahldienste sind darauf spezialisiert, Überweisungen zwischen Privatpersonen zu vereinfachen. So bietet etwa PayPal Geldtransfers an „Freunde[n] auf der ganzen Welt“[27] in Echtzeit, kostenlos und nur unter

27 PayPal mobile App, PayPal.com, https://www.paypal.com/de/webapps/mpp/mobile-apps.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Einsatz der E-Mail-Adresse der Empfänger:in an. Vor allem für kleine Geldbeträge oder für private Überweisungen ins Ausland eignen sich solche Dienste gut. Anbieter wie WePay oder Venmo bieten darüber hinaus die Möglichkeit der Schwarmfinanzierung („Crowdfunding") für Privatpersonen an. Die Zahlungen werden bei der Nutzung dieser Bezahldienste allerdings nur vordergründig von diesen Diensten selbst durchgeführt. Stattdessen sind die E-Mail-Adressen, mit denen die Nutzer:innen bei diesen Diensten angemeldet sind, mit dem eigenen Bankkonto und/oder einer Kreditkarte verbunden. Obwohl PayPal über eine Banklizenz in Luxemburg verfügt, ersetzt diese doch nicht die Notwendigkeit einer Anbindung der Nutzer:innen an die klassische Infrastruktur der Banken.

P2B-Zahlungsdienste haben sich demgegenüber auf Zahlungen zwischen Händler:innen und Käufer:innen spezialisiert. Der Geldtransfer verläuft dabei analog zu den P2P-Zahlungsdiensten über Banken und Kreditkarten. Neben einer einfachen und schnellen Bezahlung bieten P2B-Dienste wie Klarna zudem die Möglichkeit, Abbuchungen für Einkäufe zeitversetzt vorzunehmen oder in Raten zu bezahlen. Auch PayPal, das sowohl P2P- als auch P2B-Zahlungen ermöglicht, bietet ähnliche Optionen an. Das Geschäftsmodell solcher Zahlungsdienste basiert hauptsächlich auf Händlergebühren, während die Bezahlung für Käufer:innen kostenlos ist.

Trotz staatlicher Bemühungen, Big-Tech-Unternehmen möglichst aus dem Finanzbereich herauszuhalten,[28] steigt die Nutzung *plattformintegrierter Zahlungsdienste* wie Google Pay und Apple Pay zusehends.[29] Plattformen integrieren Bezahl- und Transaktionsservices dabei in ihre Infrastruktur und bieten so ihren Kunden bequeme und sichere Transaktionen an – etwa durch die bestehende Identifikationsmöglichkeit mittels Fingerabdrucks oder Face-ID. So ist auf den Smartphones von Apple die „Wallet"-App bereits vorinstalliert. Die Nutzer:innen müssen also nur einmalig ihre Kredit- oder Debitkarte mit dieser App verbinden, um künftig sowohl online als auch am Point-of-Sale bezahlen zu können. Es handelt sich hier also vor allem um P2B-Zahlungsdienste, bei denen die Händler für die Kosten aufkommen. Die Motivation großer Plattformen, ins Zahlungsgeschäft einzusteigen, ist der Zugriff auf die wertvollen Transaktionsda-

28 16th Congress 2019, https://www.congress.gov/116/bills/hr4813/BILLS-116hr4813ih.pdf.

29 So geht es aus der Statistik von Statista aus dem Jahr 2020 hervor: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1166076/umfrage/mobilen-bezahlen-nutzung-nach-anbieter/.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ten und die Intensivierung der bereits vorherrschenden Lock-in-Effekte.[30] Auch wenn diese Dienste in Europa und USA noch nicht so verbreitet sind wie Ali Pay in China, so ist der Einstieg großer Plattformen mit Blick auf Regulierungsmacht kritisch zu betrachten.

III. Regulierungsbeziehungen und Entscheidungsmacht im Zahlungsverkehr

Wie die vorgestellte Typologie veranschaulicht hat, liegt der Großteil der Bezahlinfrastruktur in den Händen privater Zahlungsintermediäre – und damit auch ein Großteil der Entscheidungsmacht, wer welche Transaktionen zu welchen Bedingungen durchführen kann. Diese Machtposition ist jedoch – wie auch bei anderen (digitalen) Plattformen – in gesellschaftliche, politische und ökonomische Kontexte eingebettet. So sind die Entscheidungen bezüglich der Durchführung von Transaktionen auch von national- und suprastaatlicher Regulierung, von darüber hinaus gehenden Abkommen der Zahlungsintermediäre mit staatlichen Stellen und anderen Organisationen – darunter vor allem auch anderen Zahlungsintermediären – abhängig. Daneben lassen sich Entscheidungen über Transaktionen auch auf ökonomische und kulturelle Faktoren, wie die Geschäftsmodelle und Reputation der Zahlungsintermediäre, zurückführen.

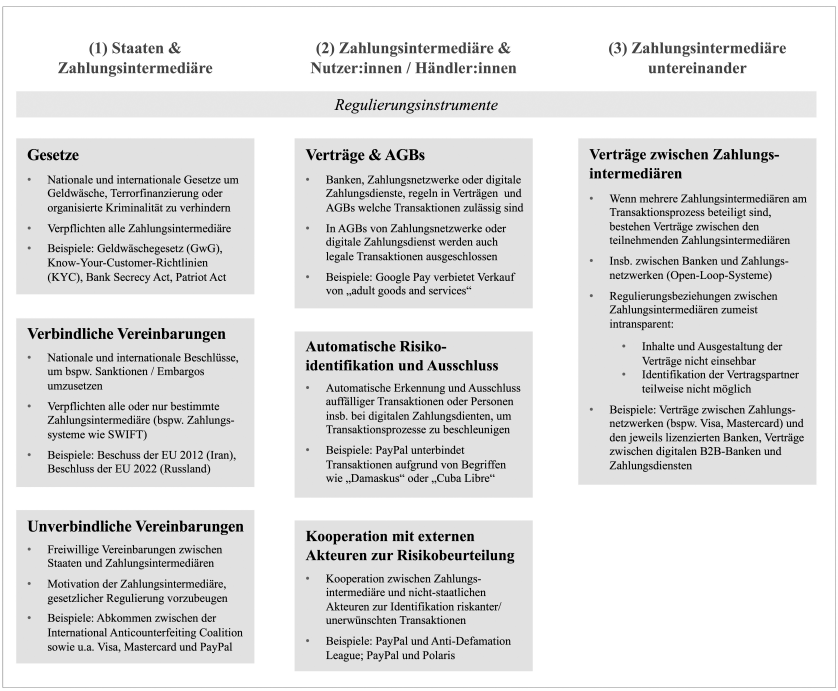
Diese verschiedenen Regulierungsbeziehungen von Zahlungsintermediären und die damit verbundenen Entscheidungsmechanismen werden in diesem Kapitel anhand paradigmatischer Beispiele veranschaulicht und diskutiert. In Anlehnung an die im zweiten Kapitel erarbeitete Typologie werden dabei sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede zwischen den verschiedenen Typen von Zahlungsintermediären aufgezeigt. Das Kapitel strukturiert sich dazu anhand drei relevanter Formen von Regulierungsbeziehungen, die sich in der Literatur identifizieren lassen. Unterschiede existieren hier in den Regulierungsbeziehungen zwischen (1) Zahlungsintermediären und Staaten; (2) Zahlungsintermediären und Nutzer:innen sowie Händler:innen; und (3) verschiedenen Zahlungsintermediären. Auf diese Weise können anhand des Fallbeispiels der Zahlungsintermediäre die regulativen Spielräume privater Entscheidungsstrukturen – verstanden als Zusammenspiel von Entscheidungsmacht, regulatorischer

30 Westermeier, Money is data – the platformization of financial transactions, Information, Communication & Society 2020, 23(14), 2047; Brandl/Dieterich, The exclusive nature of global payments infrastructures: the significance of major banks and the role of tech-driven companies, Review of International Political Economy 2021, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Abhängigkeit und wirtschaftlichen Interdependenzen – im Detail veranschaulicht werden. Einen zusammenfassenden Überblick über die Regulierungsbeziehungen und Regulierungsinstrumente der Akteure liefert Abbildung 1.

Abbildung 1: Regulierungsbeziehungen und -instrumente im Zahlungsverkehr



1. *Staatliche Regulierungen und Vereinbarungen*

Ähnlich wie Kommunikationsplattformen sind Zahlungsintermediäre sowohl „political actors that make important political decisions“[31] als auch Subjekte staatlicher Regulierung.[32] Die Beziehung zwischen Staaten und

31 Gorwa, What is platform governance?, Information, Communication & Society 2019, 22(6), 854 (857).
32 Gorwa, What is platform governance?, Information, Communication & Society 2019, 22(6), 854 (857).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Zahlungsintermediären ist dabei ambivalent: Zum einen befürchten Gesetzgeber und Sicherheitsbehörden eine Schwächung der Rechtsdurchsetzung durch die zunehmende Digitalisierung und Globalisierung von Transaktionen; zum anderen erkennen sie die „tremendous power"[33] von Zahlungsintermediären und damit auch ihr Potential als Instrumente der Rechtsdurchsetzung. Staatliche Behörden versuchen daher auf zwei Arten, Zahlungsintermediäre zu regulieren und dabei auch Einfluss auf ihre Entscheidungsmacht zu nehmen. Zum einen werden durch *Gesetze und bindende Vereinbarungen* Regeln für Transaktionsprozesse festgelegt, etwa, indem Zahlungsintermediäre dazu verpflichtet werden, illegale Transaktionen zu identifizieren und zu unterbinden. Zum anderen treffen staatliche Organisationen *unverbindliche Vereinbarungen* mit Zahlungsintermediären, um etwa nationale Regelungen – wie das Urheberrecht oder Glücksspielgesetze – auch im internationalen Zahlungsverkehr durchzusetzen. Umgekehrt gehen Zahlungsintermediäre laut Tusikov[34] auf solche ‚Deals' ein, um eine rechtliche und damit bindende Regulierung in anderen Bereichen zu umgehen.

a) Gesetze und bindende Vereinbarungen

Auch wenn es sich bei Banken, Kreditkarten oder anderen Zahlungsdiensten nur um Intermediäre von Transaktionen handelt, wird ihre Haftung von staatlichen Behörden strenger als bei anderen Plattformen bemessen. So wird ihnen unterstellt, durch ihre zentrale Rolle beim Zahlungsverkehr unmittelbar an den Transfers von ‚dirty money' beteiligt zu sein und von illegalen Transaktionen monetär zu profitieren.[35]

Einer der ersten Regulierungsversuche von Transaktionen war der ‚Bank Secrecy Act' aus dem Jahr 1970 in den USA, der Banken dazu verpflichtete, sämtliche Transaktionen und Einzahlungen über 10.000 Dollar zu vermerken und die Daten für sechs Jahre zu speichern, damit Behörden im Falle einer Ermittlung darauf zugreifen konnten.[36] Ziel des BSA war es, organisierte Kriminalität und Geldwäsche mithilfe von Transaktionsdaten zu identifizieren und zu bekämpfen. Dies stellte einen großen Eingriff in das Bankgeheimnis und das Geschäftsmodell der Banken dar, sodass

33 Swartz, New Money, 2020, S. 80.
34 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017.
35 Bridy, Internet Payment Blockades, Florida Law Review, 67(5), 1523.
36 Amicelle, When finance met security: Back to the War on Drugs and the problem of dirty money, Finance and Society 2017, 3(2), 106 (111).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der BSA später auf die Ermittlung von Drogenhandel und Geldwäsche begrenzt wurde und andere Vergehen wie Steuerhinterziehungen aus dem Regulierungsbereich herausfielen.[37] Später kamen in den USA und in der EU weitere Regulierungen hinzu, die Zahlungsintermediäre dazu verpflichteten, Geldwäsche und Betrug vorzubeugen. Dazu zählen etwa die Kundenlegitimierung durch die „Know Your Customer"-Richtlinien oder das deutsche Geldwäschegesetz (GwG) aus dem Jahr 1993. Diese gelten allerdings nicht nur für Banken, sondern für alle Finanzdienstleister, die an Transaktionen beteiligt sind.

Nach dem 11. September 2001 traten Zahlungsintermediäre im Zuge des Patriot Acts erneut in den Fokus US-amerikanischer Behörden. Das Sammeln von internationalen Transaktionsdaten wurde als wichtige Quelle betrachtet, um Terrornetzwerke zu identifizieren und deren Finanzierung zu stoppen.[38] Aus diesem Grund wurden Unternehmen gesetzlich dazu verpflichtet, den US-Geheimdiensten Zugriff auf ihre Server zu gewähren, was sich nicht nur auf die Big-Tech-Unternehmen beschränkte, sondern sich auch an die großen Zahlungsintermediäre richtete, die ebenfalls zu einem Großteil in den USA ansässig sind.

Die Dimensionen und Konsequenzen der Regulierungsbeziehungen zwischen Staaten und Zahlungsintermediären werden am Beispiel des Iran-Embargos durch das Zahlungssystem SWIFT deutlich. So verbot der Rat der Europäischen Union im Jahr 2012 jegliche Transaktionen zwischen europäischen und iranischen Banken, „[u]m den Transfer finanzieller oder anderer Vermögenswerte oder Ressourcen zu verhindern, die zu den proliferationsrelevanten nuklearen Tätigkeiten Irans oder zur Entwicklung von Trägersystemen für Kernwaffen beitragen könnten".[39] Daraufhin reagierte SWIFT – als Zahlungssystem in der EU – mit der Einstellung „seine[r] Kommunikations-Services für iranische Banken".[40] Da SWIFT, wie in Kapitel 2.1 beschrieben, die Kommunikationsinfrastruktur für internationale Transaktionen zwischen Banken im Allgemeinen bereitstellt,

37 Amicelle, When finance met security: Back to the War on Drugs and the problem of dirty money, Finance and Society 2017, 3(2), 106 (111).

38 Amoore/de Goede, Transactions after 9/11: the banal face of the preemptive strike, Transactions of the Institute of British Geographers 2008, 33(2), 173 (176); Westermeier, Money is data – the platformization of financial transactions. Information, Communication & Society 2020, 23(14), 2047.

39 Erklärung des Rats der Europäischen Union, 2012, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:282:0058:0069:DE:PDF.

40 Pressemitteilung von SWIFT, 2012, https://www.swift.com/insights/press-releases/swift-instructed-to-disconnect-sanctioned-iranian-banks-following-eu-council-decision#1.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wurde auf diese Weise *jeglicher* Geldtransfer über Banken – das heißt auch über Kreditkarten oder andere Zahlungsdienste, die die Infrastruktur von Banken nutzen – in den Iran blockiert. Ausländische Unternehmen konnten deshalb Geld nur noch per Kurier an ihre Geschäftspartner:innen im Iran verschicken.[41] Der Ausschluss dauerte bis 2016 an. Der durch diese Sanktionen verursachte Verlust für die iranische Wirtschaft wird auf 60,4 Milliarden Dollar pro Jahr geschätzt.[42] Auch wenn es sich bei solchen Sanktionen um staatliche Sicherheitsmaßnahmen handelt, so setzen die damit verbundenen Verbote für SWIFT eine staatliche Regulierung voraus, die diese Sanktionen überhaupt erst möglich macht.

Im Jahr 2018 wurde ein Großteil der iranischen Banken erneut durch die SWIFT ausgeschlossen, diesmal aufgrund von Sanktionen seitens der USA. Obwohl es keine gesetzliche Grundlage für diesen Ausschluss gab, ging SWIFT auf die Forderungen der USA ein. Seither ist der Geldtransfer in den Iran erneut blockiert, wobei diesmal auch Money Transfer Operators wie Western Union und MoneyGram, die beide ihren Sitz in den USA haben, Transaktionen in den Iran ausschließen.[43] Die Reputation von SWIFT als neutraler Intermediär ist seit diesen Vorkommnissen stark beschädigt, da es vor allem zugunsten der „world's most powerful financial and political players"[44] zu agieren scheint. Nach dem russischen Angriff auf die Ukraine im Februar 2022 war Russland als bislang zweites Land von einem SWIFT-Ausschluss betroffen.[45] Im Vergleich zu den Sanktionen gegen den Iran richtet sich der Ausschluss allerdings nicht gegen das gesamte Bankensystem des Landes, sondern nur gegen einen Teil der Banken sowie ausgewählte Konten.[46]

---

41 Lohmann, Minenfelder der US-Außenwirtschaftspolitik: unilaterale Finanzsanktionen im Dienst nationaler Sicherheit, SWP-Aktuell, 71/2014, https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-411537.

42 Epstein, The Political Economy of International Finance in an Age of Inequality. Soft Currencies, Hard Landings/Majd, 2018, S. 189.

43 So geht es aus dem Annual Report 2020 von *Moneygram* und *Western Union* Notice of 2021 Annual Meeting of Stockholders, Proxy Statement and 2020 Annual Report hervor.

44 Dörry/Robinson/Derudder, There is no Alternative. SWIFT as Infrastructure Intermediary in Global Financial Markets, Financial Geography Working Paper #2 2018, S 2.

45 Kaufmann, „Russland vor Staatspleite – Jetzt nutzt dem Kreml nicht mal mehr Geld.", Frankfurter Rundschau 2022, https://www.fr.de/wirtschaft/russland-staatspleite-moskau-sanktionen-kreml-ukraine-krieg-russen-staat-91484996.html.

46 Kaufmann, „Russland vor Staatspleite – Jetzt nutzt dem Kreml nicht mal mehr Geld.", Frankfurter Rundschau 2022, https://www.fr.de/wirtschaft/russland-staatspleite-moskau-sanktionen-kreml-ukraine-krieg-russen-staat-91484996.html.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die tatsächliche Wirksamkeit und das Ausmaß eines SWIFT-Ausschluss von Banken als geopolitisches Druckmittel ist umstritten. So behauptet etwa Nölke, dass der Ausschluss der iranischen Banken nur für einen vergleichsweise kleinen Teil der Verluste der iranischen Wirtschaft verantwortlich war.[47] Ein viel machtvolleres Instrument seien die zuvor eingeführten US-Sanktionen gegen alle Banken gewesen, die mit dem Iran zusammenarbeiten. Demnach riskierten auch Banken außerhalb der USA, die mit US-Unternehmen zusammenarbeiten, hohe Strafen, wenn sie weiterhin Transaktionen mit iranischen Unternehmen oder Banken durchführten.[48] Auch im Fall von Russland ist unklar, wie effektiv der SWIFT-Ausschluss im Vergleich zu anderen Sanktionen ist. So wurden etwa durch einen Beschluss des US-Finanzministeriums alle Transaktionen von US-Banken mit russischen Konten verboten.[49] Zudem haben Zahlungsnetzwerke wie Visa und MasterCard den Zahlungsverkehr mit einigen großen Finanzdienstleistern aus Russland eingestellt.[50] Inwieweit die Auswirkungen eines SWIFT-Ausschlusses über die Konsequenzen solcher Maßnahmen hinaus gehen, ist durchaus fraglich.

Dass neben SWIFT auch andere Zahlungsintermediäre von Staaten als geopolitische Instrumente eingesetzt werden, lässt sich schließlich auch am Beispiel des Kuba-Embargos beobachten, bei dem PayPal, Western Union und MoneyGram als Reaktion auf staatliche Vorgaben[51] Transaktionen mit dem Inselstaat unterbinden.

b) Unverbindliche Vereinbarungen

Eine eher reziproke Form von Regulierungsbeziehungen zwischen Staaten und Zahlungsintermediären, von denen beide Parteien profitieren, sind unverbindliche „Handshake"-Vereinbarungen.[52] Staaten können so

47 Nölke, Geoeconomic infrastructures: Building Chinese-Russian alternatives to SWIFT, 2022, S. 9 (i. E.).
48 Nölke, Geoeconomic infrastructures: Building Chinese-Russian alternatives to SWIFT, 2022, S. 9. (i.E.).
49 Kaufmann, „Russland vor Staatspleite – Jetzt nutzt dem Kreml nicht mal mehr Geld.", Frankfurter Rundschau 2022, https://www.fr.de/wirtschaft/russland-staatspleite-moskau-sanktionen-kreml-ukraine-krieg-russen-staat-91484996.html.
50 „Russische Finanzinstitute ausgesperrt", Tagesschau.de 2022, https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/mastercard-visa-russland-101.html.
51 Siehe Annual Report 2020 von *Moneygram* und *Western Union* Notice of 2021 Annual Meeting of Stockholders, Proxy Statement and 2020 Annual Report.
52 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

mithilfe von Zahlungsintermediären auch solche Bereiche regulieren, die entweder (noch) nicht gesetzlich reguliert sind oder außerhalb des eigenen Wirkungsbereiches liegen. Auf der anderen Seite versprechen sich Zahlungsintermediäre von solchen Vereinbarungen mit Staaten, gesetzliche – und damit ggf. strengere – Regulierungen umgehen zu können.[53]

Solche freiwilligen Vereinbarungen, die „without a court order"[54] getroffen werden, lassen sich überwiegend im Bereich von Urheberrechtsverletzungen und illegalem Glücksspiel beobachten.[55] So überzeugte zum Beispiel der New Yorker Staatsanwalt Eliot Spitzer 1999 unter anderem die Citibank und PayPal davon, Transaktionen zu unterbinden, die im Zusammenhang mit Glücksspiel stehen.[56] Der Staatsanwalt von Florida schloss hingegen 1997 mit Western Union ein „Agreement of Voluntary Cooperation"[57] ab, in dem diese sich dazu verpflichteten, keine Transaktionen mehr an und vom illegalen Glücksspielanbieter Cheyenne zuzulassen. Ein weiteres Beispiel ist schließlich das 2011 beschlossene „best practice agreement"[58] zwischen den Zahlungsintermediären American Express, MasterCard, Visa, PayPal und PULSE[59] sowie weiteren US-amerikanischen Markenunternehmen. Dieses Agreement basiert auf einem Abkommen zwischen den Zahlungsintermediären mit der International AntiCounterfeiting Coalition und sieht vor, dass Zahlungen für gefälschte Produkte unterbunden werden.[60] Da Vereinbarungen teilweise geheim oder inoffiziell getroffen werden,[61] ist es schwer nachzuvollziehen, in welchen Fällen Zahlungsintermediäre selbst Entscheidungen über Transaktionen treffen oder diese auf solche Regulierungsbeziehungen zu staatlichen Behörden zurückzuführen sind. Zudem erschwert der informelle Charakter solcher

53 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 93.
54 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 68.
55 Mann/Belzley, The Promise of Internet Intermediary Liability, 2005; Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017.
56 Mann/Belzley, The Promise of Internet Intermediary Liability, 2005.
57 Cheyenne Sales v. Western Union FIN. SERV. INTERN., 8 F. Supp. 2d 469 (E.D. Pa. 1998),
U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/8/469/2576652/.
58 Frosio, The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability/Frosio/Husovec, 2020, S. 1 (5).
59 Dabei handelt es sich um eine US-amerikanische Debitkarte.
60 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 63; Frosio, The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability/Frosio/Husovec, 2020, S. 1 (5).
61 Frosio, The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability/Frosio/Husovec, 2020, S. 1 (5).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Vereinbarungen es Nutzer:innen oder Händler:innen, die ggf. von ihnen betroffen sind, gegen ihre Ausschlüsse juristisch vorzugehen.

2. *Zahlungsintermediäre als Regulierer*

Zahlungsintermediäre treffen allerdings auch abseits ihrer Regulierungsbeziehungen zu staatliche Behörden Entscheidungen darüber, welche Transaktionen über ihre Infrastruktur abgewickelt werden (dürfen) und welche nicht. Sie greifen damit also ebenfalls direkt in die Regulierung des Zahlungsverkehrs von Nutzer:innen und Händler:innen ein. Die Gründe dafür, bestimmte Transaktionen zu unterbinden, sind vielfältig. Einige Zahlungsintermediäre schließen etwa die Bezahlung bestimmter Produkte oder Dienstleistungen aufgrund von hohen Rückbuchungsquoten oder zweifelhafter Reputation aus. Bei neueren Zahlungsdiensten sind davon selbst legale Transaktionen wie der Verkauf von „adult goods and services“[62] oder Zigaretten betroffen.[63] Die Zahlungsnetzwerke Visa und MasterCard sowie einige neuere Zahlungsintermediäre behalten sich sogar vor, Transaktionen und Verträge unabhängig von den AGB-Regelungen „at any time for any reason“[64] abzulehnen oder zu kündigen. Grob lassen sich dabei zwei Trends beobachten, die die Regulierungsmacht von Zahlungsintermediären gegenüber ihren Nutzer:innen verstärkt und teilweise sogar willkürlich erscheinen lässt: (a) die Datafizierung und Automatisierung von Entscheidungsprozessen und (b) die Zusammenarbeit mit externen (nicht-staatlichen) Akteur:innen bei der Identifizierung unerwünschter Transaktionen.

a) Datafizierung und Automatisierung von Entscheidungsprozessen

Insbesondere digitale Zahlungsdienste wie PayPal, deren Transaktionsleistung vor allem darin besteht, den Transaktionsprozess zu vereinfachen und zu beschleunigen, stehen vor der Herausforderung, illegale oder nichtgestattete Transaktionen zu identifizieren, zu prüfen und ggf. zu verhin-

62 Google Payments User Policies, Google.com, https://pay.google.com/intl/en_in/about/policy/.
63 PayPal-Nutzungsrichtlinie 2020, PayPal.com, https://www.paypal.com/de/webapps/mpp/ua/acceptableuse-full.
64 PayPal User Agreement. Restricted Activities and Holds, PayPal.com, https://www.paypal.com/in/webapps/mpp/ua/useragreement-full.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dern, ohne dadurch den Prozess zu verlangsamen. Hinzu kommt, dass die Transaktionsgebühren möglichst klein gehalten werden sollen, um eine größtmögliche Nutzerschaft zu erzielen. Dies hat zur Folge, dass die Kosten für eine Überprüfung der Nutzer:innen bzw. Transaktionen möglichst geringgehalten werden müssen. Um dieses Problem zu lösen, wird auf die automatische Erkennung von auffälligen Transaktionen auf Basis algorithmischer Systeme und Auswertungen unterschiedlicher Nutzer:innen- und Händlerdaten, die über die Transaktionsdaten der Zahlungsintermediäre selbst hinausgehen,[65] zurückgegriffen. Diese algorithmischen Entscheidungen sind in der Regel nicht nachvollziehbar und führen immer wieder dazu, dass weitaus mehr Transaktionen geblockt werden als notwendig. So werden teilweise Transaktionen nur aufgrund bestimmter Begriffe in den Verwendungszwecken gestoppt, darunter etwa „Damaskus“[66] oder „Cuba Libre“[67].

Die regulatorischen Entscheidungen der Zahlungsintermediäre betreffen dabei allerdings nicht nur Transaktionen, die datenbasiert und algorithmisch geprüft und ggf. gestoppt werden, sondern auch Personen, deren Accounts geblockt und deren Konten eingefroren werden. Beispiele dafür lassen sich etwa im Bereich der (legalen) Internetpornographie finden.[68] So wurden Darsteller:innen von Zahlungsdiensten wie PayPal und WePay verbannt und konnten diese Dienste in der Folge nicht mehr für nicht-pornographische Zahlungen, wie das Crowdfunding von Krankenhausrechnungen, benutzen.[69] Da nur wenige große Zahlungsintermediäre die Infrastruktur für Zahlungen im Internet bereitstellen, kann der gänzliche Ausschluss von Personen durch diese Unternehmen weitreichende Folgen haben. Das führt beispielsweise dazu, dass Pornographie-Darsteller:innen, die von Zahlungsdiensten wie PayPal verbannt wurden, keine

65 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 68.

66 Jansen, „PayPal sperrt Konto wegen „Damaskus in der Betreffzeile““, Frankfurter Allgemeine Zeitung 2016: https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/paypal-sperrt-benutzerkonto-wegen-sanktionen-14086321.html.

67 Fanta, „PayPal setzt US-Embargo gegen Kuba weltweit durch, netzpolitik.org 2020“, https://netzpolitik.org/2020/paypal-setzt-us-embargo-gegen-kuba-weltweit-durch/.

68 Swartz, New Money, 2020; Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017; Kitamura/Quigley/Ikematsu/Kosch, Disadvantaged in the American-Dominated Internet: Sex, Work, and Technology/ Barwulor/McDonald/Hargittai/Redmiles, 2021, S. 1.

69 Swartz, New Money, 2020; Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

anderen Möglichkeiten hatten, ihre Inhalte zu monetarisieren und sie daher auf Bargeld oder „electronic gift cards“[70] zurückgreifen mussten.

b) Zusammenarbeit mit externen Akteur:innen

Zur Verbesserung der Identifikation von unerlaubten Transaktionen kooperieren einige Zahlungsintermediäre mit anderen Unternehmen und nicht-staatlichen Akteuren. Den Recherchen der Soziologin und Kriminologin Natasha Tusikov[71] zufolge beauftragt PayPal etwa spezialisierte Dienstleister:innen mit der Überwachung und Auswertung der eigenen Transaktionsdaten. In dem Privacy Statement von PayPal heißt es dazu: „Sometimes we share the personal data we collect with third parties to help us provide services, protect our customers from risk and fraud, market our products, and comply with legal obligations”.[72] Und auch für die Zusammenarbeit mit zivilgesellschaftlichen Organisationen liefert PayPal einige Beispiele: So kooperiert das Unternehmen seit Sommer 2021 mit der Anti-Defamation League (ADL) mit dem Ziel, „to fight extremism and hate through the financial industry“.[73] Bei der ADL handelt es sich um eine US-amerikanische Organisation, die sich gegen Antisemitismus und Diskriminierung einsetzt und PayPal darin unterstützt, Kriterien für extremistische Organisationen zu entwickeln. Daneben kooperiert PayPal bereits seit 2020 mit der gemeinnützigen Organisation ‚Polaris‘, die sich für die Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution einsetzt und PayPal dabei hilft, Menschenhandel aufzudecken.[74] Die Zusammenarbeit von Zahlungsintermediären mit solchen gemeinnützen Organisationen ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, allerdings auch nicht ganz unkritisch. Denn die normative Entscheidung über die Einstufung von

70 Kitamura/Quigley/Ikematsu/Kosch, Disadvantaged in the American-Dominated Internet: Sex, Work, and Technology/ Barwulor/McDonald/Hargittai/Redmiles, 2021, S. 1.

71 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017.

72 PayPal Privacy Statement 2021, https://www.paypal.com/us/webapps/mpp/ua/privacy-full#dataCollect.

73 Pressemitteilung der Anti-Defamation League 2021, https://www.adl.org/news/press-releases/paypal-partners-with-adl-to-fight-extremism-and-protect-marginalized.

74 Goudreau, PayPal agrees to help US NGO Polaris tackle human trafficking, Illicit-trade.com 2020, https://www.illicit-trade.com/2020/01/paypal-agrees-to-flag-suspicious-transactions-to-us-anti-trafficking-ngo-polaris/; Pressemitteilung von Polaris 2020 https://polarisproject.org/press-releases/paypal-polaris-join-forces-to-fight-human-trafficking/.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Organisationen als extremistisch kann weitreichende Konsequenzen für diese Organisationen, deren Mitglieder und andere Nutzer:innen mit sich bringen und sollte deshalb idealerweise eine demokratische Legitimation haben, was bei einer Kooperation privater Unternehmen mit einzelnen US-amerikanischen Organisationen jedoch nicht gegeben ist.[75]

3. Regulierung zwischen Zahlungsintermediären

Wie in der Typologie in Kapitel II bereits deutlich wurde, müssen Transaktionen oft mehrere Zahlungsintermediäre passieren, bis sie ihr Ziel erreichen. Auf diese Weise entstehen Regulierungsbeziehungen zwischen den an solchen Transaktionen beteiligten Zahlungsintermediären. Solche Regulierungsbeziehungen bekommen vor allem dann Gewicht, wenn es sich bei einem der Zahlungsintermediäre um ein sogenanntes „Open-Loop-System" handelt, bei dem die Zahlungsintermediäre keine direkten Verträge mit Nutzer:innen und Händler:innen abschließen, sondern mit anderen Finanzdienstleistern. Dies ist etwa der Fall bei Zahlungsnetzwerken wie Visa oder MasterCard, die nur mit den von ihnen lizenzierten Banken Verträge darüber abschließen, welche Transaktionen erlaubt sind. Diese Verträge verpflichten die Banken dazu, verdächtige Fälle zu überprüfen und ggf. zu verhindern. Wenn etwa Visa oder MasterCard selbst verdächtige Transaktionen oder Konten identifizieren, etwa durch Beschwerden von Nutzer:innen, geben sie diese Informationen an die Banken weiter, die die entsprechenden Transaktionen dann prüfen und ggf. unterbinden oder zurückbuchen müssen. Selbst können sie eine solche Prüfung nicht vornehmen und unabhängig von den Banken auch keine Transaktionen stoppen oder zurückbuchen. Kommen die Banken nach ihrer Prüfung zu dem Ergebnis, dass die gemeldeten Transaktionen nicht problematisch

---

75 PayPal: Anti-Money Laundering & Know your Customer, https://publicpolicy.paypal-corp.com/issues/anti-money-laundering-know-your-customer. Einen besonders gelagerten Fall stellt darüber hinaus die Financial Action Task Force (FATF) dar. Dabei handelt es sich um eine internationale, zwischenstaatliche Behörde zur Erarbeitung von Standards zur Bekämpfung u. a. von Geldwäsche und Terrorfinanzierung. Zum einen werden diese Standards von zahlreichen Staaten anerkannt und verbindlich in gesetzliche Bestimmungen überführt. Insofern handelt es sich bei den FATF Standards meist um eine Regulierungsbeziehung zwischen Staaten und Zahlungsintermediäre. Zum anderen geben einige Zahlungsintermediäre darüber hinaus an, sich proaktiv an den Richtlinien des FATF zu orientieren, um riskante Transaktionen in diesen Bereichen zu identifizieren und bewerten zu können.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sind, müssen sie den Zahlungsdienstleistern Beweise vorlegen.[76] Verstoßen sie gegen diese Regeln, drohen ihnen Geldstrafen oder der Verlust ihrer Kreditkarten-Lizenz.

Umgekehrt legen in bestimmen Fällen auch Banken Regeln für andere Zahlungsintermediäre fest. B2B-Banken, wie die Solarisbank, können etwa Regeln aufstellen, an die dann alle Zahlungsdienste gebunden sind, die deren „banking-as-a-service"-Angebot nutzen. Da solche Regulierungsbeziehungen zwischen Zahlungsintermediären auf internen Verträgen beruhen, sind ihre Strukturen und Mechanismen äußerst intransparent und Beispiele schwer zu identifizieren. So bleiben viele Fragen hinsichtlich der Regulierungsbeziehungen von Zahlungsintermediären untereinander offen: Wie sind etwa die vertraglichen Beziehungen zwischen plattformintegrierten Zahlungsdiensten (bspw. Apple Pay, Google Pay) und Banken gestaltet? Kann Apple Pay die Banken dazu verpflichten, bestimmte Transaktionen zu unterbinden? Und wer übernimmt die Risikoidentifikation von Transaktionen bei digitalen bzw. mobilen Banken, die die Dienste von B2B-Banken nutzen? Ohne verlässliche Auskünfte über oder gar Einblicke in die zugrundeliegenden Verträge zwischen Zahlungsintermediären lässt sich über solche Verantwortlichkeiten (und die damit einhergehende Regulierungsmacht) nur spekulieren.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Das Ziel dieses Beitrags war eine Betrachtung privater Zahlungsintermediäre mit einem Fokus auf deren Regulierungsmacht und -beziehungen. Zunächst konnte anhand einer Typologie traditioneller und neuerer Zahlungsintermediäre gezeigt werden, dass im Bereich des bargeldlosen Bezahlens keine Disruption, sondern vielmehr eine Diversifizierung von Zahlungsintermediären stattgefunden hat, die sich hinsichtlich ihrer Kernleistungen für den Transaktionsverkehr und ihrer Geschäftsmodelle unterscheiden. Deutlich wurde zudem, dass an einzelnen Transaktionen gleich mehrere Zahlungsintermediäre beteiligt sind, was den Transaktionsvorgang komplexer macht, zugleich aber auch die Durchführung von Transaktionen für die Nutzer:innen vereinfacht. Auf die Frage nach den Regulierungsbeziehungen und der damit verbundenen Regulierungsmacht konnten vor allem drei Beziehungsformen identifiziert werden: Erstens bestehen trotz der Internationalisierung von Geldtransaktionen starke Re-

76 Tusikov, Chokepoints: Global private regulation on the internet, 2017, S. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gulierungsbeziehungen zwischen einzelnen Staaten und Zahlungsintermediären. Vornehmlich US-amerikanische und europäische Behörden können durch Gesetze, aber auch durch eher unverbindliche und inoffizielle Kooperationen Zahlungsintermediäre als Instrument für Rechtsdurchsetzung und geopolitische Sanktionen nutzen. Zweitens gehen Zahlungsintermediäre aber auch über staatliche Regeln hinaus vor, welche Transaktionen sie zulassen und welche nicht – und regulieren damit auch selbst den Zugang für Nutzer:innen und Händler:innen. Schließlich regulieren sich Zahlungsintermediäre gegenseitig, etwa wenn ein Zahlungsintermediär für die Abwicklung einer Transaktion auf die Infrastruktur eines anderen Zahlungsintermediärs – zumeist sind dies Banken – angewiesen ist.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse stellt sich die Frage, welche sozialen Konsequenzen aus den Regulierungsbeziehungen der Zahlungsintermediäre und ihrer Entscheidungsmacht abgeleitet werden können – und wie sie sich theoretisieren lassen. Einen möglichen Ansatz für einen Ausblick auf diese Entwicklungen im Bereich der bargeldlosen Transaktionen bietet etwa die soziologische Theorie sozialer Öffnung und Schließung. Sie geht auf den Soziologen Max Weber zurück, der unter „Öffnung" die „Teilnahme [...] an gegenseitigem sozialem Handeln"[77] und unter „Schließung" den Ausschluss oder die Beschränkung einer solchen Teilnahme versteht. In Weiterentwicklung dieser Theorie wurde nicht nur auf die konflikthafte Beziehung zwischen sozialer Öffnung und Schließung eingegangen, sondern auch eine Wechselwirkung im Sinne einer dialektischen Beziehung beobachtet. Demzufolge führen soziale Öffnungen in der Regel zu (neuen) sozialen Schließungen. Solche Mechanismen wurden bereits im Zusammenhang mit Demokratie-[78], Globalisierungs-[79] und Entgrenzungsentwicklungen[80] beobachtet.

Im Bereich bargeldloser Geldtransaktionen trifft man häufig – sowohl in der Selbstdarstellung der Zahlungsintermediäre[81] als auch in der wissenschaftlichen Literatur[82] – auf das Narrativ einer zunehmenden Demokrati-

77 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Auflage 1972, S. 23.

78 Lessenich, Grenzen der Demokratie. Teilhabe als Verteilungsproblem, 2019.

79 Bauman, On Glocalization: or Globalization for some, Localization for some Others, 1998, 54(1), 37.

80 Mau, Sortiermaschinen. Die Neuerfindung der Grenze im 21. Jahrhundert, 2021.

81 PayPal gibt auf seiner Webseite an, sich „für die Demokratisierung von Finanzdienstleistungen" einzusetzen, https://www.paypal.com/de/webapps/mpp/about.

82 Müller/Graumann/Weiß, Innovationen für eine digitale Wirtschaft. Wie Unternehmen den Wandel meistern/Wenger, 2020, S. 173.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sierung und Inklusion. Doch bei einer näheren Betrachtung der Regulierungsbeziehungen und -macht von Zahlungsintermediären lässt sich auch hier ein dialektisches Zusammenspiel von sozialer Öffnung und Schließung erkennen: Während für manche Menschen das Bezahlen und Überweisen von Geld schneller, günstiger und auch globaler wird, wird der Zugang zu eben dieser Zahlungsinfrastruktur für andere Gruppen erschwert oder sogar verwehrt. Diese beiden Entwicklungen verlaufen dabei nicht parallel, sondern sie scheinen sich vielmehr zu bedingen. Ein Beispiel: Über Kreditkarten und digitale Zahlungsdienste können Transaktionen schnell und sogar in Echtzeit übermittelt werden, was neue Formen des Handelns und der Kommunikation zwischen Privatpersonen ermöglicht. Auf der anderen Seite werden potenziell riskante Produkte, Dienstleistungen, Länder oder Personen einfach komplett von der Infrastruktur ausgeschlossen, weil die neue Schnelligkeit keine genaue umfangreiche Prüfung der einzelnen Transaktionen mehr zulässt. Im Zuge des sogenannten „De-risking" schränken Finanzinstitute etwa ihre Geschäftsbeziehungen mit „clients or categories of clients"[83] ein (oder beenden sie sogar ganz), um riskante Transaktionen – etwa wegen des Verdachts auf Terrorfinanzierung oder Geldwäsche – zu verhindern. Dabei kommt es nicht nur zum Ausschluss einzelner Personen oder Personengruppen, sondern teilweise auch zur Exklusion ganzer Länder. Die praktische Umsetzung der einzelnen Finanzinstitute ist zudem häufig intransparent, sodass manche Geschäftsbeziehungen auch „auf der Grundlage von Gewinnerwägungen" beendet werden.[84]

Auch hinsichtlich der Kosten kann von einer sozialen Öffnung gesprochen werden: So können Nutzer:innen die Zahlungen oder Transaktionen in der Regel *kostenlos* vornehmen. Doch die anfallenden Kosten für Transaktionen werden durch Händlergebühren finanziert. Da digitale Zahlungsdienste verhältnismäßig hohe Gebühren[85] berechnen, ist die Nutzung der

83 Council of Europe, De-Risking, https://www.coe.int/en/web/moneyval/implementation/de-risking.

84 Financial Action Task Force, Guidance on Correspondent Banking Services, 2016, S. 4, www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/correspondent-banking-services.html.

85 Bspw. berechnen die Zahlungsdienste PayPal und Klarna neben einer prozentualen Gebühr auch Festgebühren von ab 25 Cent pro Transaktion. Bei niedrigpreisigen Produkten fallen daher verhältnismäßig hohe Gebühren an. Klarna, https://www.klarna.com/sofort/business/haendler-support/welche-kosten-fallen-fuer-die-nutzung-der-dienste-der-sofort-gmbh-an/; PayPal: https://www.paypal.com/de/webapps/mpp/merchant-fees#fixed-fees-commercialtrans.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Infrastruktur deshalb vor allem für kleinere Unternehmen nur einschränkt oder gar nicht möglich.

Ein besonders starker Zusammenhang von sozialer Öffnung und Schließung lässt sich schließlich bei der *Mobilität* von Transaktionen beobachten. Traditionelle und neuere Zahlungsintermediäre bieten mittlerweile weltweit sichere und meist unkomplizierte Transaktionen an und tragen damit erheblich zu einer globalen Inklusion des Zahlungsverkehrs bei. Dies wird jedoch vor allem durch eine Zentralisierung der Infrastruktur auf Zahlungssysteme wie SWIFT und mächtige Zahlungsintermediäre wie Visa, MasterCard oder PayPal realisiert. Eben diese Zentralisierung kann dann allerdings von europäischen und US-amerikanischen Behörden für die eigenen geopolitischen Interessen instrumentalisiert werden, etwa, indem Länder wie der Iran aus Gründen der politischen Sanktionierung gänzlich vom globalen Zahlungsverkehr ausgeschlossen werden. Für weitere Forschungen zu Zahlungsintermediären dürfte es sich lohnen, diesen und weiteren Beispielen für das dialektische Zusammenspiel aus sozialer Öffnung und Schließung systematisch nachzugehen.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Unterliegen automatisierte Entscheidungen im Privatbereich anderen Legitimitätsanforderungen als solche durch Menschen?

Bettina Bacher[*]

I. Einleitung

Entscheidungen können anstrengend und zeitraubend sein. Unabhängig von ihrer Bedeutung sind sie Weichenstellungen, die eine Verbindung zwischen Gegenwart und Zukunft herstellen: In Entscheidungssituationen stehen verschiedene Möglichkeiten offen und es ist nötig, sich auf einen bestimmten Weg festzulegen und andere Ergebnisse auszuschliessen. Dies geschieht in einer Situation der Ungewissheit, weil jede Entscheidung auf Prognosen und Vorstellungen über die Zukunft aufbaut, deren Wahrheitsgehalt sich erst zeigen wird. Es ist daher nicht überraschend, dass Entscheidungsprozesse automatisiert werden, um sie zu beschleunigen, Ergebnisse zu optimieren oder dafür benötigtes Personal einzusparen. Dies reicht von der Automatisierung des Vertragsschlusses (z. B. Abschluss eines Kontos bei einer Online-Bank), der Selektion möglicher Vertragspartner (z. B. bei der Auswahl von Bewerbern auf eine Stelle) bis zur Anpassung der Vertragskonditionen (z. B. bei personalisierten Preisen).[1]

Dies geschieht vor dem Hintergrund einer allgemeinen Tendenz, dass private Unternehmen an Macht und Einfluss gewinnen, während die staatlichen Handlungs- und Steuerungsmöglichkeiten eher abzunehmen scheinen. Darüber können auch die staatlichen Eingriffe während der Pandemie nicht hinwegtäuschen, sind doch etwa die zahlreichen Plattformen, die das Rückgrat für die Verlagerung des Lebens in den digitalen Raum bilden, praktisch vollständig in privater Hand. Weitgehend unverändert bleiben indes die rechtlichen Rahmenbedingungen, wonach die Privatau-

* Diese Publikation entstand im Rahmen des ERDF/ESF-Projekts CyberSecurity, CyberCrime and Critical Information Infrastructures Center of Excellence (C4e; CZ.02.1.01/0.0./0.0./16_019/0000822).

1 Für Anwendungsbeispiele AlgorithmWatch, Automating Society, 2019. Zu AEE gegenüber einem Algorithmus Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers, Harvard Journal of Law & Technology 2017, 30(2), 309 (310 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tonomie sowohl für das Verhältnis von Staat und Privaten als auch von Privaten untereinander die zentrale Leitlinie bildet. Die Automatisierung von Entscheidungen erscheint als selbstverständlicher Bestandteil privatautonomer Handlungsmöglichkeiten. Allerdings werden dadurch vormals verborgene Grundlagen, Prozesse und Ergebnisse privater Entscheidungen sichtbar und es stellt sich die Frage, ob die Privatautonomie tatsächlich die Verwendung automatisierter Entscheidungssysteme rechtfertigt, oder ob dafür weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Unklar ist überdies, welche Bedeutung die veränderte Machtposition einzelner Unternehmen hat. Diese Fragen werde ich nachfolgend untersuchen.

II. Entscheidungen durch Technik

Automatisierte Entscheidung im Einzelfall (AEE) beruhen meist auf statistischen Verfahren. Klassischerweise dient Statistik dem besseren Verständnis der Welt, indem Ereignisse in Datenform dargestellt und zueinander in Beziehung gesetzt werden.[2] Mit statistischen Regeln lassen sich aber auch konkrete Probleme lösen, indem auf der Grundlage von Daten aus der Vergangenheit ein Algorithmus entwickelt wird, der Lösungen für künftige Fälle dieses Problems produziert.[3] Heutzutage handelt es sich dabei häufig um Algorithmen[4], die auf Maschinenlernprozessen[5] beruhen. Solche Algorithmen «entscheiden» nicht nach Wenn-Dann-Regeln, sondern bringen auf der Grundlage von Mustern in bestehenden Daten eine Lösung bzw. Prognose hervor.[6]

Art. 22 DSGVO umschreibt AEE als Entscheidung, d. h. einen gestaltenden Akt[7], der auf einer ausschliesslich automatisierten Verarbeitung, insbe-

2 Spiegelhalter, The Art of Statistics, 2019, S. 7, 143.
3 Spiegelhalter, The Art of Statistics, 2019, S. 143 ff.; Kelleher/Tierney, Data Science, 2018, S. 18.
4 Zum Begriff Louridas, Algorithms, 2020, S. 19 ff.
5 Maschinenlernen bedeutet im Wesentlichen, dass ein Algorithmus einen Datensatz analysiert und wiederkehrende Muster in den Daten identifiziert; vgl. Kelleher, Deep Learning, 2019, S. 7; aus juristischer Sicht Lehr/Ohm, Playing with the Data, UC Davis Law Review 2017, 51(2), 653; Zech, 73. Deutscher Juristentag, 2020, A 5 ff., A 18 ff.
6 Mitchell, Artificial Intelligence, 2019, S. 12; Kelleher, Deep Learning, 2019, S. 7.
7 Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 17 ff.; Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG/Taeger, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sondere einem Profiling[8], beruht und gegenüber der betroffenen Person eine rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in anderer Weise erheblich beeinträchtigt.[9] Damit keine «ausschliesslich» automatisierte Verarbeitung vorliegt, muss der Mensch (der «human in the loop», HITL[10]) so in den Entscheidungsprozess eingeschaltet sein, dass er seine inhaltliche Entscheidungsbefugnis tatsächlich ausübt, entsprechend qualifiziert ist, und über die erforderlichen Daten sowie den entsprechenden Entscheidungsspielraum verfügt.[11] Selbst dann ist indes unsicher, ob die Überwachung durch den Menschen tatsächlich ein wirksames Mittel gegen Fehler von AEE-Sys-

8 Profiling wird in Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert. Es geht dabei um den Schluss vom Bekannten auf etwas Unbekanntes, um Aspekte einer Person zu bewerten. Nach Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 22, werden durch die «Verknüpfung, Auswertung und Analyse von Einzeldaten neue Informationen über die betroffene Person generiert [...], die dann zu einer personenbezogenen Prognoseentscheidung führen.»
Das DSG kennt hierzu keine Vorschrift. Das nDSG (BBl 2020 7639; noch nicht in Kraft) enthält komplizierte und mitunter fragwürdige Regeln, deren Diskussion vorliegend keinen Platz hat.

9 Ob es sich bei der Norm um ein Verbot von AEE handelt, und welche Rechte sie der betroffenen Person vermittelt, ist umstritten. Für ein Verbot u. a. Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 16; Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG/Taeger, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 22 ff.; Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung/Helfrich, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 37 ff.; Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG/Buchner, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DSGVO Rn. 12; «zumindest mittelbarer Verbotscharakter» Gola, DS-GVO/Schulz, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 5; kein Verbot Brink/Wolff, Beck OK Datenschutzrecht/v. Lewinski, 40. Ed. 1.5.2022, Art. 22 DSGVO Rn. 2 ff. Zu den Rechten z. B. Wachter/Mittelstadt/Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law 2017, 76; Tosoni, The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22 (1) of the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law 2021, 1.
Art. 21 nDSG enthält eine Informationspflicht sowie das Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts und Überprüfung durch einen Menschen. Art. 21 Abs. 1 nDSG umschreibt AEE wie die DSGVO, erwähnt aber, anders als der Entwurf (BBl 2017 7139), das Profiling nicht mehr, obwohl sich am Anwendungsbereich der Bestimmung nichts ändert (vgl. Votum BR Keller-Sutter AB 2019 S 1241).

10 Dazu Brennan-Marquez/Levy/Susser, Strange Loops, Berkeley Tech. Law Journal 2019, 34(3), 745.

11 Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 27; Brink/Wolff, Beck OK Datenschutzrecht/v. Lewinski, 40. Ed. 1.5.2022, Art. 22 DSGVO Rn. 22 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

temen ist.[12] Der Begriff des «automation bias» beschreibt die menschliche Tendenz, Vorschlägen von automatisierten Entscheidungssystemen eher zu vertrauen als ihnen widersprechenden Informationen, selbst wenn diese zutreffen.[13] Als Folge übersieht der Mensch möglicherweise Fehler, die das System fälschlicherweise nicht anzeigt, oder er befolgt unzutreffende Anweisungen des Systems.[14] Mit Blick auf diese Unsicherheiten verwende ich den Begriff der AEE in einem weiteren Sinn für sämtliche Entscheidungen, bei denen in irgendeiner Form, auch mit HITL, AEE-Systeme beigezogen werden.

Vorliegend beschränke ich mich auf AEE durch Private, die in einem (auch potenziellen) vertraglichen Kontext[15] erfolgen, sodass ihnen regelmässig eine rechtliche Wirkung[16] zukommt. Weiter unterscheide ich dabei zwischen AEE in «klassischen», bereits vor der Digitalisierung denkbaren Vertragsverhältnissen und solchen, die im Rahmen von Nutzerverträgen

12 Dazu Green, The Flaws of Policies Requiring Human Oversight of Government Algorithms, Computer Law & Security Review 2022, 1 (14 ff.).

13 Zum Begriff Bahner, Übersteigertes Vertrauen in Automation, 2008, S. 15 ff. Bei KI ist auch von deep automation bias die Rede; vgl. Strauss, Deep Automation Bias, Big Data and Cognitive Computing 2021, 5, 18.

14 Bahner, Übersteigertes Vertrauen in Automation, 2008, S. 40 f. Das Phänomen tritt u. a. im Cockpit oder bei der Bedienung medizinischer Geräte auf; vgl. z. B. Cummings, Automation Bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems, AIAA 1st Intel. Syst. Tech. Conf., 2004; Goddard/Roudsari/Wyatt, Automation bias, Journal of the American Medical Informatics Association 2012, 19(1), 121; Lyell/Coiera, Automation bias and verification complexity, Journal of the American Medical Informatics Association 2017, 24(2), 423. Auch wirtschaftliche Anreize können eine Rolle spielen, weil die angestrebte Beschleunigung der Entscheidungsprozesse durch einen allzu entscheidungsfreudigen HITL konterkariert würde.

15 Nicht behandeln werde ich die haftpflichtrechtliche Frage, wie mit negativen Konsequenzen von AEE-Systemen umzugehen ist; vgl. Zech, 73. Deutscher Juristentag, 2020, A 54 ff.; Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, AcP 2017, 217(6), 707.

16 Dazu Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 31 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

für digitale Plattformen[17] erfolgen; ausgeklammert bleiben «smart contracts».[18]

AEE werfen verschiedene Fragen auf, die intensiv diskutiert werden, vorliegend aber nicht im Zentrum stehen. Viele Probleme ergeben sich aus der Funktionsweise von AEE, weil Muster in Daten über die Vergangenheit auf die Gegenwart oder Zukunft projiziert und so darin enthaltene Fehler, Diskriminierungen oder Wertungen repliziert werden.[19] Der Technizität inhärent ist ebenfalls ein Schematismus, der grundsätzlich nur mit Konstellationen umgehen kann, die sich in irgendeiner Form bereits in der Vergangenheit präsentiert haben – es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass eine als Innovation gepriesene Technik mit Neuentwicklungen in der Realität, in der sie zur Anwendung kommt, nur schlecht umgehen kann. Als datenbasierte Prozesse unterliegen AEE den grundlegenden Diskrepanzen zwischen der analogen Welt und deren Repräsentation im digitalen Raum.[20] Diese enthält nur, was durch Daten abgebildet wird und abgebildet werden kann. Während bei menschlichen Entscheidungen deren Begründung ein wesentliches Element ihrer Legitimität darstellt, ist eine solche bei Algorithmen oft nicht nur technisch eingeschränkt, sondern auch nicht erwünscht, weil die zugrundeliegenden Algorithmen nicht offengelegt werden sollen.[21]

---

17 Ich gehe davon aus, dass AEE von Plattformen primär gegenüber Nutzern erfolgen, die über ein Benutzerkonto eine dauerhafte vertragliche Bindung mit der Plattform haben. Nutzer ohne Konto dürften kaum Adressaten einer AEE sein, aber die Inhalte bleiben Konsequenz der Entscheidungen der Plattform. Dies behandle ich vorliegend nicht.

18 Dazu Finck, Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR, International Data Privacy Law 2009, 78.

19 Aus der uferlosen Literatur vgl. z. B. Barocas/Selbst, Big Data's Disparate Impact, California Law Review 2016, 104(3), 671; Ajunwa, The Paradox of Automation as Anti-Bias Intervention, Cardozo Law Review 2020, 41(5), 1671; Cofone, Algorithmic Discrimination is an Information Problem, Hastings Law Journal 2019, 70(6), 1389; Allen, The Color of Algorithms, Fordham Urban Law Journal 2019, 46(2), 219.

20 Vgl. Nassehi, Muster, Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019, S. 33 ff., 104 ff.

21 Aus der umfangreichen Literatur vgl. z. B. Casey/Farhangi/Vogl, Rethinking Explainable machines, Berkeley Tech Law Journal 2019, 34(1), 143; Bayamlioglu, Contesting Automated Decisions, European Data Protection Law Review 2018, 433; Katyal, The Paradox of Source Code Secrecy, Cornell Law Review 2019, 104(5), 1183; Perel/Elkin-Koren, Black Box Tinkering, Florida Law Review 2017, 69(1), 181; Selbst/Barocas, The intuitive Appeal of Explainable Machines, Fordham Law Review 2018, 87(3), 1085; Strandburg, Rulemaking and Inscrutable Automated Decision Tools, Columbia Law Review 2019, 119(7), 1851; Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 2018, 143(1), 1 (42 ff.); Castets-Renard,

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Der Mensch erschliesst sich die Welt in nicht-metrischer Form, über Sinnesorgane, Sinnbezüge, Bedeutungen und Beziehungen.[22] Menschen rezipieren AEE auf ihre Weise und kommen nicht umhin, AEE auf ihre Sinnhaftigkeit zu befragen und ihnen Sinnhaftigkeit zuzuschreiben, auch wenn sie nicht auf sinnbasierten Kriterien beruhen.[23] AEE-Systeme agieren mithin in einer Umgebung, die nach anderen Kriterien funktioniert und entscheidet, als sie es tun, und es ist diese Diskrepanz, die hinter vielen Kritikpunkten steht.

III. Technik als Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit

Die technische Bedingtheit von AEE wirft Fragen nach dem Verhältnis von Technik und Gesellschaft und damit auch von Technik und Recht auf. Eine Sichtweise wäre, dass es sich dabei um ein rein technisches Phänomen handelt, mit dem das Recht umgehen muss. Dies entspricht einer technikdeterministischen Sicht, wonach Technik von aussen auf die Gesellschaft einwirkt.[24] Diese Ansicht scheint im rechtlichen Diskurs weit verbreitet. Teilweise wird aus einer eher negativen Perspektive das Hinterherhinken des Rechtssystems beklagt.[25] Andere heben die positiven Konsequenzen des technischen Fortschritts hervor, in Bezug auf AEE etwa, dass datenbasierte Entscheidungen besser seien, weil sie eher auf Fakten gestützt und weniger dem menschlichen Bauchgefühl unterliegen würden.[26] Aus dieser Perspektive lassen sich Gesellschaft und Technik ein-

---

Accountability of Algorithms in the GDPR and beyond, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 2019, 30(1), 91.

22 Dazu Eco, Einführung in die Semiotik, 9. Aufl. 2002, S. 65 ff.

23 Vgl. nur Weizenbaum, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, 1978, S. 15 ff., zur Rezeption des Sprach-Analyse-Programms «Eliza».

24 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 19 ff. Im Gegensatz dazu geht der Sozialkonstruktivismus davon aus, dass die Entstehung und die Gestalt der Technik auf gesellschaftlichen Faktoren (u. a. auch Rechtsnormen) beruht. Er spielt im rechtlichen Diskurs eine geringere Rolle.

25 Z. B. Fuhrer, Jahrbuch SGHVR 2016/Zech, S. 17 (30). Mitunter ist die Rede von einem «legal lag» (Vieweg, Zur Einführung: Technik und Recht, JuS 1993, 894 (896)), in Anlehnung an Ogburns «cultural lag» (dazu Häussling, Techniksoziologie, 2. Aufl. 2019, S. 93 ff.).

26 Z. B. Thouvenin/Früh/George, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, Jusletter 26.11.2018 Rn. 9; Gola, DS-GVO/Schulz, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

deutig voneinander abgrenzen, Soziales lässt sich durch Soziales erklären, Technisches durch Technisches.[27]

Eine Sichtweise, die eher Verbindungen deutlich macht und das Verwobensein von Technik und Gesellschaft aufgreift, dürfte indes der Realität besser gerecht werden. Dies beginnt schon beim Technikbegriff. Nach Ropohl soll von Technik die Rede sein, «wenn Gegenstände von Menschen künstlich gemacht und für bestimmte Zwecke verwendet werden.»[28] Er wendet sich bewusst dagegen, Artefakte «als eine vom Menschen abgelöste Eigenwelt» zu betrachten und menschliches Handeln auszuschliessen.[29] Ähnlich umfassend ist die Definition von Rammert, wonach Handlungen, natürliche Abläufe oder Zeichenprozesse technisiert sind, «wenn sie einem festen Schema folgen, das wiederholbar und zuverlässig erwartete Wirkungen erzeugt.»[30] Das Recht kennt hingegen keinen allgemeinen Technikbegriff, weil Normen meist spezifische Bereiche betreffen.[31]

In der neueren Techniksoziologie versuchen verschiedene Autoren, den Dualismus zwischen Technik und Mensch bzw. Gesellschaft zu überwinden. So können bei Latour auch nicht-menschliche Entitäten Akteure in gesellschaftlichen Prozessen sein. Er löst die Subjekt-Objekt-Dichotomie auf und geht von einer Verflechtung der Menschen und nicht-menschlichen Entitäten aus.[32] Massgebend ist nicht die Absicht der Entität, sondern die Konsequenz ihres Vorhandenseins in einer bestimmten Situation. Zu fragen ist, ob ein Handlungsträger im Verlauf irgendeines anderen Handlungsträgers einen Unterschied macht, sodass «jedes Ding, das eine gegebene Situation verändert, indem es einen Unterschied macht», zum Akteur wird.[33] Handeln ergibt sich so aus dem Zusammenspiel unterschiedli-

---

27 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 44.

28 Ropohl, Allgemeine Technologie, 3. Aufl. 2009, S. 30.

29 Ropohl, Allgemeine Technologie, 3. Aufl. 2009, S. 30.

30 Rammert Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 11 (Hervorhebungen entfernt). Je nach Trägermedium unterscheidet er die Habitualisierung, die Mechanisierung und die Algorithmisierung.

31 Die wichtigste rechtliche Technikdefinition ist jene des Patentrechts, wonach eine technische Erfindung «als Lehre zum planmässigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur unmittelbaren Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs» zu verstehen ist (BGH 27.3.1969 – X ZB 15/67 NJW 1969 1713, II.A.3; BGer 4A.12/1995, 31.7.1996 E. 4, sic! 1997, 77; BGE 146 III 403, E. 8.2). Dazu Zech, FS Bodewig, 2018, 137 = https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063183 (vorliegend wird die SSRN-Version zitiert), S. 17 f.

32 Gertenbach/Laux, Zur Aktualität von Bruno Latour, 2019, S. 125.

33 Latour, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 5. Aufl. 2019, S. 123 (Hervorhebungen entfernt). So macht es einen Unterschied, ob man einen Nagel mit oder ohne Hammer einschlägt bzw. mit oder ohne Kleider über die Straße läuft.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

cher Handlungsbeiträge.[34] Besonders deutlich wird dieses Zusammenspiel im «Hybrid-Akteur». Die Verwendung einer Schusswaffe schafft z. B. einen Mensch-Waffe- bzw. Waffe-Mensch-Agenten und damit einen dritten, hybriden Agenten.[35] Auch bei Rammert bilden Technik und Gesellschaft ein nahtloses Geflecht, technische und gesellschaftliche Wirklichkeit ko-konstruieren sich, wodurch «das Technische als eine Form des Sozialen» erscheint.[36] Die Entstehung der Wirklichkeit lasse sich technik- oder medienfrei nicht nachvollziehen, ebenso wenig, wie eine «natürliche», technikfreie Wirklichkeit denkbar sei.[37] Vielmehr agieren sowohl der Mensch als auch die Technik reflexiv, beziehen sich in verteilter Handlungsträgerschaft aufeinander in einem «kontinuierliche[n] Prozess der wechselseitigen Anpassung».[38] Insgesamt wirkt Technik aus dieser integrierenden Perspektive nicht von aussen auf die Gesellschaft ein, sondern wird selbst zum Bestandteil gesellschaftlicher Prozesse, indem sie «Kommunikations- und Handlungsverläufe entscheidend» prägt.[39] Der Gesellschaft ist nicht mehr aufgetragen, mit dem Eigenleben einer äusseren Entität umzugehen, sondern mit ihren eigenen Entwicklungen zurechtzukommen.[40]

Für das Recht ergeben sich aus dieser integrierenden Perspektive neue Einsichten über den Regelungsgegenstand von Normen. Sie beziehen sich demnach nicht auf ein bestimmtes Artefakt[41], sondern auf menschliche

---

Dieses Beteiligtsein bedeutet aber nicht, dass das Objekt diese Handlung verursacht, z. B. die Kleider dazu führen, dass man über die Straße läuft.

34 Belliger/Krieger, ANThology/Latour, 2006, S. 490; Gertenbach/Laux, Zur Aktualität von Bruno Latour, 2019, S. 125.

35 Latour, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 5. Aufl. 2019, S. 485 ff.

36 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 45 f.

37 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 48.

38 Rammert/Schulz-Schaeffer, Können Maschinen handeln?/Rammert/Schulz-Schaeffer, 2002, S. 11 (21).

39 Nassehi, Muster, Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019, S. 200. Davon zu unterscheiden ist, wem tatsächlich Handlungsträgerschaft zugeschrieben wird. Handlungen werden stets durch Zurechnungsprozesse konstituiert (Luhmann, Soziale Systeme, 17. Aufl. 2018, S. 228). Die selbstverständliche Annahme menschlicher Handlungsträgerschaft ist keine Selbstverständlichkeit (Rammert/Schulz-Schaeffer, Können Maschinen handeln?/Rammert/Schulz-Schaeffer, 2002, S. 11 (53).

40 Anzumerken ist, dass die Erzählung von der Technik als äusserer Entität hervorragend geeignet ist, um die treibenden gesellschaftlichen Kräfte einer Entwicklung zu verbergen. Zugleich passt sie in die allgemeine Erzählung vom gesellschaftlichen Fortschritt durch Technik, der vieles legitimieren soll; vgl. dazu pointiert bereits Beck, Risikogesellschaft, 23. Aufl. 2016, S. 45 («in dubio pro Fortschritt»).

41 Der Begriff des Artefakts kann gemäss Duden auch allgemein als etwas vom Menschen Geschaffenes bedeuten und damit etwa auch Software einschliessen. Ähn-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

und gesellschaftliche Praktiken[42], die damit zusammenhängen. Diese lassen sich als soziotechnische Praktiken bezeichnen.[43] Eine solche Sichtweise wirft auch ein neues Licht auf den Umgang mit technischem Fortschritt, der im rechtlichen Kontext besonders häufig thematisiert wird. Nach Bennett Moses sind technische Entwicklungen eine Art von gesellschaftlicher Veränderung, die sie als soziotechnischen Wandel bezeichnet.[44] Rechtlich relevant wird ihrer Ansicht nach v. a. Technik, die menschliche Fähigkeiten erweitert, andere Wege zur Erreichung bestimmter Ziele eröffnet oder neue Verhaltensweisen ermöglicht.[45] Rechtliche Anpassungen können aus vier Gründen nötig werden: (1) Es entsteht der Bedarf nach spezifischen Regeln für neue Verhaltensweisen, um eine bestimmte Technik oder Anwendung zu verbieten, anzuordnen oder zu fördern; (2) bei neuen Verhaltensweisen ist unklar, ob diese erlaubt, verboten oder gar geboten sind; (3) es ist unklar, ob die neuen Verhaltensweisen von bestehenden Regeln erfasst werden (over-/underinclusiveness); (4) gewisse Regeln können obsolet werden, weil die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen sie aufbauen, nicht mehr existieren.[46] Dass ein bestimmtes Problem mit Technik

---

lich Zech, FS Bodewig, 2018, S. 137 = https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063183 (vorliegend wird die SSRN-Version zitiert), S. 21.

42 Zum Begriff der Praktiken Reckwitz, Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken, ZfS 2003, 32, 282 (289 ff.), wonach diese verstanden werden «als know-how-abhängige und von einem praktischen «Verstehen» zusammengehaltene Verhaltensroutinen, deren Wissen einerseits in den Körpern der handelnden Subjekte «inkorporiert» ist, die andererseits regelmässig die Form von routinisierten Beziehungen zwischen Subjekten und von ihnen «verwendeten» materialen Artefakten annehmen.» Die Reproduzierbarkeit von Handlungen ergibt sich daraus, dass diese «nicht als diskrete, punktuelle und individuelle Exemplare vorkommen, sondern sie im sozialen Normalfall eingebettet sind in eine umfassendere, sozial geteilte und durch ein implizites, methodisches und interpretatives Wissen zusammengehaltene Praktik als ein typisiertes, routinisiertes und sozial «verstehbares» Bündel von Aktivitäten.» Praktiken unterscheiden sich von Praxis, womit Handeln in allgemeinerer Form umschrieben wird.

43 In Anlehnung an Brownsword/Scotford/Yeung, The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology/Bennett Moses, 2016, S. 573 (576), «sociotechnical change».

44 Brownsword/Scotford/Yeung, The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology/Bennett Moses, 2016, S. 573 (576); Bennett Moses, Why Have a Theory of Law and Technological Change?, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 2007, 8(2), 589 (598).

45 Bennett Moses, Recurring Dilemmas, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2007, 239 (245 f.).

46 Bennett Moses, Recurring Dilemmas, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2007, 239 (248); Bennett Moses, Why Have a Theory of Law and

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zusammenhängt, rechtfertigt ihrer Ansicht nach noch keine Regulierung, während soziotechnischer Wandel dies durchaus erforderlich machen könne und auch besonderer Aufmerksamkeit bedürfe.[47] Bernstein vertieft diese Überlegungen in Bezug auf die Wechselwirkung zwischen Technik sowie gesellschaftlichen Normen und Werten. Ihrer Ansicht nach sind einer bestimmten Technik strukturell auch bestimmte Werte inhärent, die mit sozialen Normen oder rechtlichen Wertungen und Instituten kollidieren können.[48] Im Rahmen des rechtlich-sozialen Akzeptanzprozesses interagierten die strukturellen Komponenten der Technik mit gesellschaftlichen Normen, Werten und Instituten sowie deren Verkörperung im Recht (sogar solchen, die ursprünglich nichts mit der Technik zu tun hatten) und es sei möglich, dass sich die Technik aufgrund dessen verändern muss oder gänzlich zurückgewiesen wird.[49] Dabei könne die verwendete Technik im Mittelpunkt der juristischen Argumentation stehen oder weitgehend unsichtbar bleiben, wenn es primär um gesellschaftliche Aspekte der Technik geht.[50] Die Bedeutungen, die einer Technik zugeschrieben werden, seien für diesen Prozess ebenfalls zentral.[51] Weil dieser Akzeptanzprozess in der Verbreitungsphase[52] einer Innovation erfolgt, komme dieser Zeit bei der gesellschaftlichen Technikgestaltung, zu der auch das Recht gehört, eine besondere Bedeutung zu, weil sich eine bestimmte Art

Technological Change?, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 2007, 8(2), 589 (594 f.).

47 Brownsword/Scotford/Yeung, The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology/Bennett Moses, 2016, S. 573 (583).

48 Bernstein, The socio-legal acceptance of new technologies, Washington Law Review 2002, 77(4), 1035 (1036). Die von ihr untersuchte In-vitro-Fertilisation kann das Konzept der Kernfamilie, das Institut der Ehe und allgemeine Familienwerte in Frage stellen (Bernstein, The socio-legal acceptance of new technologies, Washington Law Review 2002, 77(4), 1035 (1041 f.)).

49 Bernstein, The socio-legal acceptance of new technologies, Washington Law Review 2002, 77(4), 1035 (1040).

50 Bernstein, The socio-legal acceptance of new technologies, Washington Law Review 2002, 77(4), 1035 (1042).

51 Bernstein, The socio-legal acceptance of new technologies, Washington Law Review 2002, 77(4), 1035 (1045).

52 Bernstein, The socio-legal acceptance of new technologies, Washington Law Review 2002, 77(4), 1035 (1039), unterscheidet drei Entwicklungsphasen für neue Technik: Erfindung, Innovation, d. h. die erste erfolgreiche kommerzielle Anwendung, und die Verbreitung des Produkts.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Techniknutzung als soziale Norm etablieren kann.[53] Dies geschehe, wenn es aufgrund von Pfadabhängigkeiten irgendwann günstiger und effizienter ist, beim eingeschlagenen Pfad zu bleiben[54], aber auch, wenn der gesellschaftliche Diskurs um Design, Nutzung oder Regeln endet und sich bestimmte Normen etablieren, wodurch die interpretative Offenheit verlorengeht und Änderungen unwahrscheinlich werden.[55]

Diese Überlegungen sind wegleitend für den weiteren Fortgang der Untersuchung.[56] Entscheidungen über Vertragsverhältnisse lassen sich auch als komplexe soziale Praktiken verstehen, die gewissen Konventionen und Erwartungen unterliegen.[57] Herauszuarbeiten ist, wie AEE zum Bestandteil dieser Praktiken werden und diese gegebenenfalls beeinflussen.

IV. Soziotechnischer Wandel durch AEE?

Eine umfassende Untersuchung des Vertrags als soziale Praktik wäre viel zu komplex.[58] Nachfolgend werde ich lediglich beschreibend kurz darstellen, welche Elemente eines Vertrags automatisiert werden können, und damit, wie sich AEE in diese Abläufe einfügen und die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten verändern.

---

53 Bernstein, When new technologies are still new, Villanova Law Review 2006, 51(4), 921 (932 ff.), wonach das Sammeln persönlicher Daten und das Profiling zur sozialen Norm kommerzieller Internetnutzer wurden.

54 Zu Pfadabhängigkeiten z. B. Häussling, Techniksoziologie, 2. Aufl. 2019, S. 258 ff.

55 Bernstein, When new technologies are still new, Villanova Law Review 2006, 51(4), 921 (938 ff.); vertiefend Bernstein, The Role of Diffusion Characteristics in Formulating a General Theory of Law and Technology, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 2007, 8(2), 623.

56 Zu sozialwissenschaftlichen Überlegungen im Privatrecht vgl. Grünberger, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 2019, 219(6), 924 (929 insbes.); Derselbe, Verträge über digitale Güter, AcP 2018, 218(2-4), 214; kritisch Riesenhuber, Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung, AcP 2019, 219(6), 892; vgl. ebenfalls Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft/Gutmann, 2. Aufl. 2021, S. 93 ff.

57 Bereits Durkheim, Über soziale Arbeitsteilung, 7. Aufl. 2016, S. 267 ff., der die Bedeutung gemeinsamer Normen und Werte betont: «[D]enn es ist nicht alles vertraglich am Vertrag. [Er ist] überall dort, wo er existiert, einer Regelung unterworfen, die das Werk der Gesellschaft ist, und nicht das der Einzelperson.»

58 Vgl. dazu Röhl, Rechtssoziologie-online, § 64 Der Vertrag als Institution, Stand 2012 (https://rechtssoziologie-online.de/kapitel-12institutionstheoretische-erklarungsansatze/%C2%A7-64der-vertrag-als-institution/).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1. Veränderung soziotechnischer Praktiken in «klassischen» Vertragsverhältnissen

Bei herkömmlichen Vertragsverhältnissen wird der Abschluss des Vertrags sicherlich am häufigsten automatisiert. In der einfachsten Form überprüft Technik anstelle des Menschen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, und schliesst danach den Vertrag ab. Durch die AEE wird der Vertragsschluss mithin vom Menschen losgelöst und schematisiert. Die Loslösung dürfte keine grundsätzliche Änderung darstellen, weil bereits vor den AEE kaum noch Verträge in Anwesenheit geschlossen wurden. Neu ist aber, dass das Gegenüber nicht nur abwesend ist, sondern auch kein Mensch. Die übereinstimmende Willensäusserung der Vertragsparteien wird damit endgültig zur Fiktion, weil nur Menschen einen Willen haben können. Die «Zustimmungshandlung» muss als Willensäusserung gedeutet und ihr entsprechend Wirkung zugeschrieben werden[59], was auch zu einer Art «Re-Formalisierung» führen kann.[60] Stärkere Auswirkungen hat die Schematisierung. Algorithmen können ausschliesslich mit allenfalls bereits vorgesehenen Ausnahmen umgehen.[61] Selbst im anonymen Massengeschäft ist ohne AEE möglich, dass ein Sachbearbeiter irrelevante Abweichungen durchwinkt oder bedeutungslose Fehler beseitigt. Ein Algorithmus tut das nicht: Was nicht passt, geht nicht durch. Was passt, geht hingegen um ein Vielfaches schneller durch, sodass sich Vertragsschliessungen erheblich beschleunigen lassen. AEE dienen so häufig der Effizienz, indem sie beispielsweise Vorgänge ersetzen, für die sonst Menschen bezahlt werden müssen. Der Schematismus kann Nachteile für all jene mit sich bringen, die aus irgendeinem Grund aus einem Raster fallen. Das ist aber zwangsläufig stets eine Minderheit, sonst würde der Algorithmus seinen Zweck nicht erfüllen.

---

59 Bei einem Akteur ohne Bewusstsein von konkludentem Handeln zu sprechen, scheint nicht adäquat.

60 Mir geht es lediglich um die Veränderung der soziotechnischen Praktiken, nicht um eine Bewertung derselben. Insbesondere impliziere ich nicht, dass bei Verträgen zwischen Menschen keine Missverständnisse möglich wären, oder dass diese vollkommen frei von symbolischen Handlungen und Zuschreibungen wären. Zu AEE-Systemen im Vertragsrecht Kainer/Förster, Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts, ZfPW 2020, 275 (281 ff.); Foerster, Automatisierung und Verantwortung im Zivilrecht, ZfPW 2019, 418 (424 ff.).

61 Ich habe lebendige Erinnerungen an meine durchwegs vergeblichen Versuche, als ausländische Gastforscherin mit einem Stipendium ein Konto bei einer deutschen Online-Bank abzuschliessen – eine Ausnahmekonstellation, die in kein Raster passte, für einen Bankmitarbeiter aber kein Problem war.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Grundsätzlicher sind Veränderungen, die AEE zusammen mit Profiling bewirken können. Auf dessen Grundlage lassen sich die Vertragskonditionen automatisiert anpassen, indem z. B. die Zahlungsmodalitäten[62] oder mit dem Preis[63] sogar zentrale Punkte des Vertrags individualisiert werden. Dies verweist auf ein zentrales Bezugsproblem, bei dem AEE ansetzen: Sie versprechen, den Umgang mit den inhärenten Risiken jedes Vertragsschlusses zu optimieren. Diese Risiken beziehen sich darauf, dass stets Ungewissheit über das Verhalten des künftigen Vertragspartners besteht, zunächst, ob der Vertrag gemäss den angebotenen Konditionen überhaupt zustande kommt und später, ob der Partner seine Pflichten vollumfänglich erfüllt. Die Optimierung erfolgt primär durch mehr Information. Die individuelle Anpassung der Vertragskonditionen behebt einen Nachteil standardisierter Verträge, denn jede Standardisierung, z. B. die Festlegung des Preises, beinhaltet eine Annahme darüber, unter welchen Konditionen das Gegenüber einen Vertrag abschliessen dürfte. Diese Festlegung ist nötig, verunmöglicht es aber, den Vertrag an individuelle Risiken oder die Zahlungsbereitschaft des Gegenübers anzupassen. Anders ausgedrückt: Sowohl reiche als auch arme Verbraucher können dasselbe Produkt zum selben Preis kaufen, obwohl deren individuelle Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft sich erheblich unterscheiden. Informationen aus Profiling können eine Re-Individualisierung der Vertragskonditionen erlauben, das Risiko von Fehleinschätzungen reduzieren[64], aber auch dazu führen, dass ein gläserner Verbraucher[65] entsteht, dessen «Verhandlungsmacht» in den nicht stattfindenden Vertragsverhandlungen weiter abnimmt. Beruht auch

---

62 Vgl. dazu Born, Bonitätsprüfungen im Online-Handel, ZD 2015, 66.

63 Dies gilt v. a. für personalisierte Preise, bei denen zum selben Zeitpunkt unterschiedlichen Kunden unterschiedliche Preise angeboten werden (zu unterscheiden von dynamischen Preisen, die sich über die Zeit ändern, bei denen aber alle Kunden zum selben Zeitpunkt denselben Preis erhalten); vgl. Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (286); zur Preisgestaltung über Algorithmen Zurth, Personalisierte Preise, AcP 2021, 221(4), 514 (516 ff.).

64 Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (287), spricht von punktgenauer Abschöpfung der Kaufkraft. Vgl. für eine eingehende ökonomische Analyse Zurth, Personalisierte Preise, AcP 2021, 221(4), 514 (524 ff.), wonach die Konsumentenrente (der wirtschaftliche Nutzen der Transaktion für den Konsumenten) nahe null liegt; dazu auch Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (224 ff.).

65 Vgl. Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447 (455), wonach der Verbraucher alle Informationen liefert, um von ihm einen möglichst hohen Preis fordern zu können, was bei einem klassischen Marktkauf bedeuten würde, dass der Verbraucher zunächst den Maximalpreis nennt, den er zu zahlen bereit ist, und der Verkäufer erst danach den Verkaufspreis nennt.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Vertragsschluss auf Profiling, bildet dieses oftmals die Entscheidungsgrundlage dafür, ob ein Vertragspartner als vertrauenswürdig gilt.[66] Das Bild, das durch die vorhandenen Daten und deren Analyse im Rahmen des Profilings vermittelt wird, ist so die einzige oder jedenfalls zentrale Information, die über das Zustandekommen und evtl. auch die Konditionen des Vertrags entscheidet. Die Datenwelt bildet mithin die Grundlage für einen Vertrag in der analogen Welt.

Während AEE, insbesondere in Verbindung mit Profiling, auf Seiten des AEE-Anwenders die Handlungsmöglichkeiten vergrössern, werden jene des AEE-Adressaten tendenziell eingeschränkt. Dies dürfte oft unbemerkt bleiben, weil vielfach Unsicherheit darüber besteht, ob im konkreten Fall eine AEE oder ein Profiling erfolgt. Zudem hat der AEE-Adressat regelmässig keine Kontrolle über die Informationen, die für das Profiling verwendet werden. Er muss zudem auf das korrekte Funktionieren der Technik vertrauen und davon ausgehen, dass die automatisierten Handlungen der Technik auch tatsächlich den Vertragsschluss mit dem gewünschten Inhalt repräsentieren.

2. *Neue soziotechnische Praktiken durch Plattformen*

Plattformen bilden geschlossene Ökosysteme, auf denen zahlreiche soziale Handlungen stattfinden können, und haben zu vielen neuen soziotechnischen Praktiken geführt. Strukturell gehören sie aufgrund ihrer Grösse, Mitgliederzahl und gesellschaftlichen Bedeutung zur Kommunikationsinfrastruktur vieler Länder, liegen aber in privater Hand. Das Konfliktpotential dieser Plattformen ergibt sich wesentlich daraus, dass deren Eigeninteressen vielfach den Interessen der Allgemeinheit und der Nutzer widersprechen.[67] Die Plattform erweitert die Handlungsmöglichkeiten ihrer Nutzer, setzt sie aber auch den Handlungsmöglichkeiten aller anderen Nutzer aus. Der Betreiber erhält zugleich eine umfassende Macht über sämtliche Kommunikationsvorgänge auf der Plattform. Hingegen verliert der Staat als Repräsentant des Gemeinwohls an Handlungsmöglichkeiten, weil er

66 Vgl. Röhl, Rechtssoziologie-online, § 64 Der Vertrag als Institution, Stand 2012, V. 3., wonach ein Verhaltensprofil als Vertrauensbasis dienen kann (https://rechtssoziologie-online.de/kapitel-12institutionstheoretische-erklarungsansatze/%C2%A7-64der-vertrag-als-institution/).

67 Bacher, Digitalprivatrecht – Begriff und Strukturelemente, Jusletter 8.6.2020, Rn. 37 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

keinen direkten Zugriff auf die Plattform hat und sich die Plattformen über staatliche Strukturen hinwegsetzen.

Bei Plattformnutzungsverträgen[68] werden AEE und Profiling etwas anders eingesetzt. Der Abschluss eines solchen Vertrags dürfte stets automatisiert erfolgen. Die Plattformnutzung ist prima facie «kostenlos» und die Hürden für den Abschluss des Vertrags sind sehr niedrig. Eine automatische Anpassung der Vertragskonditionen dürfte daher kaum vorkommen. AEE und Profiling sind bei diesen Verträgen v. a. bedeutsam für das Management der Plattformnutzung.[69] Profiling ist die Grundlage für die Werbeeinnahmen der Plattformbetreiber. AEE sind das zentrale Steuerungsinstrument auf diesen Plattformen, weil deren Betreiber aus Kostengründen, aber auch mit Blick auf die schiere Masse an Kommunikationsvorgängen möglichst viele Regulierungsprozesse automatisieren. Auf weitgehend automatisierte Weise werden Inhalte kuratiert, zugelassen oder gelöscht, Kommentare moderiert, Nutzer sanktioniert oder ausgeschlossen.[70] Die Gründe für die Automatisierung stehen in scharfem Gegensatz zu dem, was Gegenstand vieler AEE ist: zwischenmenschliche Kommunikation, also ein sinnbehafteter, zutiefst menschlicher Vorgang, der sich in vielerlei Hinsicht der erforderlichen Schematisierung entzieht. Es scheint, dass die Plattformen bereits im Sinne von Bernstein (vgl. oben III.) neue soziale Normen für die Kommunikation von Privaten, Unternehmen, Politikern und Staaten (!) etablieren konnten und grundlegende Veränderungen vielleicht nurmehr schwer möglich sind.

---

68 Ich denke dabei primär an Verträge über den Beitritt zu einem sozialen Netzwerk, nicht aber an Verträge von Händlern, die z. B. auf Amazon ihre Waren vertreiben möchten. Zu Plattformen z. B. Srnicek, Plattform-Kapitalismus, 2018; Staab, Digitaler Kapitalismus, 2019.

69 Vgl. aus der umfangreichen Literatur z. B. Klonick, The new Governors, Harvard Law Review 2018, 131(6), 1598; Elkin-Koren/Perel, Separation of Functions for AI, Lewis & Clark Law Review 2020, 24(3) 857; Castets-Renard, Algorithmic Content Moderation on Social Media in EU Law, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2020, 283.

70 Dabei ist davon auszugehen, dass auch eine individuelle Auslegung der Nutzungsbedingungen erfolgt, z. B. entsprechend der Position des Nutzers. Man denke nur an Donald Trump, dessen Mitteilungen auf sozialen Medien ohne Zweifel nicht selten gegen deren Nutzungsbedingungen verstiessen, ohne dass er die dafür üblichen Sanktionen der Plattformen vergegenwärtigen musste.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

V. Privatautonome Entscheidungsfreiheit

Die Grundlage aller oben skizzierten Vorgänge bildet die Privatautonomie.[71] Sie gewährleistet einen Raum, in dem das «Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen»[72] gilt. Anders als der Staat müssen sich Private «im Rahmen ihrer Privatautonomie nicht für ihr Handeln rechtfertigen, ihnen steht «die «Willkür» i. S. v. nicht begründungsbedürftiger Entscheidungshoheit frei. Sie dürfen sogar ganz irrational agieren.»[73] Der Vertrag ist das zentrale Handlungsinstrument zur privatautonomen Gestaltung von Rechtsverhältnissen und die Vertragsfreiheit gilt als zentrale Ausprägung der Privatautonomie.[74] Beide sind Teilgarantien sowohl der persönlichen Freiheit[75] als auch der Wirtschaftsfreiheit.[76] Die Vertragsfreiheit umfasst die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Inhaltsfreiheit, die Formfreiheit sowie die Aufhebungsfreiheit und zählt zum Kerngehalt der Wirtschaftsfrei-

71 Ich bleibe dazu sehr knapp. Aus der umfangreichen Literatur z. B., Bumke/Röthel, Autonomie im Recht/Röthel, 2017, S. 91 ff.; Riesenhuber, Privatautonomie – Rechtsprinzip oder «mystifizierendes Leuchtfeuer», ZfPW 2018, 352; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 529 ff.; Baer, «Ende der Privatautonomie» oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290.

72 Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, 4. Aufl. 1992, S. 1.

73 Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Bundesverfassung/Tschentscher, 2015, Art. 9 BV Rn. 10.

74 Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, 4. Aufl. 1992, S. 7. Zu weiteren Ausprägungen der Privatautonomie vgl. Graham-Siegenthaler, Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen, ZSR 2018 II, 137, 155 (171 ff.).

75 Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Bundesverfassung/Tschentscher, 2015, Art. 10 BV Rn. 38. Die Schweiz kennt keine allgemeine Handlungsfreiheit. Die persönliche Freiheit gewährleistet lediglich die «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» (vgl. z. B. BGE 138 IV 13, E. 7.1, 25 f.; Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Schweizer, 3. Aufl. 2014, Art. 10 BV Rn. 38). In Deutschland schützt Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit; vgl. Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz/di Fabio, 95. Aufl. 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 102 f.

76 Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Bundesverfassung/Uhlmann, 2015, Art. 27 BV Rn. 10 ff. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet lediglich Rechtsgeschäfte, die im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten stehen. Andere Rechtsgeschäfte sind durch Art. 10 BV oder spezifische Garantien, wie z. B. das Recht auf Ehe in Art. 14 BV, geschützt. Ähnliches gilt in Deutschland, wo Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär ist zu anderen Garantien; vgl. Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz/di Fabio, 95. Aufl. 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 102 f.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

heit.[77] Mitunter werden die freie Vertragsgestaltung und die Möglichkeit, Verträge mithilfe der staatlichen Rechtsordnung durchzusetzen, auch als private «Normsetzungsbefugnis» bezeichnet.[78]

Die Vertragsfreiheit gewährleistet die Selbstbestimmung im Rechtsleben und «lässt aus Freiheit Bindung wachsen».[79] Das Schützenswerte der Vertragsfreiheit ist damit die Autonomie.[80] Dementsprechend wird ein Vertrag nur anerkannt, wenn er «als Ausdruck beidseitiger Autonomie zustande gekommen ist», mithin von beiden Seiten nach einer selbstbestimmten Entscheidung gewollt ist.[81] Ein Vertrag wird daher durch die «übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung»[82] von formal gleichen Parteien geschlossen. Vorausgesetzt ist einzig, dass der Parteiwille nach einem gerechten Prozess zustande kommt; die formale Gerechtigkeit durch Verfahren ersetzt weitgehend die materielle Vertragsgerechtigkeit, sodass das Vertragsrecht «entmaterialisiert» erscheint.[83]

Die Realität ist freilich eine andere. Die Vorstellung vom Vertragsschluss unter freien Gleichen dürfte in den seltensten Fällen der Wirklichkeit entsprechen. Ein korrektes Verfahren kann das Gerechtigkeitsversprechen nur erfüllen, wenn dafür tatsächliche Voraussetzungen gegeben sind, die das Verfahren selbst nicht herzustellen vermag. Die Diskussion um diese Fragen ist alt und kann hier nur angedeutet werden: AGB ersetzen individuelle Vertragsverhandlungen, weil sich diese im Massengeschäft nicht lohnen; in den meisten Fällen klafft zwischen den Parteien ein Machtgefäl-

---

77 Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Vallender, 3. Aufl. 2014, Art. 27 BV Rn. 44 f.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 1079.

78 Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Vallender, 3. Aufl. 2014, Art. 27 BV Rn. 44; vgl. Bachmann, Private Ordnung, 2006; Köndgen, Privatisierung des Rechts, AcP 2006, 206(2-3), 477.

79 Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz/di Fabio, 95. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 101.

80 Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 51.

81 Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 51 (Hervorhebungen entfernt). Allgemein zur Selbstbestimmung als Legitimationsmodell vgl. Lindner, Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung, AöR 2015, 140(4), 542.

82 Art. 1 Abs. 1 OR; vgl. Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 11 ff., zur historischen Entwicklung.

83 Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 24 f. Diese Idee schlug sich auch in den Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts nieder und prägt das Vertragsrecht bis heute; vgl. dazu Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 337 ff. Dementsprechend beziehen sich Mängel des Vertragsschlusses auf den fehlerhaft zustande gekommenen Willen: Irrtum, Täuschung, Furcht (Art. 23 ff. OR).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

le, das auf Wissen, wirtschaftlicher Potenz oder tatsächlichen Abhängigkeiten beruht; Marktversagen lässt die freie Wahl des Vertragspartners zur Illusion werden. Punktuelle Abhilfe schaffen etwa Sonderprivatrecht, das insbesondere den Verbraucherschutz sicherstellt, oder Ansätze der «Rematerialisierung» namentlich aufgrund staatlicher Schutzpflichten.[84]

VI. Prozeduralisierung des Vertrages durch AEE

In einem nächsten Schritt sind nun die erweiterten Handlungsmöglichkeiten durch AEE in Beziehung zu setzen zur Vertragsfreiheit, wie sie sich in den Regeln des Vertragsrechts niederschlägt. Dies macht deutlich, wie sich soziale Praktiken rund um den Vertrag durch soziotechnische Praktiken verändern. AEE fügen sich in das Verfahren ein, das zur gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserung und damit zum Vertragsschluss führt, bei Plattformen auch in die Verwaltung von Dauerverträgen. Technik entscheidet über den Abschluss des Vertrags (Abschlussfreiheit). Mithilfe von Profiling wird der Vertragspartner gewählt (Partnerwahlfreiheit). Ebenso mithilfe von Profiling werden die Vertragskonditionen individualisiert (Inhaltsfreiheit) oder über komplexere Systeme zur Kuratierung von Inhalten «ungehorsame» Nutzer von der Plattform ausgeschlossen (Aufhebungsfreiheit). Mittels algorithmischer Standardisierung und Kategorisierung werden mithin Freiheiten ausgeübt, die ihre Begründung und Legitimation im Menschsein finden. Sie verkörpern den Respekt vor der Autonomie und Individualität jedes Menschen, die der zentrale Gedanke der persönlichen Freiheit ist, und verwirklichen diese in Bezug auf die rechtsgeschäftlichen Handlungsmöglichkeiten. Weil die selbstbestimmte Gestaltung von Rechtsbeziehungen gerade nicht stets auf rationalen Erwägungen beruht, befreit die Vertragsfreiheit die Parteien ebenso davon, ihre Handlungen zu begründen, und schützt selbst Irrationalität, Willkür oder Diskriminierung vielfach vor Einschränkungen. Zur Wahrung eines

84 In beiden Bereichen ist die Schweiz sehr viel zurückhaltender als Deutschland oder die EU. Vgl. zu staatlichen Schutzpflichten im Privatrecht Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Basel 2015, Rn. 135 ff., 610 ff.; zur Rematerialisierung grundlegend Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 2000, 200(3-4), 273; auch mit Blick auf die Digitalisierung, vgl. z. B. Ernst, Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick, ZSR 137 (2018) II, 8; Schweitzer, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung, AcP 2020, 220(4-5), 544.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

solchen individuellen Bewegungsraums wird in vielerlei Hinsicht die Einzelfallgerechtigkeit geopfert.[85]

Nun liesse sich argumentieren, dass die Vertragsfreiheit auch für juristische Personen gilt, mithin für nicht-individuelle Entitäten. Sie werden in vielerlei Hinsicht wie menschliche Individuen behandelt[86], weil die «individuelle Grundkonzeption des Rechts weithin unberührt» blieb davon, dass die wichtigsten Akteure des Rechtssystems inzwischen nicht mehr Menschen, sondern Organisationen sind.[87] In einem ähnlichen Akt der Zuschreibung wären diese Freiheiten auch auf AEE-Systeme auszudehnen. Ein direkter Schutz dürfte an der (noch nicht anerkannten?) Rechtspersönlichkeit[88] solcher Systeme scheitern, mit der dann auch Technik in die individuelle Grundkonzeption des Rechts eingefügt würde. Aber es liesse sich argumentieren, dass die Anwender von AEE-Systemen Grundrechtsträger sind und ihnen diese Freiheit auch das Recht zum freien Einsatz von AEE-Systemen verleiht, weil deren Handlungen letztlich wieder dem menschlichen Grundrechtsträger zugerechnet werden.[89] Es entstünde gewissermassen das Recht auf Vertragsautomatisierung und automatisierte Vertragsgestaltung mittels Profiling als neuer Teilgehalt der Vertragsfreiheit. Ob das sinnvoll und wünschenswert wäre, ist vorliegend nicht abschliessend zu erörtern. Denn selbst, wenn eine solche Freiheit mittelbar oder unmittelbar anerkannt würde, würde sie das grundsätzlichere Problem von AEE, das gleich zu zeigen sein wird, nicht lösen.

Wie vorgängig erläutert, beruht das Zustandekommen eines Vertrags darauf, dass der übereinstimmende Parteiwille in einem formal korrekten Ablauf zustande kommt. Getreu der Grundidee der freien Willensbildung definiert sich dessen Korrektheit primär danach, *was nicht vorhanden ist*: Der Vertrag muss in Abwesenheit von Furcht, Irrtum oder Täuschung zustande kommen. Die internen Kriterien, nach denen die Gestaltung des Vertrags und der Entscheid über dessen Abschluss erfolgen, bleiben im «forum internum» des Menschen verborgen. Genau dies verändert sich durch AEE-Systeme. Die Algorithmen werden zu einer Abstraktion dieser

85 Vgl. Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz/di Fabio, 95. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 107.

86 Vgl. nur Art. 53 ZGB oder Art. 19 III GG.

87 Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 427.

88 Zum aktuellen Forschungsstand Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021.

89 So Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 6, wonach das Verbot von AEE die Privatautonomie des Verantwortlichen beeinträchtigen könne.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Entscheidungsprozesse. AEE-Systeme machen Vorgänge beobachtbar, die es vorher so nicht waren. Folgerichtig bestehen die Anwender von AEE-Systemen darauf, dass deren Algorithmen geheim bleiben müssen. Dies bestätigt indes nur, dass mit der in Algorithmen verkörperten Abstraktion von Entscheidungskriterien etwas Neues und damit Sichtbares geschaffen wurde (was im «forum internum» verborgen war, musste nicht geheim gehalten werden). Die Geheimhaltung der Algorithmen kann die Existenz der Abstraktion daher nicht ungeschehen machen. Ebenso wenig vermag sie zu verhindern, dass gegenüber dieser Abstraktion die grundsätzliche Forderung entsteht, dass sie in irgendeiner Form dem Recht unterstellt wird. Diese Forderung ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass AEE die Einzelfallbezogenheit fehlt.[90] AEE-Systeme verkörpern standardisierte Entscheidungsanweisungen, wodurch ihnen eine Normativität innewohnt, die der individualistischen Grundidee der Vertragsfreiheit letztlich widerspricht. Bei einem Menschen mögen geheime, gar irrationale, an subjektiven Bedürfnissen orientierte Entscheidungen wegen seines Menschseins sowohl akzeptabel als auch schützenswert erscheinen. Für eine generell-abstrakte Entscheidungsanweisung in einem AEE-System gilt dies nicht gleichermassen. AEE verändern mithin die sozialen Praktiken zu Verträgen unter Privaten grundlegend. Sie sind nicht einfach eine Art «extended version» der durch sie erledigten menschlichen Vorgänge, sondern es sind andere Prozesse, denen nicht dasselbe Privileg der Fehlbarkeit zugestanden wird wie dem Menschen.[91]

Werden diese soziotechnischen Veränderungen durch AEE ernstgenommen, müssen Überlegungen zum legitimen Einsatz von AEE-Systemen bei der Prozessualität des Vertragsschlusses ansetzen. AEE regen dazu an, die Qualität des Verfahrens, das zum Vertragsschluss führt, auch danach zu definieren, *was vorhanden ist*. In Anlehnung an das Verfahrensrecht kann die Fairness des Vertragsverfahrens als übergeordneter Leitgedanke dienen.[92] Fairness kann sich sowohl auf einen Vorgang als auch auf ein Ergebnis

90 Auch vor AEE-Systemen gab es interne Richtlinien für Entscheidungen. Da stets ein Mensch entscheiden musste, stand die Tür zur Abweichung aber offen, selbst wenn sie nicht genutzt wurde. Technik schliesst dies aus.

91 Zum menschlichen Privileg, Fehler zu machen, Nassehi, Muster, Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019, S. 223 ff.

92 Im deutschen Arbeitsrecht gibt es im Zusammenhang mit Aufhebungsverträgen ein Gebot fairen Verhandelns; dazu Kamanabrou, Das Gebot fairen Verhandelns bei Aufhebungsverträgen, RdA 2020, 201. Die Fairness des Vertragsverfahrens soll jedoch nicht auf Situationen mit besonderem Druck oder strukturellen Abhängigkeiten beschränkt bleiben.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

beziehen.[93] Die Fairness des Vertragsverfahrens bezieht sich auf ersteres.[94] Die Art und Weise, wie der Weg zum Ziel des Vertragsschlusses zurückgelegt wird, erhält vor dem Hintergrund des Fairnessgedankens einen eigenständigen Wert. Druey spricht anschaulich von der Anerkennung von «Weg-Werten», «die sich nicht durch die Eignung für die Erreichung eines Ziels legitimieren».[95] Der Fairnessgedanke bringt den relationalen Aspekt[96] eines Verfahrens zum Ausdruck. Er stellt eine Beziehungsnähe[97] zwischen den Beteiligten her, die eine wesentliche Begründung für die Anerkennung dieser Weg-Werte darstellt und diese davon befreit, lediglich dem Schutz einer aus irgendeinem Grund schwächeren Partei zu dienen[98]. Fairness fordert «kontextuelle Gerechtigkeit», die nicht nur gegenseitige Rücksichtnahme und Achtung einschliesst, sondern auch bedeutet, «den

93 Bezieht sich die Fairness auf ein Ergebnis, geht es um materielle Ausgewogenheit; vgl. Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (140). Berkemann, Fairness als Rechtsprinzip, JR 1989, 221 (225), hält indes zu Recht fest, dass mangelnde Fairness das Ergebnis «infizieren» kann. Grundlegend zu Gerechtigkeit und Fairness Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 21. Aufl. 2019, S. 34 ff.

94 Es geht um den fairen Einsatz von AEE-Systemen, nicht um faire AEE, d. h. solche, die zu materiell fairen Ergebnissen führen. Ein prozedurales Verständnis klingt auch in Art. 22 DSGVO an, der sich ausschliesslich auf das Zustandekommen eines Entscheids bezieht. Der Anspruch auf einen HITL ist ebenfalls eine Verfahrensvorschrift. Brink/Wolff, Beck OK Datenschutzrecht/v. Lewinski, 38. Ed. 1.11.2021, Art. 22 DSGVO Rn. 2, spricht von einem informationellen Recht auf faires Verfahren; dazu van der Sloot, Decisional privacy 2.0: the procedural requirements implicit in Article 8 ECHR and its potential impact on profiling, International Data Privacy Law 2017, 190. Vorliegend geht es indes um Überlegungen aus vertragsrechtlicher Sicht, bei denen der im Datenschutz zentrale risikobasierte Ansatz nicht wegleitend sein soll, ebenso wenig wie dessen Instrumente, beispielsweise die Einwilligung.
Fairness stimmt nicht überein mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Dieser knüpft anders als die Fairness i. d. R. an ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis an (vgl. etwa Aebi-Müller et al., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I/1/Hausheer/Aebi-Müller, 2012, Art. 2 ZGB Rn. 4). Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (141), spricht von einem «Schuss Treu und Glauben», der dem Fairness-Gedanken innewohne, aber es gehe bei der Fairness nicht nur um die Honorierung von geschaffenem, sondern auch von vorausgesetztem Vertrauen.

95 Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (139).

96 Wiederkehr, Fairness als Verfassungsgrundsatz – eine Skizze, recht 2007, 173 (177, Hervorhebungen entfernt); vgl. auch Saladin, FS Bundesgericht, 1975, S. 41; Tettinger, Fairness als Rechtsbegriff im deutschen Recht, Der Staat 1997, 36, 575.

97 Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (140).

98 Vgl. Heiderhoff, Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbraucherrecht, ZEuP 2003, 769 (770 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Umständen, dem Verständnishorizont des Adressatenkreises, der Stellung und Position der involvierten Parteien, den individuell-konkreten Besonderheiten, d. h. dem gesamten Kontext, angemessen Rechnung zu tragen.»[99] Die Idee der Fairness des Vertragsverfahrens auferlegt den Parteien eine Verantwortung für dessen Ablauf, die eine Verantwortung für den Umgang mit fremden Interessen[100] einschliesst. Darin ordnet sich auch eine eher prozedurale Sicht auf die Vertragsfreiheit ein als «Schutz der gegenseitigen Einwirkung zum richtigen hin», die ihre Begründung darin findet, dass Verträge der wechselseitigen Bedürfnisbefriedigung dienen.[101] Ganz wesentlich fordert Fairness eine Beschränkung der Mittel, die im fraglichen Vorgang verwendet werden.[102] Das bedeutet, dass der Einsatz eines bestimmten Instruments sich nicht nur danach richten darf, ob er zur Erreichung eigener Ziele geeignet und möglich ist, sondern ob er mit Blick auf die Verantwortung für das Vertragsverfahren und die Interessen der Gegenpartei auch als fair erscheint.

Hinweise für die weitere Konkretisierung der Fairness des Vertragsverfahrens ergeben sich aus den verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundsätzen für ein faires Verfahren. Dazu gehört beispielsweise der Grundsatz der Waffengleichheit und der prozessualen Chancengleichheit, der im Wesentlichen bedeutet, dass sich alle Beteiligten gleich wirksam am Verfahren beteiligen können, aber auch das grundsätzliche Verwertungsverbot widerrechtlich erlangter Beweise und der Anspruch auf rechtliches Gehör, mit dem die Akteneinsicht eng verbunden ist.[103] Alle haben sie zum Ziel, die Verfahrensbeteiligten nicht zu reinen Objekten des Verfahrens zu machen (eine Gefahr, die auch AEE mit sich bringen), sondern vielmehr zu Akteuren, deren Handlungen und Perspektiven berücksichtigt werden müssen. Beweisverwertungsverbote und ähnliche Regeln bringen überdies zum Ausdruck, dass der Zweck nicht sämtliche Mittel heiligt.

Was die Fairness des Vertragsverfahrens bei der Verwendung von AEE-Systemen bedeutet, lässt sich an dieser Stelle lediglich skizzieren. Aus-

99 Wiederkehr, Fairness als Verfassungsgrundsatz – eine Skizze, recht 2007, 173 (176 f.).

100 Vgl. Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (143), wonach Fairness «überall dort geboten [ist], wo der Umgang mit fremden Interessen unter einer Rechtsverantwortung steht.»

101 Graf von Westphalen/Pamp/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke/Thüsing, 47. EL 2022, Rn. 4 f.

102 Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (139).

103 Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Steinmann, 3. Aufl. 2014, Art. 29 BV Rn. 41.; vgl. Berkemann, Fairness als Rechtsprinzip, JR 1989, 221 (222 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gangspunkt sind die Positionen, Fähigkeiten und Interessen der Beteiligten, wobei strukturelle Ungleichheiten zwar herausgearbeitet, aber als unveränderlich anerkannt werden. Es geht nicht darum, tatsächliche Gleichheit herzustellen, sondern die Positionen *aller* Beteiligten mit Blick auf den konkreten Vertrag und den Einsatz der AEE-Systeme so zu optimieren, dass ihnen Handlungsmöglichkeiten zur Wahrung ihrer Interessen offenstehen. Grundsätzlich gilt ein Vertragsverfahren mit AEE-Systemen als fair, wenn die Beteiligten betreffend die zentralen Punkte des Vertragsschlusses, mit Blick auf ihre Position und ihre Interessen angemessene Handlungsmöglichkeiten, Informationsrechte und -pflichten haben, die auch gegenüber jenen der Gegenseite insgesamt als ausgewogen erscheinen.

Denkbar wären z. B. folgende Konkretisierungen:

- Wenn durch AEE variable Preise festgelegt werden, die aus Verbrauchersicht insgesamt zu Intransparenz und Ohnmacht führen können, wäre die Pflicht denkbar, der Gegenseite die Verwendung personalisierter oder dynamischer Preise mitzuteilen[104], evtl. auch den Standard- oder Durchschnittspreis über eine gewisse Zeit.[105] Überdies oder stattdessen könnte eine Pflicht bestehen, dem Verbraucher auf Wunsch ein Angebot mit einem nicht-variablen Preis zu machen.[106] V. a. die verstärkte Personalisierung durch Technik würde so durch eine Wahlmöglichkeit des Verbrauchers kompensiert.
- Wenn AEE-Systeme Profiling verwenden, könnte die Pflicht bestehen, der Gegenseite standardmässig das Zustandekommen und die Ergebnisse der Profiling-Vorgänge (z. B. einen Score über die Finanzkraft) in verständlicher Form mitzuteilen. Weshalb sollte die digitale Reputation, die jedem zugleich vorauseilt und als Schatten folgt, nur derjenigen Vertragspartei offen zugänglich sein, welche die Information nicht betrifft?
- Bei kuratierten Angeboten, die den Verbraucher gewissermassen in seiner eigenen Filterblase konsumieren lassen, könnte die Pflicht für

104 Art. 4 Ziff. 4 lit. ii RL (EU) 2019/2161 gilt nur für personalisierte Preise; vgl. Zurth, Personalisierte Preise, AcP 2021, 221(4), 542 ff.

105 Vgl. Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (288, 292).

106 So auch Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (229 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

eine Option bestehen, dass der Verbraucher den Algorithmus für eine bestimmte Transaktion ausschalten kann.[107]

- Personalisierte Preise könnten bei gewissen lebensnotwendigen Produkten ausgeschlossen sein, um sicherzustellen, dass finanzschwache Menschen eines der wenigen ihnen zur Verfügung stehenden Optimierungsinstrumente behalten: die Bereitschaft, Anbieter zu vergleichen und für das billigste Angebot auch Umwege in Kauf zu nehmen.[108]
- Die Verwendung von Profiling könnte in bestimmten Bereichen ausgeschlossen sein, wenn ein diskriminierungsfreier Einsatz von AEE-Systemen nicht sichergestellt ist.[109]
- Dem Fairnessgedanken würde es auch widersprechen, durch die Schaffung «strategisch errichteter Rationalitätsfallen» menschliche Urteilsverzerrungen auszunutzen.[110] Faires Verhalten bedeutet, dem Gegenüber ebenfalls mündiges, rationales Verhalten zu ermöglichen oder jedenfalls nicht bewusst zu verhindern.
- Nach Abschluss des Vertrags könnten Widerrufsrechte, wie sie in der EU und noch sehr viel mehr in den USA bereits verbreitet sind, die Handlungsmöglichkeiten des Verbrauchers erheblich stärken.[111]

Letztlich geht es bei der Fairness darum, den Vertrag und die zu diesem Zweck eingesetzten Instrumente stets in seiner relationalen Bedeutung zu sehen. Wenn der Verbraucher auf einer Webseite ein Produkt wählt, seine Kontakt- und Zahlungsdaten eingibt, und ausschliesslich auf deren Grundlage automatisiert ein Vertrag abgeschlossen wird, scheinen die Handlungsmöglichkeiten beider Seiten relativ ausgeglichen. Je komplexer die AEE-Systeme, umso mehr steigt indes die Verantwortung des Anwenders, diese fair einzusetzen. Auch der HITL und Transparenzgebote sollten im Lichte der Fairness betrachtet werden. Zur Fairness gehört z. B., dass der

---

107 Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (242 f.); vgl. auch Art. 29 Abs. 1 DSA-Entwurf.

108 Nach Linderkamp, Der digitale Preis – eine automatisierte Einzelfallentscheidung?, ZD 2020, 506 (507), könnten Kunden mit geringem Einkommen auch ein günstigeres Angebot erhalten, um den Markt zu öffnen. Es bleibt indes fraglich, ob dies bei tatsächlich nötigen Produkten erfolgt.

109 Zu denken ist etwa an das Arbeitsrecht. Auch bei personalisierten Preisen können Diskriminierungen vorkommen, wenn Profiling an bestimmte unveränderliche persönliche Merkmale anknüpft; vgl. Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (288, 293).

110 Vgl. Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (230 ff.).

111 Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (233 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Kontakt zu einem mit Menschen besetzten Kundendienst leicht erkennbar ist und effizient funktioniert, allein schon, um technische Probleme zu beseitigen. Ob ein HITL die Handlungsmöglichkeiten des AEE-Adressaten tatsächlich erweitert, hängt allerdings nicht vom Menschsein, sondern von dessen Kompetenzen innerhalb des Prozesses ab. Auch Transparenz kann individuelle Handlungsmöglichkeiten fördern, aber ob diese Wirkung tatsächlich eintritt, hängt von der konkreten Umsetzung ab, nicht von Information per se.

Die Fairness des Vertragsverfahrens ist auch für den Abschluss von Plattformnutzungsverträgen relevant. Die Bedeutung von Verfahren in privaten Rechtsverhältnissen zeigt sich in diesem Kontext allerdings auf umfassendere Weise. Denn Plattformen verwenden AEE-Systeme v. a. für das Management der Plattformnutzung. Aufgrund der gesellschaftlichen Bedeutung der Plattformen und ihrer Rolle als Gatekeeper entwickelt sich deren Nutzungsmanagement immer mehr zu einer Diskursregulierung. Faire Verfahren sind dabei von eminenter Bedeutung und erhalten eine über die Vertragsparteien hinausreichende, gesellschaftliche Dimension.[112] Eine analoge Geltung der Grundsätze für staatliche Verfahren wäre durchaus denkbar, wo die Plattformen staatliche Auflagen erfüllen oder faktisch zu erstinstanzlichen «Gerichten» über Persönlichkeits- oder Ehrverletzungen werden.[113]

---

112 Dies gilt im Einzelfall sowie für «content moderation» als «mass speech administration» (dazu Douek, Content Moderation as Administration, Harvard Law Review 136, forthcoming, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4005326).

113 In diese Richtung BVerfG 1 BvR 3080/09, 11.4.2018 Ziff. 46 (Stadionverbot). – Die Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution, ODR) beschäftigt sich damit, wie Technik eingesetzt werden kann, um die Handlungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten zu verbessern. Die Plattformen müssten das Rad mithin nicht neu erfinden, wohl aber zu einem Verständnis der Techniknutzung finden, das sich stärker an ihrer gesellschaftlichen Funktion orientiert. Vgl. zu ODR die VO (EU) Nr. 524/2013; Loutocký, Possible approaches towards the architecture of online courts and their potential in the decision-making process (Jusletter IT 31.5.2022); Susskind, Online Courts and the Future of Justice, 2019, der sich für eine eigentliche Transformation des Justizsystems einsetzt; Salter, Online Dispute Resolution and justice system integration, Windsor Yearbook of Access to Justice 2017, 112; Katsch/Rabinovich-Einy, Technology and Dispute Systems Design, Dispute Resolution Magazine 21 (2015), 8 (13), wonach die faire Streitbeilegung auf Sharing-Plattformen entscheidend dafür sein kann, ob die Begriffe des «Sharing» und des «Empowerments» tatsächlich verwirklicht werden; Rabinovich-Einy, Beyond efficiency, UCLA Journal of Law & Technology 2008, 12(1), 1, über die Auswirkungen von Technik auf prozedurale Werte; so-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

VII. Schlusswort

Im Kontext vieler Vertragsbeziehungen kommen heute AEE-Systeme zum Einsatz. Die Automatisierung des Vertragsschlusses oder das automatisierte Nutzermanagement auf Plattformen scheint a priori selbstverständlicher Ausfluss der Vertragsfreiheit. Allerdings führen AEE-Systeme zu einem grundlegenden Wandel soziotechnischer Praktiken in Vertragsverhältnissen, weil sie die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten verändern und vormals im entscheidenden Menschen verborgene Prozesse sichtbar machen.

Dies lenkt den Blick auf die Prozessualität des Verfahrens, das zu einem Vertragsschluss führt oder in dem das Nutzermanagement erfolgt. Dessen Qualität lässt sich nicht allein danach beurteilen, ob es frei von Furcht, Irrtum oder Täuschung ist, sondern auch, ob es der positiven Anforderung der Fairness genügt. Die Mittel, welche die Beteiligten bei diesen Verfahren einsetzen, müssen in umfassendem Sinn als angemessen erscheinen und sind nicht bereits deshalb legitim, weil sie für das angestrebte Ziel geeignet sind. Diese prozedurale Sicht auf Abläufe im Vertragskontext erlaubt einerseits, verschiedene Fragen, die sich durch soziotechnischen Wandel aufgrund der Digitalisierung stellen, thematisch zu bündeln. Andererseits ist das Konzept der Fairness ausreichend flexibel, um es für sehr unterschiedliche Akteure und Situationen zu konkretisieren.

Offen bleiben vorliegend die Konsequenzen eines Verstosses gegen die Fairness des Vertragsverfahrens, ebenso wie das Verhältnis dieser vertragsrechtlichen Überlegungen zu relevanten Vorschriften der DSGVO oder den Entwürfen zu einem Digital Services bzw. Digital Markets Act. Diese Fragen wären in anderen Untersuchungen zu vertiefen.

---

wie die verschiedenen Beispiele für ODR bei Rabinovich-Einy/Katsch, The new courts, American University Law Review 2017, 67(1), 165.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Methode als Machtfaktor revisited: Smart contracts, material justice and pre-eminence

Christoph König

A spectre is haunting private law–the spectre of the smart contract. We are told that its disruptive potential as a technological force will end the contract as we know it, heralding a new age of not just private law. Within the bounds of the smart contract, no humans beyond the contracting parties will need to be involved, thereby marking the long-promised manifestation of true justice.

That at least is the hope brought forth by many. As this paper will show, the question of whether smart contracts are actually contracts or if they merely profess to be is, at best, contested. There is no consensus on how to treat smart contracts in private law. Consensus, however, is not a prerequisite of *contractness*. Even if it turns out that smart contracts are in fact contracts, it is unlikely that opposition will cease to exist. That applies to the other side as well: Should the smart contract not pass the test and therefore be barred from entering the pantheon of private law, it is unlikely that scripts will cease to function or their standard-bearers delete their code.

Who could settle this dispute? Surely, the parliamentary legislator could decree at any time *pollice verso* one way or the other. Some argue that has in fact already happened. In 2000, the EU Directive on electronic commerce[1] outlines in Article 9 that "member states shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means." Is a smart contract merely a way to conclude a contract by electronic means? The planned adoption of a more recent legislation–the proposed Digital Services Act[2]–suggests differently. It sets out to enable "the development

1 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8.6.2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

2 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC (COM(2020) 825 final 2020/0361(COD)).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

and use of smart contracts."[3] So now is the time the legislature encourages the adoption of smart contracts. One could conclude that so far smart contracts have not been enabled by the legislature. One could also conclude that the legislature is unsure if and how smart contracts will fit within the established system of private law—and if they fit at all. By using such language, they delegate the power and duty to other stakeholders of legal discourse.

Who are these actors? Legal academics, for instance, do not have an actual power to determine the fate of the smart contract in the system of private law. They will give an opinion on what they interpret the law to be. The judiciary at least has the de facto power to make this decision. Should a conflict arise from a smart contract that is then escalated by the parties to a court of last resort–and that court does not find a different fulcrum on which to settle the dispute–the decision would de facto bind lower courts. In their argument, the court would probably azwould then probably follow suit and codify that decision.

That, however, is not what this paper seeks to analyse or predict. This paper will argue that there is another way to observe such developments of law. It will argue that other factors encase such developments and other debates fought on different planes that preclude the initial argument. This paper then seeks to highlight some of the debates with a focus on German law, which might be more closely linked to the question of whether the smart contract can fulfil the need of the market and the reigning faction's understanding of material justice in private law. Once the matter has been settled, legal methodology will inevitably find an elegant way to make smart contracts operational within the framework of private law, if their adoption reduces transaction costs while "better protect[ing] consumers and their fundamental rights online."[4] Otherwise, smart contracts will be declared inadmissible and their exclusion from the pantheon inevitable.

To that end, this paper will first explore the nature of smart contracts and try to outline the fulcrum of the classification as a contract in private law. Once that has been established, the paper will group the relevant current debates into narratives, represented by a cross-section of publications.

---

3 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC (COM(2020) 825 final 2020/0361(COD)), "1. Context of the proposal" – "Reasons for and objectives of the proposal".

4 EU Commission, 'What are the key goals of the Digital Services Act?', https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

These narratives will then be tested against the reasoning on legal positivism argued by Grimm in 1982, identifying *topoi* of material justice as deciding elements of jurisprudential developments. With that knowledge, the paper will then produce some prospects for the developments of smart contracts in the pantheon of private law.

I. Smart Contracts

The German tradition of what a contract is revolves around the concept of *Rechtsgeschäft*,[5] a term that does not seem to have a proper one-to-one translation into English. In the *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), the plural "*Rechtsgeschäfte*" functions as the title of the third division in book one. The official translation of the code defines them as "legal transactions"[6], an action or declaration on the legal plane of existence that leads to legal consequences and is rendered ideally with the intention to do exactly that. A contract in that understanding, or at least in the realm of obligations, is the consensual regulation of the relationship of at least two individuals by such a *Rechtsgeschäft*.[7] Two or more free and equal individuals, as either natural persons or while representing legal entities, exchange declarations of the intention to bind each other in a promise. If the declarations match, the BGB holds them accountable to that promise by giving each remedies for the breaking of promises.[8]

The term *smart contract* is usually traced back to a 1994 paper by Szabo where it is defined as a "computerized transaction protocol that executes the terms of a contract."[9] It is a script within a programming language that is designed to check for specified variables and if those match a pre-decided

---

5 See Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 1992, p. 599 f.

6 See German Civil Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, right above Section 104.

7 See Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 1992, p. 601: "*Der Vertrag ist die rechtsgeschäftliche Regelung eines Rechtsverhältnisses, die von den Vertragspartnern einverständlich getroffen wird.*"; with further comparative and historical reference to contract as an institution of private law.

8 For current discussions on the topic in the English language, see Schulze/Viscasillas, The Formation of Contract – New Features and Developments in Contracting, 2016.

9 Szabo, Smart Contracts, 1994, https://web.archive.org/web/20011102030833/http://szabo.best.vwh.net:80/smart.contracts.html.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

value or threshold, produce a pre-defined output to another variable.[10] For these scripts to execute, at least two parties have to access it. The variables often refer to digital assets on both ends.

These kinds of scripts often run on a blockchain, but do not necessarily have to do so. If they are deployed on a blockchain like Ethereum[11], the script and non-personal information about its users are publicly available and written on a ledger. Only if the ledger is verified by the members of the blockchain is the script executed and the changed variables also attached to the ledger, at which point a transaction has occurred. Ideally, this blockchain then remains as an unchangeable archive of all previous transactions. The blockchain can only be written on, but not modified. The appeal to make contracts *smart*, as in transparent, verifiable, and unchangeable on the blockchain, is compelling.

The question remains if these scripts that are referred to as *smart contracts* are in fact contracts. That is, can a script be a *Rechtsgeschäft*?[12] Perhaps unsurprisingly, the answers to that question range from utter rejection to resounding affirmation. If one were to take a spectroscopy out of the arguments presented, peaks might be discerned among the lines in certain areas.

Private law is not ready for smart contracts. The script of a smart contract does not care or recognize whether or not it qualifies as *Rechtsgeschäft*. Smart contracts "will work, no matter if [they are] buggy or not, whether their intent is legal, criminal or outlawed whole-sale. They are called contracts for a reason, but the guarantee of execution they have built in is in something our legal systems are not prepared for. That notion does simply not exist in current law, and no-one knows how judges and law-makers will react."[13] Making a contract unbreakable, however, is not automatically the best solution; the remedies that have been developed in private law to adapt to changing circumstances are an asset available to both parties. In that sense, "[s]mart contracts may not be so smart"[14].

There is a fundamental dichotomy between a "smart contract" and a "traditional contract".[15] A smart contract, especially on a blockchain,

10 Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 2020, p. 710.
11 See https://ethereum.org/.
12 Currently the seminal text on the question is Braegelmann/Kaulartz, Rechtshandbuch Smart Contracts/Möslein, 2019, p. 81.
13 Diedrich, Ethereum – Blockchain, digital assets, smart contracts, decentralized organizations, 2016, p. 242.
14 Pistor, The Code of Capital, 2019, p. 191.
15 Sury, E-Contracting, Informatik-Spektrum, 2019, 146 (146f).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

merely documents a *Rechtsgeschäft*, but does not evaluate it.[16] That is a question of semantics reserved for humans. Machines and their scripts only deal in syntax, i.e., "code is not law".[17] That code is merely a tool for defining conditions that, if met, have a pre-defined result, while a real contract is made up of corresponding *Rechtsgeschäfte*[18] whose transactional quality is based on §§ 145 ff. BGB only.[19] The term *smart contract* is misleading; these scripts merely engrave the conditions of a real contract that has been or will be entered into in a script, potentially on a public ledger.[20] They can be used to perform a traditional contract, such as a vending machine would, if the content of the contract is the exchange of digital assets[21], i.e., "code is law".[22] Even the automation part of a smart contract is not new, certainly not to private law, as automation predates even the BGB.[23] Traditional contract law is not capable of rendering smart contracts.[24]

Smart contracts can be rendered as *Rechtsgeschäfte*.[25] It is incomprehensible why they should not be able to do so when "every beermat, even a tattoo can indicate declarations of intend to contract. In contrast to those, a blockchain is almost predestined to render *Rechtsgeschäfte*".[26] The declara-

16 Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (510).

17 Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 2020, p. 81; Möslein, Rechtliche Grenzen innovativer Finanztechnologien (FinTech): Smart Contracts als Selbsthilfe?, ZBB 2018, 205 (217).

18 Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (505).

19 Paulus/Matzke, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, ZfPW 2018, 431 (465).

20 Wilkens/Falk, Smart Contracts, 2019, p. 30.

21 Kaulartz/Heckmann, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, 618 (624).

22 Lessing, Code: and other Laws of Cyberspace Version 2.0, 2006, p. 4.

23 Paulus/Matzke, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, ZfPW 2018, 431 (431).

24 Diedrich, Ethereum – Blockchain, digital assets, smart contracts, decentralized organizations, 2016, p. 242.

25 Paulus/Matzke, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, ZfPW 2018, 431 (464).

26 The German original of the direct quotes has been preserved in the corresponding footnotes. The translations are by the author and are not always verbatim; they rather seek to preserve the contextual meaning of the quote. *„Jeder Bierdeckel, sogar eine Tätowierung kann einen rechtlichen Willen kundgeben. Im Gegensatz zu diesen ist die Blockchain für die Aufnahme von Willenserklärungen prädestiniert.*"

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tions can be traced to a person[27] and can be considered received by the other party when they are verified by the members of the ledger and added to it.[28] The automation of the smart contract means that the conclusion of the contract and its performance fall together.[29] It does not matter that the smart contract cannot perform physical obligations, i.e., "repairing of a car", the exchange of digital assets or amendment of a land registry is just as much a substance of a contract.[30] The analogy to a vending machine actually supports the argument that smart contracts can be *Rechtsgeschäfte*. No one doubts the fact that the use of a vending machine can constitute a contract.[31] Making the conditions of the contract impossible to breach does not make it a non-contract, merely one that cannot be breached.[32] A smart contract not always being a *Rechtsgeschäft* is not tantamount to it never being one; a smart contract has a "technical (syntactic)" and a "legal (semantic)" level to it.[33]

Smart contracts are only transparent to those who can read the programming language. If the code is considered the authoritative substance of the contract, it opens the floodgates to "opportunistic behaviour"[34] from those who have command of the programming language. It becomes virtually impossible for the contracting parties to prove deficiencies in the process or their declarations, especially through unjustified enrichment.[35] One would have to reduce the scope of the contract to those facts that are al-

---

Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (505).

27 Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (505).

28 Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (510).

29 Kaulartz/Heckmann, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, 618 (619).

30 Kaulartz/Heckmann, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, 618 (619 f.).

31 Schrey/Thalhofer, Rechtliche Aspekte der Blockchain, NJW 2017, 1431 (1431).

32 Schwintowski, Der Smart Contract – nötig für Energieversorger?, EweRK 2018, 205 (205).

33 Kaulartz/Heckmann, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, 618 (624).

34 Fries, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, Anwaltsblatt 2/2018, 86 (87).

35 Fries, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, Anwaltsblatt 2/2018, 86 (90).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ready verifiable through technology alone.[36] That especially rules out the application of smart contracts when consumers are involved. For example, § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB will not allow the rendering of terms of contract in a programming language the consumer cannot understand.[37]

Smart contracts do have potential in the future. Automated compliance can help users assert their rights more easily.[38] Smart contracts will not replace traditional contracts, but they will become increasingly prevalent and require users and lawyers to shift their engagement to an earlier stage of contracting.[39] A focus will have to be to ensure the parties of the contract will be able to understand not only what the contract does, but also what the consequences of a smart contract can be for them.[40] Before smart contracts are able to replace lawyers, they will have to come a long way.[41]

In short, sticking with a tight understanding of *Rechtsgeschäfte* as core concept of contracting neither makes the smart contract impossible at an immense cost for commerce and progress[42] nor are smart contracts merely a fad.[43]

Convincing legal arguments can be found that seemingly prove contradicting decisions to the question of whether smart contracts are in fact contracts. They circle around similar fulcrums, but come to different conclusions. Who is right? For an answer, we might have to identify a different way to look at these arguments.

---

36 Kaulartz/Heckmann, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, 618 (624).

37 Fries, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, Anwaltsblatt 2/2018, 86 (88).

38 Diedrich, Ethereum – Blockchain, digital assets, smart contracts, decentralized organizations, 2016, p. 248.

39 Fries, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, Anwaltsblatt 2/2018, 86 (90).

40 Fries, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, Anwaltsblatt 2/2018, 86 (90).

41 Fries/Paal, Smart Contracts/Finck, 2019, p. 12.

42 Diedrich, Ethereum – Blockchain, digital assets, smart contracts, decentralized organizations, 2016, p. 243.

43 Paulus/Matzke, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, ZfPW 2018, 431 (431).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

II. Methode als Machtfaktor

In 1982, Helmut Coing turned 70 years old. For a German legal academic, this is an important anniversary, marking far more than a retirement. The important question at this juncture in a career is will he or she be granted the highest honour their contemporaries can bestow upon them. For Coing, the answer was yes. With *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*[44], the founding director of what was formerly called *Max Planck Institut für Europäische Rechtgeschichte*[45] was crowned with a *Festschrift zum 70. Geburtstag*.

A group of distinguished legal minds pledged themselves to the project, each of them engaging in deep thought on contributing to this work. The contribution of Dieter Grimm holds insight for the private law of today.

Under the title *Methode als Machtfaktor*[46] (methodology as a question of authority), Grimm sought to analyse the role and use legal methodology had and has–openly and covertly–in the development of private law. He asks, "How and for what purpose has the positivistic methodology in Germany been (ab)used"[47], and by extension, how it should be understood in a broader context away from the dogmatic battle cries of the time, saying, "If law does not become decisive when entering into force, but acquires its definite manifestation only through its practice, then the methodology ["rules"] of practice are no less relevant for the legal system than the legal norm itself. […] That is why the grand disputes of the schools of thought in jurisprudence are often less about substance and more about methodology."[48]

---

44 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, 1982.

45 European Legal History. Today it is the *Max Planck Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie* – Legal History and Legal Theory – in Frankfurt am Main.

46 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469.

47 *„Grundfrage: wie und wofür wurde die positivistische Methode in Deutschland ausgenutzt?*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (469).

48 *„Wenn das Recht mit seinem Inkrafttreten noch nicht völlig bestimmt ist, sondern endgültige Gestalt erst in der Anwendung findet, dann sind die Anwendungsregeln nicht weniger relevant als die Rechtsnormen selbst. […] Deswegen betreffen die großen Schulenstreite in der Rechtswissenschaft oft weniger Inhalte als Methoden.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (470).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

The specific legal methodology Grimm discusses is positivism. Here he wants positivism to be understood as those methods of interpreting the law that aim to bring forth nothing but the unaltered content of the law. This positivism seeks to exclude all questions of legitimacy, justice, and pragmatism, and to derive answers to normative questions from nothing but the code itself. Positivism at least self-proclaims the intent to do so.[49] Grimm states, "If every conceivable legal problem is preconceived in the code, all solutions must be found in text of the norm alone."[50] It is through this very claim that legal methodology acquires substantive power.

Grimm opens his analyses with the 19th century patron saint of German legal academia, Savigny, which no treatise about methodology or dogmatics can avoid. Grimm describes Savigny's *Historische Rechtsschule*[51], the German historical school of jurisprudence, as a way to obstruct or at least inhibit drastic political or societal change. Although in France and Austria central codification projects were seen as the medium to fundamental reorganization and modernization, Savigny countered German cries for a unified civil code with ironclad argument in favour of historic continuity.[52]

Law does not invoke legitimacy by fulfilling a just function for society; its legitimacy echoes from its history.[53] Neither are the people represented by arbitrary parliamentary decisions or acts of state: just law emanates

---

49 „*Unter Positivismus verstehe ich dabei diejenigen Interpretationsmethoden, welche den Sinn von Normen allein aus rechtlichen Faktoren ermitteln wollen, den Rückgriff auf Rechtsideen, Regelungszwecke und Wirklichkeitsbefunde und damit auch alle Anleihen bei den Sozialwissenschaften, der Philosophie und Geschichte ablehnen, weitere Bedeutungen [Geltungsfrage, Gerechtigkeitsfrage, Frage nach dem wirklichen Recht], die sich ebenfalls mit dem Begriff verbinden, scheiden hier aus.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (471).

50 „*War jedes erdenkliche Rechtsproblem in der Kodifikation vorgedacht, mußte sich die Falllösung aus dem Normtext allein ergeben.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (471).

51 See instead of many Haferkamp, Die Historische Rechtsschule, 2018; Lahusen, Alles Recht geht vom Volksgeist aus – Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, 2012; Schröder, Recht als Wissenschaft. Die Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, 3. Aufl. 2021.

52 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (473).

53 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (476).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

from *Volksgeist* (spirit of the people)–"silent forces"[54]. By manifesting the true will of the people through specific interpretation of Roman legal sources–and through this alone–legislation or other sets of norm-giving become void. The oracle that arbitrates between the people and its *Geist* are not their elected representatives or rulers by divine right: this power resides with jurists[55]– meaning law professors, specifically with Savigny. The claim to dominion over the law is absolutized through his systematic thoughts: if every norm individually is only a fragmented expression serving a grander narrative, every contradiction or perceived void can be resolved by attempting to fulfil this exact narrative[56]; *vacui* loses its *horror* and Savigny can provide an answer to every question.

Long battles have been and are to this day fought over what this means and if it is methodologically sound or if it is a methodology at all.[57] What it did was field a conservative jurisprudential legislature at the faculties against the political liberalism in the parliaments, while at the same time enabling an economic liberalism with its derivative of Roman sources.[58]

Savigny's successors in Grimm's analysis, Jhering, Puchta, and Gerber, use positivism as an abstraction to decouple law from further societal developments. With that, they block any discourse on the social question. The "why" of law is barred from legal discourse. Laband together with Gerber even introduces this positivism to public law; in this case, the political compromise between economic bourgeois-liberalism and political monarchic-conservatism is thereby anchored through constitutional law.

The 20th century brings changing regimes and changing ideologies: Grimm's positivism however prevails. The Weimar years are shaped by Anschütz and Kelsen. National Socialism changes the legitimacy of law while maintaining its structures by deploying a methodological pluralism, where pre-revolution law is to be gazed through the lens of *gesundes*

54 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (476); Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, p. 14.

55 See Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, p. 1841.

56 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (474).

57 See instead of many Kiesow, Rechtswissenschaft – was ist das?, JZ 2010, 585; Jansen, Der Gegenstand der Rechtswissenschaft, JZ 2020, 213.

58 Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (477).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Volksempfinden[59], thereby made compatible with the new regime's visions. Post-revolution law on the other hand became unchained from the bounds of a judiciary or parliament; here, a strict *Gesetzespositivismus* was to be employed. Grimm's positivism enables both without any contradictions. In the early *Bundesrepublik*, it had the onerous task of renouncing the previous ideology and its methodological paradigms, only later also to revert to a stricter implementation when defending the more progressive changes of the late 1960s against conservativism.

Grimm's "selective observations"[60] lead him to seven conclusions.

"1. Methodology of the application of law is not an indifferent tool for the interpretation of prescribed contents, but rather a mechanism for selecting said contents."[61]
"2. Methodology is a distinct/autonomous factor of power that stands aside from positive law and on which the legislature has only limited influence."[62]
"3. Methodology can be an especially impactful factor of power, because it allows for the [favouring and discrimination] of [contents], without having to mention them by name."[63]
"4. The choice of methodology seems to depend – among others – on previous value judgements concerning the legal system that is to be interpreted. Methodology reflects preconceptions regarding the contents."[64]

---

59 Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl. 2017.

60 „*Selektive Beobachtungen*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

61 „*Die Methode der Rechtsanwendung ist kein inhaltlich indifferentes Hilfsmittel zur Deutung vorgegebener Inhalte, sondern ein eigener Selektionsmechanismus für Inhalte.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

62 „*Insoweit erweist sich Methode als ein eigenständig neben das positive Recht tretender Machtfaktor, der als Metaregel vom Gesetzgeber nur begrenzt beherrschbar ist.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

63 „*Methode kann einen besonders wirkungsvollen Machtfaktor darstellen, weil sie es erlaubt, Inhalte zu begünstigen oder zu benachteiligen, ohne diese beim Namen nennen zu müssen.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

64 „*Die Wahl der Methode scheint u.a. von einem voraufgehenden Werturteil über die zu interpretierende Rechtsordnung abhängig zu sein. Methode spiegelt die Bewertung des Gegenstandes wider.*" Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

"5. Positivism is the methodology of general endorsement – or at least preference – of the status quo which it protects against developments in interpretation or by legislatures."[65]
"6. Positivism is only conservative in the sense that it supports the preservation of the status quo. Apart from that it shares the location in the political spectrum with said status quo, which must not necessarily be conservative."[66]
"7. The inversion of the argument is not valid however. Non-positivistic methodology is not automatically aimed at overcoming the status quo. The choice of methodology is not only dependent on the pre-conception towards the status quo alone."[67]

Positivism only claims to find its solutions out of its own pre-conceived corpus of answers. The arbiters between that infinite wisdom of the scripture and the rendered decisions are not indifferent or impartial when working out the will of the code: it implies a pre-conception to uphold the status quo and inhibit change.

Previously, we looked at the legal discourse surrounding the legal quality of smart contracts. The arguments were mostly methodologically sound; they sought their validity by turning the system of private law itself into a template, then simply checking if the smart contract fits through its apertures. What they did not reveal is their pre-conceptions. With Grimm, we need to consider that the shaping of the template has its own template, based on a set of discourses that ground it in a wider context.

Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

65 *"Der Positivismus ist die Methode der prinzipiellen Billigung oder zumindest Bevorzugung des status quo, den er gegen interpretatorische oder legislatorische Veränderungen abschirmt."* Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

66 *"Konservativ ist der Positivismus nur in dem Sinn, daß er zur Erhaltung des status quo beiträgt. Im übrigen teilt er dessen Standort, der im Spektrum der Zeit keineswegs konservativ sein muß."* Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

67 *"Nicht gilt der Umkehrschluß, daß nichtpositivistische Methoden stets auf Überwindung des status quo gerichtet wären. Die Methodenwahl hängt nicht allein von der Einstellung zum status quo ab."* Horn, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag/Grimm, 1982, p. 469 (492).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

III. Material Justice

An answer to the question what that wider context is might be found in Wilhelm-Albrecht Achilles' 2018 paper "Vom Bürgerlichen Gesetzbuch zum Verbrauchergesetzbuch?"[68] Here Achilles concludes that the fundamental conception of the civil code has changed. He supports his argument by analysing changing perspectives of legislators throughout the 20th century.

When first discussed and written, the guiding principles were equality and conceptual freedom[69]; including the famed and unsuccessful interventions by the likes of Otto von Gierke calling for "socialist lubrication"[70] in the code. The perspective changes in the second half of the 20th century. First, courts reacted to eroding equality with the use of *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (AGB) – terms and conditions. In 1976, the legislature followed suit with the introduction of the AGB-Act[71], with the intention of protecting the consumer at the end of the economic process from a buck-passing mentality of the growing industrial might. With the *Schuldrechtsreform*, the grand overhaul of the civil code triggered amongst others by the implementation of the distance contracts directive[72], around 2000, the likes of AGB-Act were to be integrated in the civil code[73] with early warnings of arising systematic contradictions.[74] With every new integration and implementation, growing concerns were voiced.[75] With the implementation of the sale of consumer goods directive[76], the digital content

68 Achilles, Vom Bürgerlichen Gesetzbuch zum Verbrauchergesetzbuch? – Zum Perspektivwechsel des Gesetzgebers im Kaufrecht, JZ 2018, 953.
69 Achilles, Vom Bürgerlichen Gesetzbuch zum Verbrauchergesetzbuch? – Zum Perspektivwechsel des Gesetzgebers im Kaufrecht, JZ 2018, 953 (954).
70 V. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, p. 192.
71 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (BGBl. I S. 3317).
72 Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.
73 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I 3138).
74 Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch – Ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, 749 (749).
75 Faust, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2016, S. A 88.
76 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

and digital services directive[77], and concerning contracts for the sale of goods directive[78], just to name a few, the civil code is a far cry from the idea that a contract gains its legitimacy from the parties agreeing[79] to the increasing "need of civil law to react [to disadvantages] and facilitate corrections."[80]

The process described by Achilles is known by many names. In German, the most common name is probably *Konstitutionalisierung des Privatrechts*; literally translated, this means the constitutionalising of private law. For some it is a battle cry; something to rally against.[81] At its core, lies the idea that private law less and less represents the framework for equal parties to regulate their internal relationship autonomously, but that their relationship should be governed by guiding principles. The term is not new; its description is well documented. It is not something from the realm of legal academics, reminiscing grandeur of dogmatics past. Even the parliamentary legislature has accepted it as a reality, stating in 1996, "That [traditional] legal conception is no longer compatible with current economic conditions in the contemporary time of mass production and mass distribution."[82]

The parties to the contracts resulting from mass production and distribution are consumers. Consumers are going to be seen as the principal parties in contracts governed by the civil code. Consumers are not equal

77 Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.

78 Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods.

79 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 1992, p. 1 ff.; Schmidt-Rimpler AcP 1941, 130; for more context on Schmidt-Rimpel's contribution to private law before, during and after the NS regime see Rittner, Walter Schmidt-Rimpler (1885–1975), in Grundmann et al. (Eds.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, 2007, p. 261 and Kirschke, Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe: Rechtspolitik, Privatrechtsmethode und Vertragsdogmatik bei Walter Schmidt-Rimpler (1885–1975), 2008.

80 *"[…] die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen."* BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567 u. 1044/89 (Bürgschaftsentscheidung) = NJW 1994, 38.

81 See Maultzsch, Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, JZ 2012, 1040.

82 "*Solche Rechtsauffassungen entsprechen nicht mehr den ökonomischen Gegebenheiten der heutigen Zeit der Massenfertigung und des Massenvertriebs.*" BR-Drs. 696/96, p. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

partners in contracts. There is an inherent power imbalance between consumers[83] and entrepreneurs[84]. The imbalance between the consumer and the entrepreneur is the normal situation for contracts. One communication from the Commission to the EU Parliament states, "Consumer policy instruments protect all consumers in their dealings with professional traders. It is assumed that consumers are generally the weaker party in a transaction and that their health, safety, and economic interests therefore require protection."[85] Only equal parties can be autonomous in the way they conduct their contracts; without equality, the parties are not actually free to contract. Consumers do not have an influence on the contracts as such, but they can merely consume the product the entrepreneur offers, accepting said entrepreneur's conditions. They can also reject the conditions and try to find another suitable product. They can only accept or reject the contract as a whole but are not free to participate in regulating the relationship it produces. In this understanding, by strengthening the position of the consumer, contractual freedom is restored to the level intended when the civil code was first written.[86] One could argue that it is less the pre-conception of the civil code that changed, but rather the economic circumstances it was intended to frame; put simply, "consumers are at the core of a global change."[87]

If we look at the quality of the smart contract as a *Rechtsgeschäft* simply through the templates that come from the civil code itself, the design of the template itself is based on preconditions. These preconditions are not explained and are not revealed by the examiner. The unrevealed context can be explained as the discourse surrounding material justice. Material justice can be considered a timid decline of private law principles just as much as its restoration.

---

83 See § 13 BGB.

84 See § 14 BGB.

85 "3.4. Addressing specific consumer needs, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, New Consumer Agenda Strengthening consumer resilience for sustainable recovery", COM/2020/696.

86 Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 2000, 273.

87 New Consumer Agenda: European Commission to empower consumers to become the driver of transition: 13.11.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2069.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

IV. Pre-eminence

This positivism as a method of interpretation and application of law is neither indifferent nor impartial to its substance. It is an influential mechanism of selecting, favouring, and discriminating arguments that have a large impact on the law, but with very limited control of a parliamentary legislature. The mechanisms are influenced by the preconceptions of its user. It therefore has a tendency to favour and stabilise the status quo, independent of the status quo's nature as progressive, conservative, or reactionary.

Smart contracts refer first and foremost to scripts in a programming language that allow their users to transfer variables based on pre-defined conditions that are established within the programme or influenced by outside information, where the transferred variables regularly represent the transfer of digital assets between users. Whether or not these transactions are to be recognised as contracts depends on their quality as *Rechtsgeschäfte*. This judgement must be rendered in terms of the methodology of positivism, i.e., procuring the answer from within the closed and complete system of the civil code. *Lege artis* arguments have been and continue to be brought forth on a broad spectrum. The discourse observes certain peaks marking the front lines.

The preconception positivism carries and defends as status quo can be understood as its stance on material justice. It manifests through arguments rendered under grander narratives like consumer protection and restoration of parity. This pre-conception is not part of the positivistic argument itself, but is implied and does not function as part of the positive discourse.

This paper therefore argues that the question of whether or not smart contracts and related technologies like blockchain are to be qualified as *Rechtsgeschäfte* and therefore should be allowed into the pantheon of private law is contingent. The decision will not be rendered on the grounds of *Rechtsgeschäft*, but rather if these technologies can be permeated through legislation – parliamentary or otherwise – to fall in line with the guiding narratives of material justice. If so, positivism then allows an elegant nomenclature to incorporate smart contracts into its system, thereby fulfilling its promise of pre-eminence: smart contracts will be where they always were, in the closed and complete system of private law. If not, positivism allows an elegant nomenclature to exclude smart contracts from its system, thereby fulfilling its promise of pre-eminence: smart contracts will be where they always were, outside the closed and complete system of private law.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

If we think about law as a system that permeates reality in order to make it operational for conflict solving, the question of the smart contract becomes more banal. For example, when you open the door of your car on the driver side into the path of an approaching cyclist who gets injured in that instance, it is accepted that BGB private law should solve this conflict by binding you two into a contract – §§ 823 ff. BGB. This is not an obligation based in *Rechtsgeschäft*, but it is statutory. BGB private law could have solved this conflict differently, but it did not. If you interact with the scripts on the Ethereum blockchain, private law will try to permeate that reality just as much. The question of whether it will do so by accepting it as a contract and applying its system of rights and remedies is programmed as a discourse around whether or not the interaction and transaction can be discerned and qualified as a *Rechtsgeschäft* or not. The decision however will be influenced – if not entirely decided – on another level of rationalising.

A key factor of whether the system of contracts will be used to solve the conflicts arising from the implementation of smart contracts depends on whether said smart contracts can adapted into the grander narratives of consumer protection and material justice.

Based on this argument, the author offers three propositions on the hidden front lines of this battle:

Nr. 1: Because the potential substance of the smart contract happens in the realm of syntax and is harder for jurists to permeate without nonjuridical skills in coding, smart contracts must not merely secure the status quo in consumer protection while reducing transaction costs for commercial users but strengthen the rights and remedies for consumers while reducing transaction costs for commercial users in order to be admitted into the pantheon.

Nr. 2: Smart contracts and their outcomes must remain actionable for consumers. The potential of an authoritative decision should remain with a proper court of law. Smart contracts between commercial users will be implemented with or without endorsement of parliamentary legislatures. The lures of being unchangeable, verifiable, and transaction cost reducing will very likely be too great to resist; *Kautelarjurisprudenz* – proviso jurisprudence – will find other forms of resolving potential conflicts arising from using smart contracts.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Nr. 3: In line with Nr. 1, parliamentary legislatures should not treat imbalances between consumers and commercial users in digital environments as mere information asymmetries[88] to be remedied by duties to inform.

88 Stürner, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 2014, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Teil 3.

Moderationsmacht und soziale Plattformen

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die Grenzen privater Normsetzung durch soziale Netzwerke: Zur Drittwirkung der Unionsgrundrechte bei Community Standards am Beispiel von Hate Speech

Amelie Röhling und Johannes Weil[*]

I. Einleitung

Die Community Standards sozialer Netzwerke haben in jüngerer Zeit immer mehr Aufmerksamkeit erlangt – zuletzt etwa im Kontext der Sperrung diverser Social Media Accounts von Donald Trump.[1] Insbesondere legen die Diensteanbieter darin einseitig fest, welche Inhalte auf ihren Plattformen nicht veröffentlicht werden dürfen. Sie fungieren in dieser Hinsicht als „private Gesetzgeber", interpretieren die betreffenden Regelungen aber auch und setzen sie selbstständig durch.[2] Bisweilen überschreiten sie dabei Grenzen, die dem Staat bei vergleichbaren Beschränkungen der Meinungsfreiheit zu setzen wären.[3] Angesichts der massiven Konzentrationsprozesse, denen die digitalen Meinungsmärkte unterliegen, kommen so speziell die marktbeherrschenden Netzwerke in eine Machtposition, die ihnen eine weitgehende Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung erlaubt.[4]

Für die deutsche Rechtsordnung wird daher schon länger diskutiert, ob die Diensteanbieter im Wege der mittelbaren Drittwirkung stärker an die

---

* Der Beitrag wurde vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF 01IS18026B) durch die Förderung des Zentrums für skalierbare Datenanalyse und Künstliche Intelligenz ScaDS.AI Dresden/Leipzig unterstützt

1 Twitter Inc., Permanent suspension of @realDonaldTrump, Twitter-Blog 2021, https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension; Clegg, In Response to Oversight Board, Trump Suspended for Two Years, Facebook-Newsroom 2021, https://about.fb.com/news/2021/06/facebook-response-to-oversight-board-recommendations-trump.

2 Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 335.

3 Siehe etwa zur aktuellen Twitter-Kampagne gegen Desinformation zu COVID-19 Reinhardt/Yazicioglu, Grundrechtsbindung und Transparenzpflichten sozialer Netzwerke, DSRITB 2020, 819 (819 f.).

4 Vgl. Dolata, Plattform-Regulierung. Koordination von Märkten und Kuratierung von Sozialität im Internet, Berlin Journal für Soziologie 2019, 179 (183 f.); siehe dazu auch das Impact Assessment der EU-Kommission zum Entwurf des *Digital Services Act*, SWD (2020) 348 final Rn. 85 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Grundrechte ihrer Nutzer zu binden sind, als dies üblicherweise im grundsätzlich gleichgeordneten Verhältnis von Privaten gilt.[5] Mit ihrem vielbeachteten Entwurf eines *Digital Services Act* (DSA-E)[6] rückte die EU-Kommission Ende 2020 die Grundrechtsbeziehungen zwischen Anbietern und Nutzern sozialer Medien auch auf unionaler Ebene in den Fokus.[7] So sieht der als „Grundgesetz für das Internet"[8] gefeierte Verordnungsentwurf, über den sich das Europäische Parlament und der Rat der EU mit einigen Abänderungen am 23. April 2022 vorläufig geeinigt haben,[9] eine umfassende Regulierung der Online-Plattformen vor, die eine präzedenzlose Verpflichtung der Diensteanbieter zur Beachtung der Grundrechte ihrer Nutzer bei der Content Moderation miteinschließt (Art. 12 Abs. 2 DSA-E). Das EU-Parlament hat die konsentierte Fassung am 5. Juli 2022 formal verabschiedet,[10] mit der endgültigen Entscheidung des Rats ist noch im September dieses Jahres zu rechnen.[11]

---

5 Jüngst hat auch der BGH als erstes oberstes Gericht in Deutschland zu dieser Frage Stellung bezogen, BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612; im Übrigen s. z. B. Holznagel, Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke: Quo Vadis?, CR 2019, 518 (519–522); Lüdemann, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, 279; Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961; Tuchtfeld, Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg", VerfBlog 2019, https://verfassungsblog.de/marktplaetze-soziale-netzwerke-und-die-bverfg-entscheidung-zum-iii-weg; Weinzierl, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWissBlog 2018, https://www.juwiss.de/48-2018.

6 Europäische Kommission, COM(2020) 825 final.

7 Siehe etwa Appelman/Quintais/Fahy, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, VerfBlog v. 1.9.2021, https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06; Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569.

8 Ueberbach, Strengere EU-Regeln für Tech-Konzerne, Tagesschau.de 2022, https://www.tagesschau.de/wirtschaft/weltwirtschaft/eu-digital-service-act-101.html.

9 Europäisches Parlament, Pressemitteilung v. 23.4.2022, https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220412IPR27111/digital-services-act-agreement-for-a-transparent-and-safe-online-environment; zum DSA-E in der Fassung der vorläufigen Vereinbarung von Europäischem Parlament und Rat der EU siehe Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments, PE734.311.

10 Europäisches Parlament, P9_TA(2022)0269.

11 Europäisches Parlament, Pressemitteilung v. 5.7.2022, https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Im Anschluss an diese Entwicklung unternimmt der vorliegende Beitrag den Versuch, die Grenzen der Normgebung und -durchsetzung sozialer Netzwerke anhand der Unionsgrundrechte herauszuarbeiten, wobei das virulente Phänomen der Hate Speech im Mittelpunkt der Betrachtung stehen soll.

II. Gemeinschaftsstandards und Instrumente der Durchsetzung

In ihren Nutzungsbedingungen untersagen soziale Netzwerke bestimmte Inhalte und Formen von Äußerungen. Dass sie dabei über das gesetzlich gebotene Maß hinausgehen, dürfte vornehmlich auf die Geschäftsinteressen der Betreiber zurückzuführen sein. So werden die Kommunikationsregeln darauf ausgerichtet, die Plattformen möglichst attraktiv für Nutzer und Werbekunden zu gestalten.[12] Erfasst werden etwa Gewaltaufrufe oder Darstellungen von Gewalt und Nacktheit sowie bestimmte Formen der Desinformation – speziell im Hinblick auf Wahlen und die COVID-19-Pandemie.[13] Insbesondere verbieten die marktführenden Plattformen jeweils die Veröffentlichung von Inhalten, die von ihnen als Hate Speech qualifiziert werden. Eine Überschneidung gibt es zumindest dahingehend, als darunter direkte Verbalangriffe auf Einzelne und Personengruppen verstanden werden, soweit die Äußerung an deren Zugehörigkeit zu einer geschützten Kategorie anknüpft, wozu etwa Ethnie, Nationalität, Religion, sexuelle Orientierung, Geschlecht und Geschlechtsidentität zählen.[14] Damit greifen die Diensteanbieter – wie auch der Gesetzgeber – auf eine abstrakt-generelle Regelungstechnik und auslegungsbedürftige Begriffe zurück, was der Vielgestaltigkeit der zu regelnden Äußerungen geschuldet ist.[15]

Als Instrumentarium zur Durchsetzung ihrer Kommunikationsstandards steht den Anbietern klassischerweise die Löschung der einschlägigen

12 Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (964) mwN; ähnlich Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (573 f.).

13 Vgl. Facebook, Gemeinschaftsstandards, https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards; Twitter Inc., Regeln und Richtlinien, https://help.twitter.com/de/rules-and-policies; s. für weitere Beispiele auch Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 316–320.

14 Siehe Facebook, Hassrede, https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/hate-speech; Twitter Inc., Richtlinie zu Hass schürendem Verhalten, https://help.twitter.com/de/rules-and-policies/hateful-conduct-policy.

15 Vgl. Friehe, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Beiträge, aber auch die vorübergehende oder unbefristete Sperrung von Nutzeraccounts zur Verfügung.[16] In jüngerer Zeit sind jedoch weitere Moderationstechniken hinzugekommen. So reduzieren die Plattformen bisweilen die Reichweite unerwünschter Inhalte. Der Beitrag bleibt also erhalten, wird im News Feed anderer Nutzer aber seltener oder überhaupt nicht mehr angezeigt. Eine weitere Methode stellt das Labeling dar, d. h., der Beitrag wird mit einer entsprechenden Kennzeichnung oder inhaltlichen Einordnung versehen.[17]

Um die schiere Masse an potenziell einschlägigen Äußerungen zu bewältigen, setzen die Diensteanbieter neben Meldungen durch andere Nutzer inzwischen auch auf KI-Systeme, die unerwünschte Inhalte automatisiert detektieren. Diese werden anschließend durch Menschen evaluiert oder sogar ausschließlich maschinell moderiert.[18] In der Regel kommen dabei Methoden des maschinellen Lernens zum Einsatz. Stark vereinfacht gesprochen entwickeln diese Systeme anhand festgelegter Trainingsdaten und Lernregeln ein Modell, das über die gegebene Datenbasis hinaus die gewünschte Klassifizierung von Inhalten möglich machen soll.[19] Ausgewertet werden zum einen die in den Beiträgen enthaltenen Texte, Bilder und Videos, die zunächst durch Verfahren der Text- und Bildanalyse für das maschinelle Lernen aufbereitet werden.[20] Daneben spielen aber auch

16 Friehe, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1700).

17 Hierzu Möller/Hameleers/Ferreau, Typen von Desinformation und Misinformation/Ferreau, 2020, S. 44 (52 f.). Eine weitergehende Darstellung der unterschiedlichen Moderationspraktiken sozialer Netzwerke findet sich im vorliegenden Band, Gsenger/Kübler/Wagner, Content governance on social networking sites: Battling disinformation and upholding values, S. 181.

18 Vgl. Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz BT-Drs. 19/23700, S. 479–482; siehe z. B. Bradford u. a., Report of the Facebook Data Transparency Advisory Group, 2019, S. 11 f.

19 Zu den verschiedenen Methoden der Hate Speech-Detektion im Überblick etwa Fortuna/Nunes, A Survey on Automatic Detection of Hate Speech in Text, ACM Computing Surveys 2018, 51(4), 1 (16–22); auf den Einsatz von maschinellem Lernen verweisen z. B. Meta AI, How AI is getting better at detecting hate speech, 2020, https://ai.facebook.com/blog/how-ai-is-getting-better-at-detecting-hate-speech zu Facebook; Twitter Developer Platform, HateLab, https://developer.twitter.com/en/community/success-stories/hatelab; Google, Transparenzbericht, 2022, https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube zu YouTube; siehe auch Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz BT-Drs. 19/23700, S. 479–481 für einen Überblick zu den großen Plattformen.

20 Dazu Ebers u. a., Künstliche Intelligenz und Robotik/Niederée/Nejdl, 2020, § 2 Rn. 103–110.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

externe Faktoren wie die Identität des Verfassers und Interaktionen, z. B. beigefügte Kommentare oder „Likes" und „Shares", eine Rolle.[21]

III. Berücksichtigung der EGMR-Judikatur im unionalen Kontext

Im Hinblick auf die Kommunikations- und Medienfreiheiten, die im Verhältnis von Anbietern und Nutzern sozialer Netzwerke von Relevanz sind, fällt die Rechtsprechung des EuGH nicht besonders ergiebig aus, was speziell auch für die grundrechtliche Behandlung von Hate Speech gilt.[22] Bei der Auslegung der Unionsgrundrechte kann aber grundsätzlich auf die weitreichendere Rechtsprechung des EGMR zurückgegriffen werden. Die EMRK diente bei der Erarbeitung der deutlich jüngeren GRC in großen Teilen als Leitbild.[23] Insbesondere sieht Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC vor, dass die Grundrechte der Charta die „gleiche Bedeutung und Tragweite" haben, wie sie die entsprechenden Grundrechte der Konvention aufweisen.[24] Dies bezieht sich sowohl auf den Schutzumfang als auch auf die Schrankenebene.[25] Zu beachten ist dabei nicht nur die textliche Fassung der EMRK, sondern auch die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR.[26]

IV. Wirkung der Unionsgrundrechte zwischen Privaten

Bei den Anbietern sozialer Netzwerke handelt es sich typischerweise um Privatunternehmen, die als solche nicht zu den klassischen Grundrechts-

---

21 Siehe z. B. Bradford u. a., Report of the Facebook Data Transparency Advisory Group, 2019, S. 11.

22 Dazu Struth, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, 2019, S. 109 ff.

23 Stern/Sachs, Grundrechtecharta/Krämer, 2016, Art. 52 Rn. 65.

24 „Entsprechen" ist dabei iSe Entsprechens auf tatsächlicher und nicht nur auf rechtlicher Ebene zu verstehen, siehe Spiekermann, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis des EUGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz, 2013, S. 61 ff.; speziell zur Kongruenz der unions- und konventionsrechtlichen Kommunikations- und Medienfreiheiten EuGH 14.2.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 Rn. 65 = EuZW 2019, 299 – Buivids.

25 Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Schwerdtfeger, 5. Aufl. 2019, Art. 52 Rn. 59.

26 EuGH 30.6.2016 – C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 Rn. 41 = BeckRS 2016, 81416 – Toma; EuGH 22.12.2010 – C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 35 = BeckRS 2010, 91492 – DEB.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

verpflichteten zählen. Um aus den Unionsgrundrechten Grenzen für die normative Gestaltungsmacht der Diensteanbieter abzuleiten, müssten jene aber an die GRC gebunden sein. Insofern soll zunächst ein Blick auf die – noch nicht abschließend geklärte – Frage nach der Wirkung der Unionsgrundrechte im horizontalen Verhältnis geworfen werden.

1. Problematik der unmittelbaren Drittwirkung

Den Anwendungsbereich der Charta definiert Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC. Danach gilt diese für die Unionsorgane umfänglich und für die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung von Unionsrecht.[27] Die Vorschrift legt somit nahe, dass jene als alleinige Verpflichtungsadressaten der Unionsgrundrechte gesehen werden könnten.[28] Neben dem Wortlaut spricht gegen eine unmittelbare Bindung von Privaten an die Unionsgrundrechte, dass die Anforderungen der Charta an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nicht auf privatautonomes Verhalten ausgerichtet sind.[29] So ist unklar, wie Private dem in Art. 52 Abs. 1 GRC vorgesehenen Gesetzesvorbehalt entsprechen sollten.[30] Trotzdem hat der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen eine unmittelbare Drittwirkung angenommen.[31] Die Judikatur beschränkt sich aber insoweit auf Gleichheitsrechte und soziale Rechte.[32] Offengeblieben ist, in-

27 Ausf. zur „Durchführung des Rechts der Union" durch die Mitgliedstaaten Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Schwerdtfeger, 5. Aufl. 2019, Art. 51 Rn. 36 ff.; zur umstr. Bindung der Mitgliedstaaten bei nicht vollständig unionsrechtlich determinierten Recht siehe Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Kap. 3 Rn. 703 ff. mwN.

28 So etwa Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Schwerdtfeger, 5. Aufl. 2019, Art. 51 Rn. 57; Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 81.

29 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 723.

30 Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 81; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 723.

31 EuGH 6.11.2018 – C-569/16 u. a., ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 87 = NZA 2018, 1467 – Bauer u. Willmeroth; ausf. dazu Classen, Zuviel des Guten? Unionsrechtliche Neuakzentuierungen beim Grundrechtsschutz, JZ 2019, 1057 (1062 ff.).

32 Siehe für die Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 GRC etwa EuGH 17.04.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 76 = NZA 2018, 569 – Egenberger; EuGH 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 Rn. 78 = NZA 2018, 1474 – Max-Planck-Gesellschaft; zu Art. 31 Abs. 2 GRC EuGH 6.11.2018 – C-569/16 u. a., ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 87 f. = NZA 2018, 1467 – Bauer u. Willmeroth; zu

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wieweit sich diese Rechtsprechung auch auf die übrigen Grundrechte der Charta übertragen lässt.[33]

2. Mittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte

Jedoch erscheint ein Rückgriff auf die Figur der unmittelbaren Drittwirkung in vielen Fällen schon gar nicht vonnöten. Die von Privaten ausgehenden Gefahren können auch hinreichend durch eine mittelbare Wirkung der Unionsgrundrechte im Horizontalverhältnis kompensiert werden.[34] Eine solche wird sowohl vom EuGH[35] als auch von weiten Teilen der Literatur anerkannt.[36] Die mittelbare Drittwirkung wird dadurch hergestellt, dass nicht Private, dafür aber die nationalen und europäischen Gerichte bei der Rechtsanwendung und -auslegung unmittelbar an die Unionsgrundrechte gebunden sind. Dies wirkt insoweit auf Private zurück, als diese horizontal durch Normen des Zivilrechts berechtigt und verpflichtet werden, die ihrerseits im Lichte der Grundrechte durch die Judikative auszulegen sind.[37] Kommt es dabei zu einer Kollision von Grundrechten, ist eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Rechtspositionen vorzunehmen.[38]

Art. 157 Abs. 1 AEUV EuGH, 8.4.1976 – C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56 Rn. 31 u. 39 = BeckRS 2004, 71181 – Defrenne.

33 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 723.

34 Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte/Nowak, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 47; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 723; ähnlich Jarass, Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten, ZEuP 2017, 310 (332).

35 EuGH 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 Rn. 41 ff. = MMR 2012, 174 – Scarlet; EuGH 16.2.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 Rn. 52 = BeckRS 2012, 80348 – SABAM; EuGH 18.7.2013 – C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 Rn. 30 = EuZW 2013, 747 – Alemo Herron; EuGH 13.5.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 68 f. u. 74 = NJW 2014, 2257 – Google Spain; EuGH 16.7.2015 – C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 Rn. 34 = BeckRS 2015, 80946 – Coty.

36 Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar/Pache, 2017, Art. 51 Rn. 38; Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Schwerdtfeger, 5. Aufl. 2019, Art. 51 Rn. 57 ff.; aA Calliess/Ruffert, EUV/AEUV/Kingreen, 6. Aufl. 2022, Art. 51 GRC Rn. 26.

37 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 723.

38 Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 51 Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3. Grundrechtsbindung der Plattformen über Art. 12 DSA-E

Fehlt im Unionsrecht momentan noch ein klarer normativer Anknüpfungspunkt, um die bei der Content-Moderation betroffenen Grundrechte im Horizontalverhältnis zur Wirkung zu bringen, zeichnet sich mit dem Entwurf des DSA eine fulminante Neuerung ab.[39] So verpflichtet Art. 12 Abs. 2 DSA-E die Plattformen explizit dazu, bei der Anwendung und Durchsetzung ihrer Geschäftsbedingungen verhältnismäßig vorzugehen und dabei Meinungs- und Medienfreiheit, den Medienpluralismus und andere Grundrechte der GRC von allen Beteiligten und speziell ihren Nutzern zu berücksichtigen. Hierin liegt zwar in der Sache eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Plattformen in Bezug auf ihre Kommunikationsregeln. Wegen der Ausgestaltung des DSA-E als Sekundärrechtsakt gilt dies aber ohnehin nur in dem von Art. 12 Abs. 2 DSA-E vorgezeichneten Rahmen. Die Netzwerkanbieter werden also nur partiell und sekundärrechtlich vermittelt an die Charta gebunden. Lässt sich diese Regelungstechnik zwar weder eindeutig dem klassischen Konzept der unmittelbaren noch der mittelbaren Drittwirkung zuordnen, ist sie dem Unionsrecht doch nicht unbekannt. So bringt etwa die DS-GVO in einzelnen Vorschriften die Grundrechte direkt in das Privatrechtsverhältnis ein.[40]

Eine schwächere Grundrechtsbindung der Plattformen scheint der Verordnungsgeber dagegen bei der Normsetzung vorzusehen. Während Art. 12 Abs. 1 DSA-E in einer früheren Version des Europäischen Parlaments die Anbieter auch beim Aufstellen der Kommunikationsregeln ausdrücklich auf die Unionsgrundrechte verpflichtete,[41] wurde diese Rege-

---

39 Appelman/Quintais/Fahy, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, VerfBlog 2021, https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06.

40 Die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung wird von der Abwägung mit den Grundrechten der betroffenen Person (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO), das „Recht auf Vergessenwerden" von der Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information (Art. 17 Abs. 3 lit. a DS-GVO) abhängig gemacht. Darauf hinweisend auch Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (594), der allerdings Art. 12 DSA-E als ein rechtstechnisches Novum betrachtet, weil dieser im Gegensatz zu den Normen der DS-GVO eine einseitige Grundrechtsbindung Privater statuiere. Darin scheint er eine sekundärrechtlich unzulässige Ausgestaltung der primärrechtlich verankerten Grundrechtsfunktionen zu erkennen. Art. 12 DSA-E lässt jedoch zumindest im Wege der grundrechtskonformen Auslegung eine Abwägung zu → **V. 2.**

41 Siehe Europäisches Parlament P9_TA(2022)0014, Abänderung 513.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

lung in der aktuellen Fassung in die Erwägungsgründe verschoben und hat damit eine normative Abwertung erfahren. Nunmehr weist lediglich ErwG 38b S. 1 DSA-E darauf hin, dass die Diensteanbieter bei der Konzeption ihrer Kommunikationsregeln die Grundrechte der Rezipienten des Netzwerks beachten sollten. ErwG 38b S. 2 DSA-E hebt beispielhaft sehr große Online-Plattformen hervor – d.h. solche mit einer durchschnittlichen Anzahl an Nutzern von mindestens 45 Millionen und einer entsprechenden Einstufung durch die Kommission (Art. 25 Abs. 1 DSA-E) –, welche Meinungs- und Informationsfreiheit in besonderem Maße berücksichtigen sollten. Diese grundrechtlichen Wertungen können mittelbar im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 DSA-E einfließen, der den Netzwerkanbietern vorschreibt, jegliche Beschränkungen der Nutzung ihrer Plattformen verbindlich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festzuschreiben.

V. Betroffene Grundrechtspositionen bei der Content-Moderation

Um die Grenzen der Normsetzung und -durchsetzung zu bestimmen, ist in einem weiteren Schritt herauszuarbeiten, welche Grundrechte in den normativen Rahmen von Art. 12 DSA-E einzubeziehen sind.

1. Grundrechte des Urhebers eines Beitrags

Ausdrücklich adressiert werden von Art. 12 Abs. 2 DSA-E und ErwG 38b die Rechte der Nutzer und die Meinungs- und Medienfreiheit. Dies liegt auch nahe, führen die Community Standards und deren Durchsetzung doch offensichtlich zu einer Beschränkung der Äußerungsmöglichkeiten von Nutzern, was insbesondere die Urheber eines Beitrags einschließt.

a) Genereller Schutz durch die Kommunikationsfreiheiten des Art. 11 Abs. 1 GRC

Aufseiten der Nutzer spielt das in Art. 11 Abs. 1 GRC garantierte Recht der freien Meinungsäußerung eine zentrale Rolle. Erfasst wird sowohl die Meinungsfreiheit als auch die Freiheit, Informationen und Ideen zu empfangen und weiterzugeben. Die Umschreibung des Regelungsbereichs mit der Trias aus Meinungen, Informationen und Ideen deutet bereits auf einen umfassenden Schutz hin, der sich nicht nur auf Werturteile, sondern auch

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

auf Tatsachenbehauptungen erstreckt.[42] Neben der Äußerung der eigenen Meinung werden auch jegliche Formen der Verbreitung geschützt, was die Online-Kommunikation in sozialen Netzwerken umfasst.[43] Auch das Verbreiten und Teilen fremder Inhalte – etwa durch *Reposten* oder *Hyperlinks* – stellt ein von Art. 11 Abs. 1 GRC geschütztes Verhalten dar.[44] Inhalt und Qualität der Äußerung sind dabei unerheblich,[45] sodass auch verletzende, schockierende oder beunruhigende Äußerungen in den Schutzbereich fallen.[46]

Bestimmte Formen von Hassrede könnten jedoch unter Anwendung des Missbrauchsverbots in Art. 54 GRC vom Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GRC auszunehmen sein. Zwar fehlt zu dieser Frage bisher eine Stellungnahme des EuGH.[47] Mit Verweis auf das konventionsrechtliche Pendant in Art. 17 EMRK hat aber der EGMR klargestellt, dass antisemitische und antimuslimische Äußerungen, die Leugnung des Holocausts sowie die Rechtfertigung von Kriegsverbrechen keinen Schutz durch die Meinungsfreiheit genießen.[48] Der Schutz soll jedoch nur ausnahmsweise und in extremen Fällen versagt werden.[49]

Diese Vorgehensweise des EGMR wird aber zu Recht dahingehend kritisiert, dass letztlich unklar bleibt, welche konkreten Anforderungen erfüllt sein müssen, um einer Äußerung den Schutz durch die Meinungsfrei-

---

42 Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht/Augsberg, 7. Aufl. 2015, Art. 11 GRC Rn. 6; GA Trstenjak 24.11.2010 – C-316/09, ECLI:EU:C:2010:712 Rn. 81 = BeckRS 2010, 91345 – Sharp; so auch EGMR 8.7.1986 (Pl.) – 9815/82 Rn. 46 – Lingens/Österreich.

43 Vgl. EuGH 6.11.2003 – C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 Rn. 86 = EuZW 2004, 245 – Lindqvist; siehe Heselhaus/Nowak, Handbuch der europäischen Grundrechte/Kühling, 2. Aufl. 2020, § 27 Rn. 18; Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Bernsdorff, 5. Aufl. 2019, Art. 11 Rn. 12.

44 GA Trstenjak 24.11.2012 – C-316/09, ECLI:EU:C:2010:712 Rn. 81 = BeckRS 2010, 91345 – Sharp; speziell zum Setzen von Hyperlinks EuGH 8.9.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 Rn. 45 – GS Media.

45 Calliess/Ruffert, EUV/AEUV/Calliess, 6. Aufl. 2022, Art. 11 GRC Rn. 5; vgl. auch die Rechtsprechung des EGMR 7.12.1976 (Pl.) – 5493/72, BeckRS 1976, 107942 Rn. 49 – Handyside/Vereinigtes Königreich; EGMR 26.04.1979 (Pl.), 6538/74, BeckRS 1979, 108526 Rn. 65 – Sunday Times/Vereinigtes Königreich.

46 EuGH 6.3.2001 – C-274/99, ECLI:EU:C:2001:127 = EuR 2001, 542 – Connolly im Anschluss an EGMR 7.12.1976 (Pl.) – 5493/72, BeckRS 1976, 107942 Rn. 49 – Handyside/Vereinigtes Königreich.

47 Siehe Struth, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, 2019, S. 109 ff.

48 Instruktiv EGMR 6.1.2011 (GK) – 34932/04, NVwZ 2011, 1307 (1308 f.) mwN aus der Rspr – Paksas/Litauen.

49 EGMR 6.1.2011 (GK) – 34932/04, NVwZ 2011, 1307 (1308.) – Paksas/Litauen; EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 (3354) – Perincek/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

heit zu verwehren.[50] Vorzugswürdig erscheint es, die Missbräuchlichkeit der Äußerung erst im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen. Die Frage der Schutzwürdigkeit einer Äußerung ist keine des Schutzbereichs, sondern auf der Schrankenebene anzusiedeln.[51] Die Versagung des Schutzes würde außerdem dazu führen, dass ein Eingriff auch im Hinblick auf Art und Schwere nicht mehr auf seine Verhältnismäßigkeit hin überprüft würde.[52] Demnach bleibt zu hoffen, dass sich der EuGH insoweit nicht dem EGMR anschließt, entsprechende Äußerungen also zunächst in den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GRC einbezieht.

b) Beeinträchtigung der Medienfreiheit durch Sperrung publizistisch aktiver Nutzer

Nicht abschließend geklärt ist, inwieweit sich die Nutzer sozialer Medien auch auf die in Art. 11 Abs. 2 GRC garantierte Medienfreiheit berufen können. Neben den klassischen Medien wie Presse, Rundfunk und Film werden von jener auch moderne digitale Formen der Massenkommunikation erfasst.[53] Demzufolge muss sich der Nutzer mit seinen Beiträgen an die Allgemeinheit richten.[54] Voraussetzung dafür ist, dass er seine Inhalte öffentlich zugänglich macht, sodass sie grundsätzlich einem unbestimmten Personenkreis, also zumindest allen registrierten Nutzern, offenstehen.[55]

---

50 So etwa Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK/Neidhardt, 4. Aufl. 2017, Art. 17 Rn. 2; Struth, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, 2019, S. 105; ähnlich Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention/Schiedermair, 28. EL 2020, Art. 10 Rn. 29.

51 Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention/Schiedermair, 28. EL 2020, Art. 10 Rn. 29; Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten/Pünder, 4. Aufl. 2014, § 17 Rn. 10.

52 Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?, Netherlands Quarterly of Human Rights 2011, 54 (70).

53 Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten/Pünder, 4. Aufl. 2014, § 17 Rn. 15; Grabenwarter, Europäischer Grundrechteschutz/Walter, 2014, § 12 Rn. 18.

54 Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Bernsdorff, 5. Aufl. 2019, Art. 11 Rn. 18; siehe auch EuGH 14.2.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 Rn. 53 = EuZW 2019, 299 – Buivids zum datenschutzrechtlichen Medienprivileg (Art. 9 DS-RL, nunmehr Art. 85 Abs. 2 DS-GVO).

55 Vgl. Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), 2021, S. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In Abgrenzung zur Meinungsfreiheit ist die Medienfreiheit weiterhin nur betroffen, soweit es um mit Presse und Rundfunk vergleichbare medienspezifische Vermittlungsleistungen geht.[56] Steht hingegen der Inhalt eines einzelnen Beitrags im Vordergrund, ist die Meinungsfreiheit anzuwenden.[57] Das Verbot von Hate Speech und daran anschließende Durchsetzungsmechanismen wie das Labeling, die Sichtbarkeitsreduzierung und Löschung von Beiträgen zielen klar auf den Äußerungsinhalt ab. Anders verhält es sich dagegen bei der Sperrung von Nutzerkonten. Diese knüpft zwar in der Regel auch an einen Verstoß gegen die Kommunikationsregeln an und weist damit eine inhaltliche Dimension auf. Durch den Ausschluss aus dem Netzwerk wird dem Nutzer aber insbesondere die von der Medienfreiheit geschützte Infrastruktur entzogen, die für die Publikation seiner Inhalte erforderlich ist.[58]

Letztlich dürften sich aber neben klassischen Medienschaffenden nur solche Nutzer auf die Medienfreiheit berufen können, welche die Plattform für eine dem Journalismus ähnelnde Tätigkeit nutzen, was etwa Formen des Laienjournalismus wie Blogging und andere publizistische Betätigungen umfassen kann.[59]

2. *Grundrechte der Netzwerkbetreiber*

Wenngleich Art. 12 Abs. 2 DSA-E die Plattformen auf den ersten Blick einseitig auf die Grundrechte der Nutzer zu verpflichten scheint, spricht die Norm doch in abgeschwächter Form nur von „berücksichtigen" (Abs. 2). Insbesondere das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit legt nahe, dass die Vorschrift Raum für eine Abwägung lassen soll, über die auch die Interes-

56 Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 17; instruktiv unter Hinweis auf die Abgrenzungsschwierigkeiten zur individuellen Meinungsäußerungsfreiheit Grabenwarter, Europäischer Grundrechteschutz/Walter, 2014, § 12 Rn. 20.

57 Grabenwarter, Europäischer Grundrechteschutz/Walter, 2014, § 12 Rn. 20.

58 Vgl. Grabenwarter, Europäischer Grundrechteschutz/Walter, 2014, § 12 Rn. 20.

59 Vgl. Stern/Sachs, Europäische Grundrechtecharta/von Coelln, 2016, Art. 11 Rn. 38; siehe auch EuGH 14.2.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 Rn. 52 = EuZW 2019, 299 – Buivids, der für das datenschutzrechtliche Medienprivileg (Art. 9 DS-RL, nunmehr Art. 85 Abs. 2 DS-GVO) klargestellt hat, dass jenem nicht nur Medienunternehmen unterfallen, sondern jede journalistisch tätige Person.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sen der Netzwerkbetreiber zur Geltung kommen können.[60] Da die Netzwerkanbieter selbst Träger von Grundrechten sind, ist dies jedenfalls im Wege einer grundrechtskonformen Auslegung auch geboten.

a) Grundrechtsfähigkeit der Plattformen

Als privatrechtlich ausgestaltete Organisationen können sich soziale Netzwerke auf jene Grundrechte der Charta berufen, die begrifflich nicht an einen Menschen als Rechtsträger anknüpfen.[61] Dass sich das Aktionszentrum der Plattformen dabei regelmäßig in den USA befindet, steht deren Grundrechtsfähigkeit prinzipiell nicht entgegen. Die GRC beschränkt diese – anders als Art. 19 Abs. 3 GG – nicht auf juristische Personen des Privatrechts mit Sitz im europäischen Inland.[62] In der Folge zählen auch private Vereinigungen aus Drittstaaten zu den Grundrechtsberechtigten, sofern sie durch das Unionsrecht in vergleichbarer Weise betroffen sind wie innereuropäische Unternehmen.[63]

b) Vollautomatisierte Moderation als grundrechtsrelevantes Verhalten

Bei der vollautomatisierten Moderation fehlt es im konkreten Fall an einer unmittelbaren menschlichen Leistung, sodass sich bereits die Frage stellt, ob diese dem Netzwerkbetreiber als grundrechtlich relevantes Verhalten zugerechnet werden kann.[64] Der EuGH stellt bei automatisierten Vorgängen darauf ab, ob der Anwender das technische Mittel in Kenntnis seiner

---

60 Anders Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (594), der von einer „einseitigen Grundrechtsbindung von Meinungsplattformen" ausgeht.

61 EuGH 22.12.2010 – C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 39 = BeckRS 2010, 91492 – DEB.

62 Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht/Müller-Terpitz, 2018, S. 45 (51).

63 Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte/Nowak, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 18; vgl. etwa EuGH 31.1.2019 – C-225/17 P, ECLI:EU:C:2019:82 Rn. 100 ff. = BeckRS 2019, 637 – Islamic Republic of Iran Shipping Lines.

64 Vgl. Milstein/Lippold, Suchmaschinenergebnisse im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte, NVwZ 2013, 182 (184 f.); siehe auch Schiedermair/Weil, Online-Intermediäre als Träger der Meinungsfreiheit – Eine Betrachtung der deutschen, europäischen und amerikanischen Judikatur zum Content Management von Webplattformen, DÖV 2022, 305 (308 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Folgewirkung einsetzt[65] oder der Vorgang seiner Kontrolle unterliegt.[66] Für den Einsatz der besagten KI-Systeme durch soziale Netzwerke lässt sich dies zweifellos bejahen. Schließlich werden diese von den Plattformen zur Durchsetzung ihrer Kommunikationsstandards implementiert und zu diesem Zweck kontinuierlich überwacht und angepasst.[67]

c) Schutz durch die unternehmerische Freiheit, Art. 16 GRC

In jedem Fall ist aufseiten der Plattformen die von Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit einzustellen. Diese umfasst die Freiheit, eine wirtschaftliche oder geschäftliche Tätigkeit auszuüben, den freien Wettbewerb und die Vertragsfreiheit.[68] Letztere schließt auch die freie Gestaltung von Vertragsinhalten ein.[69] Da es sich bei den Kommunikationsregeln um einen Bestandteil der Nutzungsverträge handelt, fällt das Aufstellen und die Durchsetzung der Community Standards bereits aus diesem Grund unter die unternehmerische Freiheit. Darüber hinaus basiert das Geschäftsmodell der Online-Dienste maßgeblich auf Einnahmen durch Werbung, die regelmäßig mithilfe der erhobenen Nutzerdaten direkt an die jeweilige Zielgruppe gerichtet wird (sog. Targeting).[70] Deswegen liegt es im wirtschaftlichen Interesse der Anbieter, möglichst viele aktive Nutzer zu akquirieren. Vor diesem Hintergrund verfolgen die Kommunikationsregeln den Zweck, das Netzwerk attraktiv für Nutzer und Werbekunden zu gestalten.

---

65 Vgl. EuGH 17.6.2021 – C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492 Rn. 48 f. = GRUR 2021, 1067 – M.I.C.M. zur Zugänglichmachung iSv Art. 3 Abs. 1 u. 2 RL 2001/29/EG.

66 Dazu Milstein/Lippold, Suchmaschinenergebnisse im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte, NVwZ 2013, 182 (186) unter Bezug auf EuGH 23.3.2010 – C-236/08 u. a., ECLI:EU:C:2010:159 Rn. 51–57 = GRUR 2010, 445 – Google France.

67 Vgl. Bradford u. a., Report Of The Facebook Data Transparency Advisory Group, 2019, S. 11 f.

68 EuGH 22.1.2013 – C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 42 = EuZW 2013, 347 – Sky Österreich; EuGH 17.10.2013 – C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 Rn. 25 = BeckRS 2013, 81980 – Schaible; EuGH 30.6.2016 – C-134/15; ECLI:EU:C:2016:498 Rn. 28 = BeckRS 2016, 81408 – Lidl.

69 Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 10 mN aus der Rspr.

70 Tief, Kommunikation auf Facebook, Twitter & Youtube, 2020, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

So zielt etwa das Verbot von Hate Speech darauf ab, einem verrohten Umgangston vorzubeugen, der abschreckend auf jene wirken könnte.[71]

d) Schutz durch die Meinungsfreiheit des Art. 11 Abs. 1 GRC

Ob sich die Diensteanbieter auch auf die Kommunikationsfreiheiten berufen können, lässt sich indes weniger einfach beantworten.[72] Im Hinblick auf die Verpflichtung eines sozialen Netzwerks, einen Content-Filter zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen zu implementieren, hat der EuGH jedenfalls nur auf die unternehmerische Freiheit der Plattform abgestellt, ohne sich mit der Meinungsfreiheit derselben auseinanderzusetzen.[73] Der EGMR lässt Online-Diensten dagegen generell den Schutz von Art. 10 Abs. 1 EMRK zukommen, wenn und weil sie Mittel für andere zur Verfügung stellen, Meinungen und Informationen zu teilen und zu empfangen.[74]

Allein wegen der von Art. 11 GRC vorgesehenen Aufgliederung in Meinungs- und Informationsfreiheit auf der einen und einem speziellen Mediengrundrecht auf der anderen Seite erscheint im Rahmen der Grundrechtecharta aber eine differenzierte Betrachtungsweise geboten.[75] Zunächst lassen sich die Kommunikationsstandards als Meinungsäußerungen iSv Art. 11 Abs. 1 GRC einordnen, da sie in wertender Weise zum Ausdruck bringen, welche Inhalte oder Äußerungsweisen die Diensteanbieter auf ihren Plattformen missbilligen.[76] Dass die Regeln zumeist aus einem kom-

---

71 Zu allem BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 73; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 85 in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

72 Ausf. dazu Schiedermair/Weil, Online-Intermediäre als Träger der Meinungsfreiheit – Eine Betrachtung der deutschen, europäischen und amerikanischen Judikatur zum Content Management von Webplattformen, DÖV 2022, 305.

73 EuGH 16.2.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 Rn. 44 = BeckRS 2012, 80348 – SABAM.

74 EGMR 18.12.2012 – 3111/10 Rn. 49 f. – Ahmet Yildirim/Türkei; EGMR 19.2.2013 – 40397/12, GRUR Int 2013, 476 (478) – Neij u. Sunde Kolmisoppi/Schweden; EGMR 19.3.2019 – 43624/14, NJW 2020, 2093 Rn. 68 – Høiness/Norwegen; EGMR 20.1.2020 (GK) – 201/17 Rn. 86–88 – Magyar Kétfarkú Kutya Párt/Ungarn.

75 Ob es sich bei Art. 11 Abs. 2 GRC um ein eigenständiges Grundrecht handelt, ist umstr. Dafür sprechen aber neben der separaten Stellung auch teleologische und entstehungsgeschichtliche Gründe, siehe dazu Stern/Sachs, Europäische Grundrechtecharta/von Coelln, 2016, Art. 11 Rn. 29.

76 Vgl. BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 74; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 86 zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

merziellen Interesse heraus erlassen werden dürften, ist dabei unschädlich, da auch wirtschaftliche Äußerungen dem Schutzbereich unterfallen.[77] Wird nun ein einzelner Beitrag moderiert, um die Nutzungsbedingungen durchzusetzen, ist darin folgerichtig ebenso ein Werturteil zu sehen.[78] Selbiges gilt für die Sperrung von Nutzeraccounts, soweit diese als Reaktion auf Verstöße gegen die Kommunikationsregeln erfolgt. Schließlich drückt sich darin die Wertung aus, dass das Kommunikationsverhalten des Nutzers nicht länger geduldet wird.[79]

e) Schutz durch die Medienfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 GRC

Darüber hinaus erscheint es plausibel, dass sich die Netzwerkbetreiber ebenfalls auf die von Art. 11 Abs. 2 GRC gewährleistete Medienfreiheit berufen können. Zunächst richten sich soziale Netzwerke grundsätzlich an einen unbestimmten Personenkreis, stellen also ein massenkommunikatives Forum zur Verfügung. So können zumindest öffentliche Beiträge jederzeit und von allen registrierten Nutzern parallel eingesehen und kommentiert werden.[80]

Da die Funktion eines sozialen Netzwerks vornehmlich darin besteht, eine Plattform für Inhalte Dritter zur Verfügung zu stellen, könnte dagegen die bereits besprochene medienspezifische Vermittlungsleistung in Frage gestellt werden. Schließlich reicht eine bloß technische Vermittlung dafür nicht aus. Vielmehr ist eine gewisse inhaltliche Zusatzleistung erforderlich, die allerdings nicht das Niveau einer redaktionellen Aufbereitung im klassischen Sinne erreichen muss.[81] Im Fall der Meinungsplattformen wird dies durch die Implementierung und Durchsetzung von Kommunikationsregeln geleistet. Die Anbieter wirken dadurch auf die Kommunikationsweise der Nutzer ein und steuern so einen massenkommunikativen

77 EuGH 17.12.2015 – C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 Rn. 64 = BeckRS 2015, 82002 – Neptune Distribution.

78 Vgl. BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 74; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 86 zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG.

79 Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, 2019, S. 102.

80 Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), 2021, S. 82; ausf. dazu und speziell zur automatisierten und personalisierten Vorsortierung von Inhalten durch die Netzwerke S. 77–86.

81 Heselhaus/Nowak, Handbuch der europäischen Grundrechte/Kühling, 2. Aufl. 2020, § 28 Rn. 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Prozess, womit die Verbreitung der Fremdbeiträge eine inhaltliche Komponente erhält.[82] Auch der Einsatz KI-basierter Instrumente führt nicht zu einer technischen Verbreitung im obigen Sinne. Die Systeme als solche unterliegen zwar rein technischen Prozessen und Parametern, werden von den Betreibern aber gezielt zur Durchsetzung ihrer Nutzungsbedingungen eingesetzt, die sich wiederum im Ergebnis jedes einzelnen automatisierten Moderationsakts konkretisieren.[83]

3. Einbeziehung der Grundrechte Dritter

Die „multipolare Gemengelage" der digitalen Meinungsplattformen erfordert es zudem, die Grundrechte Dritter zu berücksichtigen,[84] weshalb auch der Verordnungsentwurf explizit die Rechte aller Beteiligten (Art. 12 Abs. 2 DSA-E) und sämtlicher Rezipienten der Plattform (ErwG 38b S. 1 DSA-E) miteinbezieht. Die Community Standards sozialer Netzwerke dienen nicht nur dem Interesse der Anbieter, sondern ebenso dem anderer Nutzer des Netzwerks.[85] Gleichermaßen können Dritte durch die Content-Moderation negativ betroffen sein.

a) Beeinträchtigung des Privatlebens durch Hate Speech

So kann Hate Speech unter Umständen das Recht auf Achtung des Privatlebens anderer Nutzer beeinträchtigen. Geschützt wird jenes von Art. 7

82 Siehe Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, 2019, S. 138; ähnlich in der Begründung, aber mit Einordnung unter die Meinungsfreiheit iRd deutschen Grundgesetzes BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 74; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 86; für eine allgemeine Einordnung sozialer Netzwerke unter die Medienfreiheit als neuartige „Filtermedien" Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht/Ingold, 2018, S. 125 (128 ff.).

83 Vgl. W.D. Okla. 27.5.2003 – CIV-02–1457-M Rn. 6 – Search King, Inc. v. Google Technology, Inc. zum U.S. Const. amend. I.

84 Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (593).

85 Lüdemann, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, 279 (282).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Abs. 1 GRC, der inhaltlich grundsätzlich Art. 8 EMRK entspricht.[86] Letzterer erfasst nach dem EGMR auch die Rechtspositionen der Betroffenen von Hate Speech.[87] Dabei brachte der Gerichtshof Art. 8 EMRK nicht nur in Stellung, wenn die Äußerung auf eine einzelne Person abzielte, sondern auch dann, wenn sie sich gegen eine ganze Gruppe richtete.[88] So könne durch die Herabsetzung einer ethnischen Gruppe sowohl deren Identitätsgefühl als auch der Selbstwert ihrer Mitglieder betroffen sein.[89] Auch mit Blick auf die Leugnung des Genozids an den Armeniern 1915/16 erkannte der Gerichtshof an, dass die durch die Äußerung beeinträchtigten Rechte in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK fallen können.[90]

b) Hate Speech als Angriff auf die Menschenwürde

Ebenso kann die von Art. 1 GRC geschützte Menschenwürde anderer Nutzer durch Hassrede berührt sein.[91] Eine Konkretisierung des normativen Gehalts der Menschenwürde durch den EuGH fehlt bisher weitestgehend.[92] Mit unterschiedlicher Begründung wird jedoch davon ausgegangen, dass auch im Rahmen der Charta die in der deutschen Rechtsprechung entwickelte „Objektformel" angewandt werden kann.[93] Meinungs-

86 EuGH 14.2.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 Rn. 65 = EuZW 2019, 299 – Buivids; siehe auch Schiedermair, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 344.

87 EGMR 15.3.2012 (GK) – 4149/04 u. a., NJOZ 2013, 378 Rn. 58 ff. – Aksu/Türkei; EGMR 22.4.2010 – 34050/05 Rn. 78 – Hagenauer/Frankreich.

88 Struth, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, 2019, S. 424.

89 EGMR 15.3.2012 (GK) – 4149/04 u. a., NJOZ 2013, 378 Rn. 58 – Aksu/Türkei.

90 EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 155 ff. – Perincek/Schweiz.

91 Art. 1 GRC stellt sowohl ein konstituierendes Bekenntnis der EU zur Menschenwürde als fundamentalen Wert als auch ein eigenständiges Grundrecht dar, siehe Calliess/Ruffert, EUV/AEUV/Calliess, 6. Aufl. 2022, Art. 1 GRC Rn. 2; explizit zur Menschenwürde als Grundrecht EuGH 18.12.2007 – C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 Rn. 94 = NZA 2008, 159 – Laval.

92 In der Rspr. des EuGH lassen sich bisher nur einzelfallbezogene Anforderungen an den Schutz der Menschenwürde finden, siehe zum Asylrecht EuGH 21.12.2011 – C-411/10 u. a., ECLI:EU:C:2011:865 Rn. 86 ff. = ZAR 2012, 115 – N.S. u. a.; zum europäischen Haftbefehl EuGH 5.4.2016 – C-404/15 u. a., ECLI:EU:C:2016:198 Rn. 90 = NJW 2016, 1709 – Aranyosi u. Căldăraru; ausf. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV/Calliess, 6. Aufl. 2022, Art. 1 GRC Rn. 27 ff.

93 So etwa Calliess/Ruffert, EUV/AEUV/Calliess, 6. Aufl. 2022, Art. 1 GRC Rn. 36, der mit Verweis auf einen gemeinsamen Kern der verschiedenen Menschenwür-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

äußerungen stellen deshalb zumindest dann einen Angriff auf die Menschenwürde dar, wenn sie den Menschen im Kern seiner Persönlichkeit treffen, indem er als minderwertig dargestellt und ihm das Lebensrecht bestritten wird.[94] Dabei kann auch die unwürdige Behandlung einer Gruppe die Würde einzelner Mitglieder verletzen.[95]

c) Meinungs- und Medienfreiheit der Inhalteanbieter

Teilt ein Nutzer einen fremden Inhalt, kann auch die Meinungs- oder Medienfreiheit des dahinterstehenden Urhebers betroffen sein. Die Moderation eines solchen Beitrages durch ein soziales Netzwerk schränkt demnach nicht nur die Freiheit des Äußernden ein, sondern auch die Rechte des Inhalteanbieters aus Art. 11 GRC.[96]

d) Informationsfreiheit anderer Nutzer

Die Content-Moderation kann daneben auch die Informationsfreiheit anderer Nutzer und der Öffentlichkeit beeinträchtigen (Art. 11 Abs. 1 GRC). Die Informationsfreiheit schützt die Nutzer in ihrem Recht, Informationen, Ideen und Meinungen zu empfangen,[97] was die Aufnahme von Informationen über das Internet umfasst.[98] Durch die Sperrung eines Beitrags oder Nutzers wird der (potenzielle) Zugang zu den damit verbundenen In-

---

dekonzepte der nationalen Teilrechtsordnungen und unter Heranziehung der EMRK als Rechtserkenntnisquelle die „Objektformel" als richtungsweisend erachtet; ebenfalls mit Verweis auf die EMRK Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar/Frenz, 1. Aufl. 2017, Art. 1 GRC Rn. 29, der zusätzlich die Rechtsprechung des EuGH zur Biopatentrichtlinie als Begründung heranzieht; anders von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht/Augsberg, 7. Aufl. 2015, Art. 1 Rn. 4, der auf die Rechtsprechung des BVerfG Bezug nimmt.

94 Siehe BVerfG 25.3.2008 – 1 BvR 1753/03, NJW 2008, 2907 (2909).

95 Calliess/Ruffert, EUV/AEUV/Calliess, 6. Aufl. 2022, Art. 1 GRC Rn. 9.

96 Spiecker gen. Döhmann, A new framework for information markets – the ECJ Google Spain decision, Common Market Law Review 2015, 1033 (1046); vgl. dazu auch BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Rn. 108 f. – Recht auf Vergessen II.

97 Stern/Sachs, Europäische Grundrechtecharta/von Coelln, 2016, Art. 11 Rn. 20.

98 Siehe EuGH 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 Rn. 50 = MMR 2012, 174 – Scarlet; EuGH 16.2.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 Rn. 48 = BeckRS 2012, 80348 – SABAM; EuGH 24.9.2019 – C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773 Rn. 66 = EuZW 2019, 906 – GC u. a.; dazu auch EGMR 1.12.2015, 48226/10 u. a. Rn. 57 –

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

formationen jedoch versagt,[99] durch die Sichtbarkeitsreduzierung zumindest erschwert.

VI. Grenzen der Normsetzung und -anwendung im Horizontalverhältnis

Mit Ausnahme der normativen Abstufung zwischen Art. 12 Abs. 2 DSA-E und ErwG 38b (→ **IV.3**) enthalten die Bestimmungen keine weiteren Vorgaben dazu, welche Tragweite der Pflicht zur Berücksichtigung der Grundrechte seitens der Plattformen zukommen soll.[100] Inwieweit die Netzwerkanbieter in ihren Nutzungsbedingungen Hate Speech verbieten und einzelne Nutzerbeiträge darunter subsumieren dürfen, hängt demnach allein davon ab, wie die skizzierten Grundrechtspositionen zueinander ins Verhältnis zu setzen sind.

1. EGMR-Rechtsprechung zum staatlichen Verbot von Hate Speech

Mangels einer spezifischen Rechtsprechung des EuGH zu dieser Materie bietet sich einmal mehr ein Blick auf den Ansatz des EGMR an. So hat dieser Kriterien zur Bestimmung von Hate Speech entwickelt, bei deren Vorliegen staatlicherseits ein Verbot und grundsätzlich auch schwerwiegendere Maßnahmen gerechtfertigt sein können.[101] Unterhalb dieser Schwelle lässt der Gerichtshof jedenfalls bei Äußerungen zu politischen Angelegenheiten und anderen Themen von öffentlichem Interesse wenig Raum für Einschränkungen,[102] wenn und weil sie zur öffentlichen Meinungsbildung

---

Cengiz u. a./Türkei, der die Sperrung des Zugangs zu YouTube als Eingriff in die Informationsfreiheit wertet.

99 Vgl. zum Löschen von Einträgen bei Suchmaschinen EuGH 13.5.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 68 f. u. 81 = NJW 2014, 2257 – Google Spain; EuGH 24.9.2019 – C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773 Rn. 53, 66 u. 68 = EuZW 2019, 906 – GC u. a.

100 Dazu Appelman/Quintais/Fahy, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, VerfBlog 2021, https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06.

101 Siehe z. B. EGMR 17.7.2018 – 38004/12, NJOZ 2020, 50 Rn. 227 – Mariya Alekhina u. a./Russland; zu allem im Kontext antireligiöser Rede bereits Claes/Weil, Die Strafbarkeit antireligiöser Rede in der Judikatur des EGMR, EuGRZ 2021, 589 (595).

102 EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 197 – Perincek/Schweiz; EGMR 17.7.2018 – 38004/12, NJOZ 2020, 50 Rn. 227 – Mariya Alekhi-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

beitragen und damit von zentraler Bedeutung für eine demokratische Gesellschaft im Sinne der Konvention sind.[103] Ähnliches gilt für die Kunstfreiheit, die der EGMR ebenfalls unter Art. 10 EMRK fasst.[104] Weniger schutzwürdig sind dagegen Äußerungen, die grundlos beleidigend erscheinen[105] oder rein kommerzieller Natur sind.[106]

Unter Hate Speech verstehen die europäischen Richter dabei solche Äußerungen, die mit Elementen von Gewalt verbunden sind oder zu Hass und Intoleranz aufstacheln oder selbiges rechtfertigen.[107] Zur Beurteilung zieht der EGMR verschiedene Faktoren heran, wobei er herausstellt, dass für das Ergebnis in erster Linie das Zusammenspiel derselben entscheidend sei, nicht aber ein einziger Faktor als solcher.[108] Abzustellen ist zunächst darauf, ob die Äußerung vor einem angespannten politischen oder sozialen Hintergrund getätigt wurde. Gemeint sind dabei speziell Konstellationen, welche die innere Sicherheit und Ordnung eines Staates tangieren.[109] Zu beachten ist jedoch, dass Äußerungen in einem derartigen gesellschaftlichen Kontext regelmäßig politischer Natur sein dürften und ihnen damit nach dem skizzierten demokratisch-funktionalen Ansatz des EGMR ein besonderer Schutz zukommt.

In einem weiteren Schritt prüft der EGMR, ob die Äußerung bei fairer Auslegung und unter Beachtung ihres Kontexts als Aufstachelung zu oder Rechtfertigung von Gewalt, Hass oder Intoleranz verstanden werden kann. Ein besonderes Augenmerk legen die europäischen Richter darauf, ob

---

na u. a./Russland; EGMR 5.12.2019 – 13274/08 Rn. 37 – Tagiyev u. a./Aserbaidschan, jeweils mwN.

103 EGMR 23.5.1991 (Pl.) – 11682/85 Rn. 58 – Oberschlick/Österreich.

104 EGMR 22.10.2007 (GK) – 21279/02 u. a. Rn. 47 – Lindon u. a./Frankreich.

105 Siehe etwa EGMR 2.5.2006 – 50692/99, NVwZ 2007, 316 Rn. 23 – Aydın Tatlav/Türkei.

106 Vgl. EGMR 24.2.1994 – 15450/89 Rn. 50 – Casado Coca/Spanien.

107 EGMR 4.12.2003 – 35071/97 Rn. 51 – Gündüz/Türkei; EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 204 – Perincek/Schweiz; EGMR 17.7.2018 – 38004/12, NJOZ 2020, 50 Rn. 227 – Mariya Alekhina u. a./Russland; EGMR 5.12.2019 – 13274/08 Rn. 38 – Tagiyev u. a./Aserbaidschan; EGMR 6.10.2020 – 16435/10 Rn. 87 – Karastelev u. a./Russland.

108 EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 208 – Perincek/Schweiz.

109 Claes/Weil, Die Strafbarkeit antireligiöser Rede in der Judikatur des EGMR, EuGRZ 2021, 589 (595). So führt die Große Kammer des Gerichtshofs in EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 206 – Perincek/Schweiz Beispiele aus der Rspr. an, die innerstaatliche bewaffnete Konflikte, Gefängnisrevolten mit Todesopfern sowie migrationsbedingte Konflikte betreffen.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

pauschal ganze ethnische, religiöse oder andere Gruppen angegriffen oder verunglimpft werden.[110]

Schlussendlich berücksichtigt der Gerichtshof Natur und Form der Äußerung sowie mögliche Folgeschäden, die direkt oder mittelbar aus der Meinungskundgabe resultieren können. Neben der Bedrohlichkeit der jeweiligen Ausdrucksform kann es dabei auf das Verbreitungspotential ankommen.[111] In diesem Sinne hat der EGMR für die Online-Kommunikation bereits betont, dass jene ein Gefährdungspotential in sich birgt, weil Inhalte in Sekundenschnelle weltweit verbreitet werden können und teils permanent online verfügbar bleiben. Auf der anderen Seite stelle die Möglichkeit für Nutzer, eigene Online-Inhalte zu generieren, eine präzedenzlose Form der Ausübung der Meinungsfreiheit dar.[112]

2. *Übertragbarkeit auf das horizontale Grundrechtsverhältnis*

Grundsätzlich lässt sich der Standard des EGMR auf den Rechtsrahmen der GRC übertragen, geht doch speziell die Konzeption von Art. 11 GRC klar auf Art. 10 EMRK zurück.[113] Da insoweit das in Art. 10 Abs. 2 EMRK enthaltene Leitbild einer „demokratischen Gesellschaft" Einzug finden kann, gilt dies ebenfalls für die vom EGMR angelegte demokratisch-funktionale Betrachtungsweise.[114] Allerdings bezieht sich die Judikatur des EGMR in erster Linie auf die Beschränkung von Hassrede durch den Staat. Zu klären bleibt somit, inwieweit sich dieser Ansatz auf das Verhältnis

110 EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 206 – Perincek/Schweiz.

111 Claes/Weil, Die Strafbarkeit antireligiöser Rede in der Judikatur des EGMR, EuGRZ 2021, 589 (595); siehe EGMR 15.10.2015 (GK) – 27510/08, NJW 2016, 3353 Rn. 207 mwN – Perincek/Schweiz.

112 EGMR 16.6.2015 (GK) – 64569/09, NJW 2015, 2863 Rn. 110 – Delfi/Estland.

113 EuGH 14.2.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 Rn. 65 = EuZW 2019, 299 – Buivids; Heselhaus/Nowak, Handbuch der europäischen Grundrechte/Kühling, 2. Aufl. 2020, § 27 Rn. 11.

114 Heselhaus/Nowak, Handbuch der europäischen Grundrechte/Kühling, 2. Aufl. 2020, § 27 Rn. 53. In diesem Sinne betont auch der EuGH, dass die Meinungsfreiheit eine wesentliche Grundlage einer Demokratie als in Art. 2 EUV verankertes Grundprinzip der Union darstelle, EuGH 21.12.2016 – C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970 Rn. 93 = NJW 2017, 717 – Tele2 Sverige, und im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion betrachtet werden müsse, EuGH 12.6.2003 – C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 Rn. 80 = EuZW 2003, 592 – Schmidberger.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zwischen privaten Akteuren auf sozialen Netzwerken im Rahmen der GRC übertragen lässt.

a) Vereinbarkeit mit dem Prinzip der praktischen Konkordanz

Als grundlegendes Prinzip für die Güterabwägung im Horizontalverhältnis zieht der EuGH die praktische Konkordanz heran. Zwischen den widerstreitenden Grundrechten ist demnach ein angemessener Ausgleich herzustellen.[115] Dabei darf weder eines der Grundrechte in qualifizierter Weise beeinträchtigt noch in seinem Wesensgehalt verletzt werden.[116]

Diesen Grundsätzen wird der Ansatz des EGMR durchaus gerecht. Durch die Möglichkeit, Gewaltaufrufe und die Aufstachelung zu Hass und Intoleranz zu verbieten, können soziale Netzwerke Äußerungsformen verhindern, die in besonderer Weise abschreckend und damit geschäftsschädigend wirken. Handelt es sich um bloß beleidigende oder wirtschaftlich motivierte Beiträge, sind die Anforderungen sogar herabzusetzen. Gleichermaßen werden die Interessen der von Hate Speech betroffenen Dritten hinreichend berücksichtigt, weil jedenfalls solche Äußerungen untersagt werden können, die einen Angriff auf die Menschenwürde darstellen oder grob ehrverletzend sind. Schließlich wird so auch die Grenze getroffen, an der es nicht unplausibel erscheint, dass die angegriffenen Nutzergruppen selbst wegen der abschreckenden Wirkung in der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit gehemmt werden könnten.[117]

Auf der anderen Seite wird politischen und künstlerischen Äußerungen der gebotene Raum gegeben, sodass auch das vom EuGH aufgegriffene Diktum Straßburgs zur Geltung kommt, wonach nicht nur Meinungen geschützt seien, die Zustimmung erfahren oder als harmlos oder unerheblich betrachtet werden, sondern auch solche, die einen Teil der Bevölkerung beleidigen, aus der Fassung bringen oder stören.[118] Die Meinungs-

---

115 EuGH 12.6.2003 – C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 Rn. 81 = EuZW 2003, 592 – Schmidberger; EuGH 13.5.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 81 = NJW 2014, 2257 – Google Spain; EuGH 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 80 = NZA 2018, 569 – Egenberger.

116 EuGH 16.7.2015 – C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 Rn. 35 = GRUR 2015, 894 – Coty Germany.

117 So für die Religionsfreiheit Temperman, Blasphemy, Defamation of Religions & Human Rights Law, Netherlands Quarterly of Human Rights 2008, 517 (535 f).

118 EuGH 6.3.2001 – C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127 Rn. 39 = EuR 2001, 542 – Connolly.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

und Medienfreiheit der Netzwerke muss in diesen Fällen wegen ihrer vornehmlich wirtschaftlichen Zwecksetzung hinter die demokratisch bedeutsameren Formen der Rede zurücktreten.

b) Staatsähnliche Bindung der Netzwerke

Ein Problem könnte sich allerdings daraus ergeben, dass in der unveränderten Übertragung des EGMR-Standards eine staatsgleiche Bindung der Netzwerke an die Meinungsfreiheit der Nutzer liegen würde. Eine stärkere Inanspruchnahme der Diensteanbieter rechtfertigt sich aber über die genannten Gründe hinaus durch die herausgehobene kommunikative Bedeutung und Marktmacht der großen Plattformen. In vielen gesellschaftlichen Gruppen und Kontexten erfolgt ein erheblicher Teil der Kommunikation über soziale Netzwerke. Durch die Unterdrückung der Meinung oder gar den Ausschluss eines Nutzers wird dessen Teilhabe am öffentlichen und privaten Diskurs daher empfindlich beeinträchtigt.[119]

Zwar käme in Betracht, die betreffenden Nutzer auf die Möglichkeit der Nutzung anderer, ggf. weniger reglementierter Plattformen zu verweisen. Dem stehen aber Netzwerk- und Lock-in-Effekte entgegen. Der Großteil der Social-Media-Nutzer konzentriert sich auf wenige Plattformen, die zwar teils ähnliche Zielgruppen bedienen, sich aber speziell in den zur Verfügung stehenden Kommunikationsmitteln unterscheiden. Der Wechsel auf ein anderes Netzwerk geht damit nicht nur mit dem Verlust der bestehenden Kommunikation und dem geschaffenen Bestand an sozialen Kontakten, sondern auch mit dem der spezifischen Kommunikationsweise einher.[120]

Aus dieser sozialen Abhängigkeit resultiert eine strukturelle Überlegenheit der Plattformen gegenüber ihren Nutzern, die bei der Abwägung Berücksichtigung finden muss.[121] Dies entspricht auch der Normstruktur von

---

119 Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (966); ausf. dazu Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 311 f.; siehe auch eurostat, Are you using social networks?, 2019, https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20190629-1, wonach schon 2018 mehr als die Hälfte der Bevölkerung der EU-Mitgliedstaaten in sozialen Netzwerken aktiv war, in der Altersgruppe von 16 bis 24 Jahren sogar beinahe 90 Prozent.

120 Elsaß/Labusga/Tichy, Löschungen und Sperrungen von Beiträgen und Nutzerprofilen durch die Betreiber sozialer Netzwerke, CR 2017, 234 (235 u. 239); ähnlich Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (966).

121 Vgl. Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (966). Auch die Rechtsprechung des EuGH legt nahe, dass jener die beherrschende Stel-

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Art. 12 DSA-E. Dass die Vorschrift den Akzent auf die Verpflichtung der Plattformen legt, dürfte gerade dem asymmetrischen Verhältnis von Netzwerk und Nutzern geschuldet sein.[122] Um den Unterschied zwischen den grundrechtsverpflichteten Mitgliedstaaten und den grundrechtsberechtigten Netzwerkbetreibern jedoch nicht „völlig einzuebnen",[123] ist den Plattformen ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage zuzusprechen, worin ein Gewaltaufruf oder eine Aufstachelung zu Hass und Intoleranz gesehen werden kann und ob die dafür heranzuziehenden Kriterien einschlägig sind.[124] Dies muss erst recht für den Bereich der Normsetzung gelten (Art. 12 Abs. 1 DSA-E), für den die Grundrechtsbindung anders als bei der Normanwendung (Art. 12 Abs. 2 DSA-E) nicht unmittelbar im Gesetzestext angeordnet wird, sondern nur im Rahmen der Erwägungsgründe Erwähnung findet (→ **IV.3**).

c) Anwendbarkeit der Kriterien auf Private

Weiterhin lässt sich zumindest für das Kriterium des angespannten gesellschaftlichen Hintergrunds die Übertragbarkeit auf das grundrechtliche Verhältnis zwischen Privaten bezweifeln. Schließlich speist sich dieser Faktor aus der Gefährdung der inneren Sicherheit eines Staates, welche die betreffende Äußerung verschärfen könnte. Bei der Wahrung der inneren Sicherheit handelt es sich aber um eine originär staatliche Aufgabe.[125] Dies spiegelt sich auch in der Schrankenbestimmung des Art. 10 Abs. 2 EMRK wider, die den Schutz der nationalen sowie öffentlichen Sicherheit und Ordnung als zulässige staatliche Eingriffsziele vorsieht. Trotzdem kann dieser Faktor auch im Horizontalverhältnis Anwendung finden. Dass auf diese Weise vor allem gewaltvolle und hasserfüllte Äußerungen, die einen Bezug auf eine ganz reale Gefahr aufweisen, unterdrückt werden können, entspricht eindeutig dem Interesse der betroffenen Drittnutzer. Ebenso

---

lung von Privaten entsprechend berücksichtigt, siehe Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (586–588).

122 Siehe dazu auch das Impact Assessment zum DSA-E, Europäische Kommission SWD(2020) 348 final Rn. 51 ff. u. 77 ff.

123 Friehe, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1699).

124 Vgl. Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (593).

125 Dazu etwa Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

können sich die Netzwerkbetreiber so besonders abschreckender, weil gefahrenträchtiger Rede entledigen.

d) Verfahrensrechtliche Lösung als Alternative?

Für die deutsche Grundrechtsordnung hat der BGH jüngst eine vornehmlich verfahrensrechtliche Lösung für die vorliegende Konstellation entwickelt. Danach ist ein soziales Netzwerk zwar grundsätzlich frei darin, in seinen Nutzungsbedingungen bestimmte Inhalte zu verbieten.[126] Eine Sperrung dürfe aber nicht willkürlich erfolgen, sondern müsse auf einem sachlichen Grund und einem objektiv überprüfbaren Tatbestand beruhen.[127] Insbesondere legt der BGH verfahrensrechtliche Mindestanforderungen fest, die sich auch in den Geschäftsbedingungen widerspiegeln müssen. Im Wesentlichen hat das Netzwerk die Nutzer umgehend über die Maßnahme zu informieren, eine Begründung anzugeben und eine Möglichkeit zur Gegenäußerung mit anschließender Neubescheidung zu gewähren.[128]

Durch diese formellen Anforderungen wird zwar eine grundlegende Absicherung der Meinungsfreiheit der Nutzer gewährleistet. Auch in Kombination mit dem materiell gelagerten Willkürverbot werden jene allein aber der besonderen demokratischen Bedeutung der Meinungsfreiheit nicht gerecht. Den Netzwerkbetreibern bliebe es damit weitestgehend unbenommen, sämtliche unliebsame Meinungen zu unterdrücken, sofern sich dafür ein sachlicher Grund – im Fall der Netzwerke in der Regel ein wirtschaftliches Interesse – anführen lässt. Indem die Diensteanbieter aber Foren des öffentlichen Austausches schaffen, müssen sie in einem gewissen Maß auch die damit verbundenen Kontroversen, Konflikte und unbequemen Meinungsäußerungen hinnehmen.[129] Letztlich scheint auch der DSA-E von einem stärker materiell angebundenen Ansatz auszugehen. Schließlich regelt der Entwurf das Verfahren in Form eines Melde- und Beschwerdemechanismus bereits in umfassender Weise (vgl. Art. 14 ff. DSA-E), ver-

126 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 78; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 90.

127 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 80 ff.; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 92 ff.

128 BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20, ZUM 2021, 953 Rn. 83 ff.; BGH 29.7.2021 – III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 95 ff.

129 Vgl. Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (967).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

pflichtet die Plattformen in Art. 12 Abs. 2 DSA-E aber zusätzlich auf die Grundrechte der Nutzer.

3. Grenzen der Normdurchsetzung

Betrifft der dargestellte Standard des EGMR vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verbot und damit verbundene Sanktionen überhaupt möglich sind, was im Rahmen von Art. 12 DSA-E vor allem das Aufstellen und die Anwendung der Kommunikationsregeln tangiert, stellt sich weiterhin die Frage, welche Maßnahme zur Durchsetzung derselben im Einzelfall zulässig ist. Insoweit kommt es vor allem auf die von Art. 12 Abs. 2 DSA-E geforderte Verhältnismäßigkeit an. Danach darf die Maßnahme nicht das überschreiten, was zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei die durch sie verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen dürfen.[130]

Die „minimalinvasivste" Form der anfangs skizzierten Moderationstechniken stellt das Labeling dar. Die Äußerung bleibt als solche unberührt, erfährt aber inhaltlich eine Abwertung. Deutlich eingriffsintensiver fällt dagegen die Sichtbarkeitsreduzierung aus, führt diese doch zu einer objektiven Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit des betreffenden Nutzers und der Informationsfreiheit Dritter, indem die Reichweite des Beitrags verringert wird. Die schwerwiegendste inhaltsbezogene Maßnahme bildet die Löschung des Beitrags. Die betreffende Meinungsäußerung wird vollständig unterdrückt und kann auch von anderen Nutzern nicht mehr rezipiert werden.

Als besonders schwerwiegende Beeinträchtigung stellt sich die temporäre oder sogar unbefristete Sperrung eines Nutzerkontos dar. Dem Nutzer wird dadurch vollständig die Möglichkeit genommen, auf der Plattform eigene Meinungen kundzutun und fremde Meinungen zu rezipieren.[131] Umgekehrt sind auch andere Nutzer daran gehindert, mit ihm zu kommunizieren und auf seine Inhalte zuzugreifen. Diese Form der Content-Moderation ist daher nur als *ultima ratio* im Fall von wiederholten oder besonders schwerwiegenden Verstößen gegen die Community Standards einzusetzen.[132]

---

130 Siehe z. B. EuGH 15.2.2016 – C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84 Rn. 54 = NVwZ 2016, 1789 – J.N.

131 Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 314.

132 Vgl. Friehe, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1700).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ein spezielles Problem tritt bei dem Einsatz von KI-Systemen zur automatisierten Moderation auf, weil jene die Gefahr des *Overblocking* mit sich bringen. Die gegenwärtigen Filtersysteme weisen Schwächen bei der Berücksichtigung des Kontexts einer Äußerung auf, der gerade für die Einordnung als Hate Speech von besonderer Relevanz ist. In der Folge kann es zu falsch-positiven Ergebnissen kommen, sodass auch an sich zulässige Inhalte entfernt werden.[133] Die KI-basierte Content-Moderation kann daher die Kommunikationsfreiheiten der Nutzer breitenwirksam beeinträchtigen.[134] Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die automatisierte Filterung im Interesse der Netzwerkbetreiber und geschädigten Nutzer erfolgt. Schließlich besteht darin eine effiziente und kostensparende Methode zur Überprüfung großer Mengen an Inhalten, die händisch nur schwer zu bewältigen wäre.[135] Sofern sich die Fehlerquote in einem zumutbaren Rahmen hält, bietet Art. 17 Abs. 5 DSA-E dafür eine interessengerechte Lösung. Danach darf zumindest die Entscheidung der Plattform über die gegen einen Moderationsakt gerichtete Beschwerde nicht allein mit automatisierten Mitteln getroffen werden.

Fällt die Fehlerrate jedoch zu hoch aus, greift die Risikominderungspflicht aus Art. 27 Abs. 1 DSA-E, die sich allerdings auf sehr große Online-Plattformen im Sinne von Art. 25 DSA-E beschränkt. Diese sind zunächst gem. Art. 26 Abs. 1 DSA-E dazu verpflichtet, zumindest einmal jährlich systemische Risken zu evaluieren, die auf ihre algorithmischen Systeme zurückzuführen sind. Dazu zählen gem. Art. 26 Abs. 1 lit. b DSA-E auch negative Effekte für die Ausübung von Meinungs- und Informationsfreiheit, welche von einem Moderationssystem mit signifikanter Fehlerrate ausgehen können. Daran anschließend schreibt Art. 27 Abs. 1 DSA-E vor, dass die Plattformen verhältnismäßige und effektive Maßnahmen zur Minderung des identifizierten Risikos treffen müssen, was Anpassungen des Moderationsverfahrens (lit. c) und der algorithmischen Systeme (lit. ca) einschließt. Im Fall der automatisierten Moderation kommt dafür natürlich die Reduzierung der Fehlerrate in Betracht, aber auch die Implementierung anderer Schutzvorkehrungen. So könnte ein menschlicher Entschei-

133 Instruktiv Finck, Artificial Intelligence and Online Hate Speech, 2019, S. 5 ff. mwN.; Europäische Kommission SWD(2020) 348 final, Rn. 80; vgl. Keller, Facebook Filters, Fundamental Rights, and the CJEU's Glawischnig-Piesczek Ruling, GRUR Int. 2020, 616 (622).

134 Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (583) mwN.

135 Vgl. Finck, Artificial Intelligence and Online Hate Speech, 2019, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der bereits zum Zeitpunkt der Erstentscheidung eingebunden werden, um das maschinelle Ergebnis vorab zu überprüfen.

Da die Pflicht zur Risikoermittlung grundsätzlich nur jährlich besteht und die Schwelle zur Klassifizierung einer Plattform als „sehr groß" mit durchschnittlich 45 Millionen aktiven Nutzern pro Monat (Art. 25 Abs. 1 DSA-E) sehr hoch liegt, bestehen insoweit jedoch gewisse Schutzlücken. In Bezug auf Uploadfilter für Urheberrechtsverletzungen hat der EuGH bereits betont, dass diese nur mit Art. 11 Abs. 1 GRC vereinbar seien, wenn sichergestellt wird, dass sie hinreichend zwischen zulässigen und unzulässigen Inhalten unterscheiden können.[136] In diesem Sinne weist auch ErwG 38 DSA-E darauf hin, dass die Diensteanbieter bei der Verwendung automatisierter Instrumente die Fehlerquote so weit wie möglich begrenzen sollen. Ist das System nicht hinreichend akkurat und greifen die Art. 26 f. DSA-E aus den vorgenannten Gründen nicht, erscheint daher aus grundrechtlicher Sicht ein Korrektiv notwendig, das auf Art. 12 Abs. 2 DSA-E gestützt werden und etwa in der Einbindung eines menschlichen Entscheiders bei der Erstentscheidung liegen kann.

VII. Schlussbetrachtungen

Speziell mit Art. 12 Abs. 2 DSA-E kündigt sich eine bedeutsame Rechtsentwicklung an, welche die grundrechtliche Dimension des multipolaren Gefüges sozialer Netzwerke in das unionale Privatrecht inkorporiert. Verspricht die Regelung zwar eine erhebliche Verbesserung für die Rechtspositionen der strukturell unterlegenen Netzwerknutzer, ist sie angesichts ihrer potenziell weitreichenden Folgen doch recht vage formuliert.[137] Da die Vorschrift die Pflicht zur Berücksichtigung der Grundrechte, die sie den Plattformen auferlegt, nicht näher bestimmt, läge es momentan an der Rechtsprechung, ihren normativen Gehalt zu konkretisieren.

Im Hinblick auf Hate Speech liefert die Judikatur des EGMR insoweit einen guten Ausgangspunkt. Danach können die Plattformen Äußerungen, die mit Elementen von Gewalt verbunden sind oder zu Hass und

136 EuGH 26.4.2022 – C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297 Rn. 86 = GRUR 2022, 820; siehe bereits EuGH 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 Rn. 52 = MMR 2012, 174 – Scarlet; EuGH 16.2.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 Rn. 50 = BeckRS 2012, 80348 – SABAM.

137 Ausf. dazu Appelman/Quintais/Fahy, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, VerfBlog 2021, https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Intoleranz aufstacheln oder selbiges rechtfertigen, ohne Weiteres verbieten. Im Verhältnis von Privaten ist den grundrechtsberechtigten Netzwerkbetreibern hierfür ein weiter Beurteilungsspielraum zuzusprechen. Abstrakt entsprechen die marktführenden Plattformen diesem Standard bereits jetzt, knüpfen sie doch ähnlich dem EGMR bei ihrer Definition von Hassrede speziell an einen Angriff auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe an. Ob das auch für die konkrete Anwendung und Verhältnismäßigkeit der Durchsetzung im Einzelfall gilt, darf bezweifelt werden, wird doch immer wieder Kritik an der Moderationspraxis der Netzwerke laut.[138] Zuletzt sind dabei auch die zur Detektion eingesetzten KI-Systeme stärker in den Fokus geraten.[139] Im Einzelnen könnten sich daraus schwierige Abwägungsfragen ergeben, die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft noch lange beschäftigen dürften.

138 Einen Überblick vermitteln etwa die Beispiele bei Electronic Frontier Foundation, https://www.eff.org/de/tossedout; Raue, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961 (964); Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 315 ff; zum speziellen Problem der unverhältnismäßigen Benachteiligung bestimmter Personengruppen etwa Haimson/Delmonaco/Nie/Wegner, Disproportionate Removals and Differing Content Moderation Experiences for Conservative, Transgender, and Black Social Media Users: Marginalization and Moderation Gray Areas, Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction 2021, 5(CSCW2), 1.

139 Zur übermäßigen Detektion von Beiträgen bestimmter Personengruppen etwa Ghaffary, The algorithms that detect hate speech online are biased against black people, Vox 2019, https://www.vox.com/recode/2019/8/15/20806384/social-media-hate-speech-bias-black-african-american-facebook-twitter. Auch die Leistungsfähigkeit der KI-Systeme wurde zuletzt durch die Auswertung interner Berichte von Facebook (sog. *Facebook Files*) in Zweifel gezogen, dazu Seetharaman/Horwitz/Scheck, Facebook Says AI Will Clean Up the Platform. Its Own Engineers Have Doubts, The Wall Street Journal 2021, https://www.wsj.com/articles/facebook-ai-enforce-rules-engineers-doubtful-artificial-intelligence-11634338184.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Content governance on social networking sites: Battling disinformation and upholding values

Rita Gsenger, Johanne Kübler, Ben Wagner

I. Introduction[1]

Social media platforms such as Facebook, YouTube, and Twitter have millions of users logging in every day, using these platforms for communication, entertainment, and news consumption. These platforms adopt rules that determine how users communicate and thereby limit and shape public discourse.[2]

Platforms need to deal with large amounts of data generated every day. For example, as of October 2021, 4.55 billion social media users were active on an average number of 6.7 platforms used each month per internet user.[3] As a result, platforms were compelled to develop governance models and content moderation systems to deal with harmful and undesirable content, including disinformation. In this study:

- 'Content governance' is defined as a set of processes, procedures, and systems that determine how a given platform plans, publishes, moderates, and curates content.
- 'Content moderation' is the organised practice of a social media platform of pre-screening, removing, or labelling undesirable content to reduce the damage that inappropriate content can cause.

Online platforms rely on content moderation to guarantee their compliance with laws and regulations, community guidelines, and user agreements, as well as norms of appropriateness for a given site and its cultural

---

1 Parts of this article are based on an earlier research project funded by the European Green Party, the results of which can be accessed here: https://www.greens-efa.eu/files/assets/docs/alternative_content_web.pdf.

2 Suzor/Van Geelen/Myers West, Evaluating the Legitimacy of Platform Governance: A Review of Research and a Shared Research Agenda, International Communication Gazette 2018, (385) 386.

3 Kemp, Digital 2021 October Global Statshot Report, 2021, https://datareportal.com/reports/digital-2021-october-global-statshot.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

context.[4] While content moderation helps to keep undesirable content at bay, discussions are held on the influence of platforms on freedom of expression and information, including individuals' digital rights. The Covid-19 pandemic has increased the urgency of these discussions, and public health policies are influenced by disinformation on social media platforms. It has even led public policymakers to refer to a Covid-related "infodemic" to describe the degree of disinformation being spread on social media platforms.[5]

As public attention to the role of false information on online platforms increased, the academic exploration of disinformation and related terms such as misinformation, malinformation, and "fake news" greatly expanded. Definitions of disinformation abound, however, they usually include a deliberate intent to cause harm by disseminating false information. Disinformation can thus be defined as the purposeful dissemination of erroneous information with the goal to influence public opinion, groups, or individuals for political or economic gain.[6] In contrast to misinformation, whose inaccuracies are unintended, disinformation is deliberately false information spread intentionally. The use of another term in the same universe, "fake news", while initially explored by academics,[7] has been largely dismissed as a political expression used to criticise news stories or media outlets.[8]

Research indicates that while dis- and misinformation make up a relative small portion of all information shared on online platforms,[9] their

4 Roberts, Behind the screen: content moderation in the shadows of social media, 2019, 33 ff.

5 Cinelli/Quattrociocchi/Galeazzi/Valensise/Brugnoli/Schmidt/Zola/Zollo/Scala, The COVID-19 social media infodemic, Scientific Reports 2020, 10 (16598), […], 1 (1).

6 Wardle/Derakhshan, Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making, Council of Europe Report DGI, 2017, […], 1 (15 ff).

7 E.g. Allcott/Gentzkow, Social Media and Fake News in the 2016 Election, Journal of Economic Perspectives 2017, 211 (212).

8 European Commission, Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology, A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent high level group on fake news and online disinformation, Publications Office, 2018, 1 (5).

9 Guess/Nagler/Tucker, Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook, Science Advances 2019, 5(1), 1 (5); Kübler/Sekwenz/Rachinger/König/Gsenger/Pirkova/Wagner/Kettemann/Krennerich/Ferro, The 2021 German Federal Election and Social Media: Studying the prevention of systemic electoral risk based on the EU Digital Services Act, Report, 2021, 1 (27 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

use can be strategic in contexts such as elections.[10] A considerable amount of research focuses on the identification of disinformation,[11] and the motivation of individuals to believe and spread disinformation.[12] Various counter mechanisms have been suggested such as content warnings[13] and fact checking[14], detection of disinformation,[15] automated recognition[16], and deletion of undesired content[17]. Many legislative approaches focus

10 Howard/Kollanyi, Bots, #Strongerin, and #Brexit: Computational Propaganda During the UK-EU Referendum, 2016, https://ssrn.com/abstract=2798311.

11 Qian/Gong/Sharma/Liu, Neural User Response Generator: Fake News Detection with Collective User Intelligence, Proceedings of the Twenty-Seventh International Joint Conference on Artificial Intelligence, 2018, 3834 (3835).

12 Scott/Kosslyn, Emerging Trends in the Social and Behavioral Sciences/Cook/Ecker/Lewandowsky, 2015, 1 (8 f.); Islam/Laato/Talukder/Sutinen, Misinformation sharing and social media fatigue during COVID-19: An affordance and cognitive load perspective, Technological Forecasting and Social Change 2020, 159, 1 (5); Buchanan/Benson, Spreading Disinformation on Facebook: Do Trust in Message Source, Risk Propensity, or Personality Affect the Organic Reach of "Fake News"?, Social Media + Society 2019, 5(4), 1 (4 ff.); Buchanan, Why do people spread false information online? The effects of message and viewer characteristics on self-reported likelihood of sharing social media disinformation, PLOS ONE 2020, 15(10), 1 (14 f.).

13 Kaiser/Wei/Lucherini/Lee, Adapting Security Warnings to Counter Online Disinformation, 30th USENIX Security Symposium, 2021, 1163 (1166 ff.).

14 Vlachos/Riedel, Fact Checking: Task definition and dataset construction, Proceedings of the ACL 2014 Workshop on Language Technologies and Computational Social Science 2014, 18 (19 ff.); Clayton et al., Real Solutions for Fake News? Measuring the Effectiveness of General Warnings and Fact-Check Tags in Reducing Belief in False Stories on Social Media, Political Behavior 2020, 1073 (1083 ff.).

15 Tschiatschek/Merchant/Singla/Krause/Gomez Rodriguez, Fake News Detection in Social Networks via Crowd Signals, WWW 2018, 517 (518 f.); Kim/Tabibian/Oh/Schölkopf/Gomez-Rodriguez, Leveraging the Crowd to Detect and Reduce the Spread of Fake News and Misinformation, WSDM 2018, 324 (327 ff.).

16 Yankoski/Weninger/Scheirer, An AI early warning system to monitor online disinformation, stop violence, and protect elections, Bulletin of the Atomic Scientists 2020, 76 (2), 85 (85 f.); Della Vedova/Tacchini/Moret/Ballarin/DiPierro/de Alfaro, Automatic Online Fake News Detection Combining Content and Social Signals, 22nd Conference of Open Innovations Association (FRUCT), 2018, 272 (274); Seo/Xiong/Lee, Trust It or Not: Effects of Machine-Learning Warnings in Helping Individuals Mitigate Misinformation, Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science, 2019, 265 (267); Alaphilippe/Gizikis/Hanot/Nomtcheva, Automated tackling of disinformation: major challenges ahead, European Parliament Directorate-General for Parliamentary Research Services, 2019, 1 (27 ff.).

17 Bastos, Five Challenges in Detection and Mitigation of Disinformation on Social Media, 2021, https://ssrn.com/abstract=3874410.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

on the latter, making deletion online platforms' most common content moderation approach. Large social media platforms such as Facebook and Twitter use fact-checking and labelling content strategies to counter disinformation, and if needed, deletion of content.[18] However, content governance models focusing on deletion struggle to effectively moderate content that is difficult to classify, such as disinformation. In fact, due to short time frames for content removals, the threat of heavy fines for non-compliance and legal uncertainty, platforms frequently over comply and remove online content without transparency or inclusion by a larger public.[19]

Alternatives to content removal exist, and they are applied successfully by community-led platforms. These platforms are governed partially or entirely by their users and are primarily small in numbers. Many large platforms do not use these methods of content moderation, and if they do, only after significant public pressure.[20] Alternative approaches often focus on strengthening the community to decrease the necessity of content moderation.[21] However, moderators on these community-led platforms are usually volunteers and thus struggle with problems of disinformation. For online communities to function effectively and thrive, many disruptions such as rule-breaking need to be avoided, which we argue is possible through design and compelling content governance.

To assess the effectiveness and value of alternative content governance models practices, this study closely investigates three community-led platforms, namely mastodon in Section →IV.1., diaspora* in Section → IV.2., and Slashdot in Section → IV.3. This investigation is complemented with interviews with experts and administrators of said platforms. Based on the outcomes, we develop an analysis of advantages and disadvantages for community-based and user-centric platform administration in Section →V.

---

18 Iosifidis/Nicoli, The battle to end fake news: A qualitative content analysis of Facebook announcements on how it combats disinformation, International Communication Gazette 2020, 81(1), 60 (69 ff.); Bastos, Five Challenges in Detection and Mitigation of Disinformation on Social Media, 2021, https://ssrn.com/abstract=3874410.

19 Ahlert/Marsden/Yung, How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, PCMLP Research Paper 2014, 1 (26 f.).

20 Goldman, Content Moderation Remedies, Michigan Technology Law Review 2021, 1 (26).

21 Lampe/Resnick, Slash(dot) and burn: distributed moderation in large online conversation space, Proceedings of the 2004 conference on Human factors in computing systems- CHI '04, 2004, 543 (545 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

II. Theoretical framework

Just like real-life communities condone some types of behaviour and reject others, so do communities on online platforms. For instance, Wikipedia requires its authors to remain neutral to further the goal of creating a trustworthy encyclopaedia.[22] These norms can be implicit or take a written form, and they may be contested and change over time. However, most of them need to be accepted by the most significant part of the community to be effective.

This consensus helps deal with the inevitable conflicts and disruptions occurring on online platforms, created by both platform insiders and outsiders. Conflicts from inside the platform might stem from newcomers, who are unaware of or disagree with some norms.[23] Disruptions from outsiders, on the other hand, include trolling—provocative, irrelevant, or attention seeking posts aiming to provoke emotional response.[24] Outsiders such as trolls are relatively immune to sanctions because they are not invested in the platform compared to insiders.[25] Persistent violations of behavioural norms and protracted conflicts can cause serious damage to online communities, which can be averted by adopting measures to decrease the frequency of non-normative behaviours or lessen their impact on the community.

The theoretical framework of this article is primarily based on Regulating Behavior in Online Communities by Kiesler et al. (2012)[26], Governing Internet Expression (Wagner 2016)[27], Custodians of the Internet by Gillespie (2018)[28], Behind the Screen by Roberts (2019)[29], and Content

22 Wikipedia, the free encyclopedia, Wikipedia: Neutral point of view, 2022, https://en.wikipedia.org/ wiki/Wikipedia:Neutral point of view.

23 Kraut/Resnick, Building Successful Online Communities: Evidence-Based Social Design/Kiesler/Kraut/Resnick, 2012, 125 (129).

24 Schwartz, The Trolls Among Us, The New York Times, 2008, https://www.nytimes.com/2008/08/03/magazine/03trolls-t.html.

25 Kraut/Resnick, Building Successful Online Communities: Evidence-Based Social Design/Kiesler/Kraut/Resnick, 2012, 125 (127).

26 Kraut/Resnick, Building Successful Online Communities: Evidence-Based Social Design/Kiesler/Kraut/Resnick, 2012, (125) 125.

27 Wagner, Global Free Expression: Governing the Boundaries of Internet Content, 2016.

28 Gillespie, Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media, 2018.

29 Roberts, Behind the screen: content moderation in the shadows of social media, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Moderation Remedies by Goldman (2021)[30]. Through choices in designing platforms, it is possible to: (1) limit the extent of damage caused by bad behaviour; (2) control how much bad behaviour that any bad actor can engage in to begin with; and, (3) encourage voluntary compliance with norms through various incentives. These measures can be combined to increase their effectiveness.

In fact, platforms are legally obliged to remove content that is "manifestly unlawful", according to EU law (outlawing child abuse material,[31] racist and xenophobic hate speech,[32] terrorist content,[33] and infringing intellectual property rights[34]) and various provisions by individual EU Member states, for instance, the German Netzwerkdurchsetzungsgesetz or the French Loi Avia.[35] The proposed Digital Services Act should increase platforms' accountability for content by obligating them to regularly conduct a risk assessment and take appropriate mitigation measures.[36] In addition, platforms also moderate content in contravention of their own Terms of Service (ToS), to which a person must agree to abide by when registering an account, and their community standards, which govern the behaviour of all community members during their participation in that community, setting out which content and behaviours are deemed unacceptable, disruptive, or inappropriate.[37]

---

30 Goldman, Content Moderation Remedies, Michigan Technology Law Review 2021, 1 (1).

31 Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, Art. 25.

32 Commission Recommendation (EU) 2018/334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online.

33 Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, Art. 21.

34 DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

35 Hoffman/Gasparotti, Liability for illegal content online Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a "Digital Services Act", 2020, 1 (25).

36 European Commission/Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Art. 26 and Art. 27.

37 Roberts, Behind the screen: content moderation in the shadows of social media, 2019, 69.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In order to make the moderation process on a platform more effective, it is paramount that decisions by content moderators are perceived as legitimate; otherwise, they can lead to more disruption.[38] A consistent application of moderation criteria, giving offenders the possibility to argue their case with the moderator as well as appeal procedures,[39] increases the legitimacy of the moderation process and thus the effectiveness of moderation decisions. Acceptance of the moderation process can furthermore be increased by avoiding the removal of inappropriate content, instead redirecting it to other places. Finally, moderation gains legitimacy when moderators are members of the community perceived as impartial and endowed with limited or rotating powers.[40] Research on automated tools in content moderation has found that their tendency to make mistakes threatens to erode users' trust in the moderation process. When employed carefully in conjunction with human content moderation, however, they can be useful. Bots and other automated tools can be employed, for example, to provide explanations for content removal, helping to prevent future post removals.[41]

Besides moderating the bad behaviour of individual platform users, design choices can help to limit possible destructive behaviour. These include throttles or quota mechanisms to prevent repetitive spam-like activity in a short time frame, or striking continuous disrupters with gags or bans. Some communities have developed internal currencies or ladders of access to force members to earn certain privileges before they can engage in potentially harmful activities. Currency and thus privileges can be gained through everyday participation, such as providing genuine information, which is easy for normal platform participants, but difficult for trolls and manipulators.[42]

Finally, insiders, who care about the community, can be induced to comply voluntarily by instituting behavioural norms. Platform users infer

---

38 Gillespie, Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media, 2018, 8.

39 Jhaver/Birman/Gilbert/Bruckman, Human-Machine Collaboration for Content Regulation: The Case of Reddit Automoderator, ACM Transactions on Computer-Human 2019, 26(5), 1 (13 f.).

40 Kraut/Resnick, Building Successful Online Communities: Evidence-Based Social Design/Kiesler/Kraut/Resnick, 2012, 125 (132).

41 Jhaver/ Birman/Gilbert/Bruckman, Human-Machine Collaboration for Content Regulation: The Case of Reddit Automoderator, ACM Transactions on Computer-Human 2019, 26(5), 1 (22).

42 Kraut/Resnick, Building Successful Online Communities: Evidence-Based Social Design/ Kiesler/Kraut/Resnick, 2012, 125 (131 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

norms through the observation of other actors and of consequences to their behaviour, seeing instructive rules of conduct, and participating and receiving feedback. Through design choices, platform creators can communicate normative and thus desired behaviours, for example, by conspicuously highlighting instances of desired behaviour and inappropriate behaviour when participants may be about to violate them.[43] As awareness of norms does not guarantee their adoption, including the community in drafting rules increases their legitimacy and hence compliance. Reputation systems, which summarise a participant's past online behaviours into a score, further increase norm compliance.[44] Finally, norm violations may be prevented through authentication of identities or through incentives to retain a long-term identifier in communities relying on pseudonyms.[45]

III. Research design

To investigate alternatives to content moderation that go beyond deletion, this study presents three case studies of community-led platforms that are unusual cases.[46] These platforms highlight ways of strengthening online communities and thereby decreasing the necessity of content moderation.

Furthermore, 16 semi-structured interviews were conducted in January and February 2021 with content moderators, platform administrators, and experts. 'Experts' refers to researchers studying online platforms and their governance from various disciplines such as law, communications, and social sciences. Table 1 shows an overview of participants including the type of expertise and participants' years of experience in that area. Participants were anonymised and are referred to as P1-P16 throughout the study.

43 Leader Maynard/Benesch, Dangerous Speech and Dangerous Ideology: An Integrated Model for Monitoring and Prevention, Genocide Studies and Prevention, 2016, 9(3), 70 (85 f.).

44 Goldman, Content Moderation Remedies, Michigan Technology Law Review 2021, 1 (40).

45 Caplan, Content or Context Moderation: Artisanal, Community-Reliant and Industrial Approaches, 2018, 1 (20 f).

46 Jahnukainen, Extreme Cases/Mills/Durepos/Wiebe, 2010, 378 (378).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Table 1: Summary of participants' expertise and years of experience.

Type of Expertise	**No.**
Research	6
Industry/NGO	5
Moderator/Administrator	4
Years of Experience	**No.**
<5	1
5-10	7
>10	4
N/A	3

The interviews were held in a non-directed manner to guide the conversation and allow the participants to tell their stories uninterrupted.[47] Due to safety concerns during the Covid-19 pandemic, the interviews were entirely held online.[48] Even though videoconference is the most suitable alternative to face-to-face interviews,[49] participants might have trouble with the technology or a poor internet connection might make the conversation challenging.[50] Therefore, written responses to the interview questions were

47 McCracken, The Long Interview, 1988, 21 f.

48 Townsend/Nielsen/Allister/Cassidy, Key ethical questions for research during the COVID-19 pandemic, The Lancet Psychiatry, 2020, 7 (5), 381 (382).

49 Hanna/Mwale, 'I'm Not *with* You, Yet I Am…': Virtual Face-to-Face Interviews/Braun/Clarke/Gray, 2017, 256 (256 ff.); Hanna, Using internet technologies (such as Skype) as a research medium: a research note, Qualitative Research, 2012, 12(2), 239 (240); Iacono/Symonds/Brown, Skype as a Tool for Qualitative Research Interviews, Sociological Research Online, 2016, 21(12), 1 (4 f.).

50 Jowett, Carrying out qualitative research under lockdown – Practical and ethical considerations, Impact of Social Sciences, 2020, https://blogs.lse.ac.uk/impactofso

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

included in the study. The interviews were held in either English or German, depending on the participants' preference. These are the primary languages on the studied platforms and are suitable for conversations. However, the interviewers were sensitive to potential problems of lexicality and cultural misunderstandings.[51]

IV. Case studies of community-led platforms

Three case studies of community-led social media platforms with varying approaches to content governance are included after an overview of the desk research results about the platforms and their content moderation techniques.

1. mastodon

Mastodon is a federated microblogging platform where users can post messages, upload content, and communicate. Using the open protocol ActivityPub, it is part of the fediverse—the federated universe, which allows multiple websites and implementations to communicate with each other.[52] For the free and open-source project developed by Eugen Rochko, code, documentation, and policy statements are collaboratively developed.[53] Mastodon consists of multiple independent instances[54], each on its server, and each website can operate on its own. However, administrators can allow users to communicate with each other across websites. Users can either join existing instances (such as mastodon.social) or create their own using the mastodon software.[55] Some instances, such as mastodon.social, the flagship instance, limit the number of users to avoid

---

cialsciences/2020/04/20/carrying-out-qualitative-research-under-lockdown-practical-and-ethnic-al-considerations/.

51 Nakayama, Critical Intercultural Communication and the Digital Environment/Rings/Rasinger, 2020, 83 (87 ff.).

52 What is mastodon?, 2020, https://docs.joinmastodon.org/.

53 Zulli/Liu/Gehl, Rethinking the "social" in "social media": Insights into topology, abstraction, and scale on the Mastodon social network, New Media & Society, 2020, 22(7), 1188 (1189).

54 Instances are realisations of software running on a domain. For example, mastodon.social is an instance. See Instance, 2022, https://docs.joinmastodon.org/entities/instance/.

55 What is mastodon?, 2020, https://docs.joinmastodon.org/.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

centralisation.[56] Growth for a network is necessary, but it is preferred horizontally instead of within instances.[57] Once joined, users can see a timeline with posts of people they follow, and they can send short messages called toots, which they can boost, meaning share, and favourite, meaning to like.

Furthermore, users can make messages public for everyone, private for the user's followers, or direct to a specific mentioned user, and unlisted—visible to everyone but hidden in local timelines. Two timelines exist on mastodon: the local timeline, which only includes users' posts from the same instance, and a federated timeline, which provides for other instances if the user's instance is connected to them. That system creates a model similar to email.[58] That means users can send messages across instances[59] and the platform only allows that toots[60] are shown in chronological order, impeding any ranking due to algorithmic recommendations.[61]

Content governance is handled by each instance separately. Therefore, the content and posts that are allowed on the platform instances vary. Each instance can decide on permitted activities, whereby the most commonly prohibited activities are spam, nudity, and pornography.[62] The policy of each instance is available for users upon registration. For example, mastodon.social, a significant European instance with 7000 users as of December 2021[63], bans content such as Nazi symbolism and Holocaust de-

56 Leah & Rix, Bericht: Sparschwein, 2020, https://blog.chaos.social/2020/01/26/sparschwein-bericht-2020.html.

57 Zulli/Liu/Gehl, Rethinking the "social" in "social media": Insights into topology, abstraction, and scale on the Mastodon social network, New Media & Society 2020, 22(7), 1188 (1196).

58 Raman/Joglekar/De Cristofaro/Sastry/Tyson, Challenges in the Decentralised Web: The Mastodon Case, Proceedings of the Internet Measurement Conference, IMC '19: ACM Internet Measurement Conference, 2019, 217 (217).

59 Farokhmanesh, A beginner's guide to Mastodon, the hot new open-source Twitter clone, The Verge 2017, https://www.theverge.com/2017/4/7/15183128/mastodon-open-source-twitter-clone-how-to-use.

60 Toots are short messages with a limit of 500 characters. See Posting toots, 2020, https://docs.joinmastodon.org/user/posting/.

61 Zignani, Mastodon Content Warnings: Inappropriate Contents in a Microblogging Platform, Proceedings of the Thirteenth International AAAI Conference on Web and Social Media, 2019, 639 (640).

62 Raman/Joglekar/De Cristofaro/Sastry/Tyson, Challenges in the Decentralised Web: The Mastodon Case, Proceedings of the Internet Measurement Conference, IMC '19: ACM Internet Measurement Conference, 2019, 217 (220).

63 rixx, On Running a Mastodon Instance, 2021, https://rixx.de/blog/on-running-a-mastodon-instance/.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nial, which is illegal in Germany. In addition, user accounts or content are deleted for posting illegal, discriminatory, violent, or nationalist content or content that harasses others. The instance not only makes rules public and transparent, but also explains best practices, for example, for crediting creators for art that is shared.[64] Even as each instance can implement their own rules, most instances use the standard ToS.[65] Instances can include users in content moderation to some extent as it includes a function for users to mark posts as inappropriate or sensitive.[66]

2. *diaspora**

The federated social network diaspora* consists of independently run servers called pods.[67] Users who register need to choose a pod, which allows crossposting with other services, such as Twitter. User data is stored in the chosen pod and each is managed by different people.[68] Community members are in charge of the pods and have access to the user data in their pods. Users can share and post content, including photos, videos, and music. They can mention others, like content, and interact with users from other pods.

Furthermore, they can follow people once they have set up their diaspora* identity. Moreover, diaspora* allows a function called aspects, which enables grouping users to and sharing content only with specific groups. Direct interaction with other users is only possible if they have been added to an aspect. Users are free to create their separate pods and change the source code to their liking.[69] Furthermore, users can share public posts accessible to all diaspora* users for sharing, commenting, and liking.[70]

Content governance depends on the administrators of the pods. Generally, removing pods or content is possible, as is flagging inappropriate

64 @ordnung, Rules, https://chaos.social/about/more.
65 mastodon, Datenschutzerklärung, https://mastodon.social/terms.
66 Zignani, Mastodon Content Warnings: Inappropriate Contents in a Micro-blogging Platform, Proceedings of the Thirteenth International AAAI Conference on Web and Social Media (ICWSM 2019), 2019, 639 (639).
67 For a list of all available pods, see https://diaspora.fediverse.observer/list.
68 The DIASPORA* project, Choosing a pod, 2020, https://wiki.diasporafoundation.org/Choosing_a_pod.
69 diaspora*, Wie funktioniert diaspora*?, https://diasporafoundation.org /about#aspects.
70 The DIASPORA* project, FAQ for users, 2019, https://wiki.diasporafoundation.org/FAQ_for_users.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

user posts, which the platform recommends instead of replying. However, deletion is a last resort and conversations are a preferred remedy. Pods each have moderators who decide on the pod's rules. Moreover, users can flag inappropriate content and moderators can remove users and posts. However, new posts are not reviewed prior to publication.[71]

3. *Slashdot*

Slashdot is a website publishing written stories about various topics users submit. Editors check, format and correct the stories before publication, primarily including grammar, spelling, clarity, and link fixes. Furthermore, the editors "try to select the most interesting, timely, and relevant submissions".[72] Each user has an account with a nickname, which they use to comment on published stories. Users can filter the comments they see by choosing the range of a post's score (between -1 and 5), and they can report abusive comments such as spam or racism. Users can interact with each other in various ways, e.g., selecting someone as a friend makes the user their fan. If a user is selected as a foe, that respective user is called a freak.[73]

Slashdot involves users for content moderation. Users have karma (Terrible, Bad, Neutral, Positive, Good, and Excellent) depending on how their comments are moderated and the contributions they make to the site. Karma determines if users can moderate. Users get allocated moderation points they can spend on posts by rating them according to pre-selected categories, namely: Normal, Offtopic, Flamebait, Troll, Redundant, Insightful, Interesting, Informative, Funny, Overrated, and Underrated. Moreover, each comment has a score from -1 to +5, the default being at +1.[74] Posts are not deleted from the database; however, not all readers might be able to read them.[75]

Furthermore, Slashdot uses a method of meta-moderation to moderate the moderators. Therefore, users can also rate if moderators rated a story

---

71 The DIASPORA* project, FAQ for users, 2019, https://wiki.diasporafoundation.org/FAQ_for_users.
72 Slashdot, Frequently Asked Questions, 2022, https://slashdot.org/faq.
73 Slashdot, Frequently Asked Questions, 2022, https://slashdot.org/faq.
74 Slashdot, Frequently Asked Questions, 2022, https://slashdot.org/faq.
75 Lampe/Resnick, Slash(dot) and burn: distributed moderation in large online conversation space, Proceedings of the 2004 conference on Human factors in computing systems- CHI '04, 2004, 543 (544).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

adequately and fairly. However, only users who have taken an active part in Slashdot for a longer time can metamoderate. Editors have unlimited moderation points, and they might ban IP addresses of users who exhibit abusive behaviour.[76]

V. *Advantages and disadvantages of content governance methods and the role of disinformation*

Community-led platforms employ various content moderation methods. Federated networks in particular exhibit significant variations in this regard. Table 2 summarises the advantages and disadvantages of the content governance models employed by mastodon, diaspora*, and Slashdot. It presents a summary of the collected material from interviews with administrators and moderators from the platforms.

76 Slashdot, Frequently Asked Questions, 2022, https://slashdot.org/faq.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Table 2: Overview of advantages and disadvantages of content governance on diaspora, Slashdot, and mastodon.*

Approach	Advantages	Disadvantages	Used on
Deletion	Harmful content not accessible anymore	Might inspire trolls	m, d*
	Illegal content removed	Deletion of content that should be saved	
	No copycats	Harms freedom of expression	
	Could be reversed		
Deplatforming	Users can change their behaviour	Users might make a new account	/., m
	Temporary and reversible	Followers might continue	
	Enforce compliance		
	Removal of spammers/vandals		
Conversation	Clear misunderstandings	Admin resources	m, d*
	Open discussion pages	Incorrigible users	
	Enforce civility		
User moderation	Less admin resources	Too slow	/., d*
	Reduction of scale problem	Unfair users/bullies	
	Strengthen community		
Meta-Moderation	Moderator accountability	Biases by meta-moderators	/.
	Strengthens community	Remove admins' rights	
Hiding Content	Harmful content not accessible	Repost	d*
	Flexible and reversible		
Down-/Upvoting	Less visibility of harmful content	Organised trolls/bullies	/.
	Community decides		
Automated filters & human review	Reduces false positives	Psychological burden for moderators	m
	Easier to find harmful content		
	Reduction of workload		
Blocking	Protect users	Trolls would evade use	m
	Less workload for admins		

The most efficient methods to moderate problematic content are by no means universally endorsed. Generally, two types of governance can be

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

distinguished: one that is structured by the legal framework in the country the platform is operating in, and another that is structured by the algorithm of a platform (P6).

One interviewee, talking about diaspora*, argued that deletion is rarely effective at preventing abusive content, spam, or trolling (P10). Another one disagreed, arguing that deletion makes it more difficult for trolls to post offensive content (P3). However, deplatforming, meaning the removal of a user account due to infringement of platform rules[77], is difficult on decentralised networks because users could set a separate instance. Overall, however, it achieves the goal to limit the spread of undesired content, and even if users set up a separate node, larger nodes can significantly decrease the reach of the content by blocklisting them (P3). In other cases, users break the rules for understandable reasons and rules might need to be adapted (P2).

However, it is unclear whether deletion should imply the complete disappearance or marking of deleted content. Generally, deletion is sensible if a bot generates the content (P2). Furthermore, moderators are by no means perfect. They also have their agendas and sometimes do not act reasonably. Therefore, Slashdot developed a system of meta-moderators, leading to moderators' moderation. Most people moderate fairly, and the majority would not agree with unfair moderation. However, a system needs to be in place to filter out people at the extreme ends. It is not always easy to find enough people who are engaged and most platforms make profit from clicks. Love, porn, and lies keep people on the platform as users want to experience these emotions, so this content is favoured. To prevent that, Slashdot excludes users who spend too much time on the platform from moderation. In particular, if they post a lot about a specific topic, they cannot moderate that discussion (P14). Therefore, content moderation that is more objective is possible and reduces the spread of undesired content due to an increase of moderator accountability. However, resources and a sufficient number of administrators are necessary to realise that process.

Most community-led networks favoured communication with disruptive users to enforce civility. On mastodon, users are only removed if they are repeat offenders (P5). However, hiding content from all users except the author and moderators was mentioned as effective, especially against

77 Rogers, Deplatforming: Following extreme Internet celebrities to Telegram and alternative social media, European Journal of Communication 2020, 35(3), 213 (214).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

trolls, and banning users is helpful to decrease the administrators' workload (P10). Furthermore, on diaspora*, users can determine who interacts with them, delete comments about their posts, and define who has access. According to interviewees, even as users can do some content moderation, a moderation team with an overview is necessary to enforce community guidelines. However, finding the balance between moderator control and user self-sufficiency is challenging because too much control over user possibilities might lead to user experience regressions. In addition, users with insufficient technical expertise have difficulties exploring all their options. Some, however, are differentiated according to content if deletion is the best option. If the content can produce copycats or martyrs, especially in the case of violent acts, it should be deleted (P1).

Moreover, if disinformation causes direct harm to people, for instance, if they are added to pornographic content, deletion should be favoured. An example mentioned by the participant is Gamergate (P1). That so-called hashtag movement resulted in systematic harassment of women in the gaming industry by users who were reportedly frustrated with reporting about gaming.[78]

Giving users more control over with whom they can interact and over who can interact with them might help against harassment campaigns. That does not impede, however, the spread of disinformation. Nevertheless, controls that are more refined may also result in user experience regression (P3). For example, on mastodon, users can block other users or an entire instance. Furthermore, moderators can block instances and impede interaction with their instances (P5). On the instance mastodon.social, having an invitation-only instance has kept user interaction relatively civil.[79]

In some cases, the line between information and disinformation is blurred. Keeping up with current trends on disinformation is challenging for moderators and administrators as it takes a lot of time and can be psychologically draining. As one moderator on mastodon.social reports on moderation decisions:

> "We're under a lot of pressure to make the (or a) right decision, to prove we deserve the trust people generously placed in us. More than

78 Massanari, #Gamergate and The Fappening: How Reddit's algorithm, governance, and culture support toxic technocultures, New Media & Society 2017, 19(3), 329 (330).

79 rixx, On Running a Mastodon Instance, 2021, https://rixx.de/blog/on-running-a-mastodon-instance/.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

> that: We have to make a decision that we're still willing to live with then it's thrown back at us by a malicious troll twisting the facts, while we can't respond properly without disclosing messages we're committed to protect. You start second-guessing every word and try to see what everything would look like when it's taken out of context. It's a defensive and indefensible position."[80]

Automated content moderation would be tricky, as AI systems cannot consider contextual aspects within a culture, and they cannot read between the lines (P1, P9) or recognise nuance (P8). However, automated content moderation can support moderators and ease their workload (P2), for instance, by removing comparatively unambiguous material such as spam (P4, P8) or flagging posts that might distribute undesired content (P8, P10). Still, automated systems might be subject to abuse and have a high chance of resulting in false positives (P3). Furthermore, detecting and reducing spam and content by trolls is an arms race because they keep posting and often use automated means themselves (P9, P14). However, deletion of such content is still essential for allowing the communities to continue functioning (P10), and sometimes "starving the troll", meaning to deprive them of the attention they seek, is the best option (P10). Human moderators, however, would need education and training to make the right decisions, and on many platforms, not enough moderators are working to cover all the content produced (P7). Moreover, automated systems as decision-support might bias moderators, so they might be less prone to question the AI's decision to remove content.[81] They might enforce existing taboos, strengthen echo chambers, and drive people into smaller, invisible communities (P10). Some automated frameworks have been developed to detect disinformation[82]; however, once identified, how to react to the content is not entirely clear, as solutions need to be adapted to the contexts of different platforms.

---

80 rixx, On Running a Mastodon Instance, 2021,https://rixx.de/blog/on-running-a-mastodon-instance/.

81 Gsenger/Strle, Trust, Automation Bias and Aversion: Algorithmic Decision-Making in the Context of Credit Scoring, Interdisciplinary Description of Complex Systems 2021, 19(4), 542 (547).

82 Kim/Tabibian/Ach/Schölkopf/Gomez-Rodriguez, Leveraging the Crowd to Detect and Reduce the Spread of Fake News and Misinformation, WSDM '18: Proceedings of the Eleventh ACM International Conference on Web Search and Data Mining, 2018, 324 (324); Alaphilippe/Gizikis/Hanot, Automated tackling of disinformation, European Parliament, 2018, 1 (35 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Transparency and balance of content management practices are crucial to keeping the users' trust, which is based on the moderators' intuitions to decide what might hurt but still be permissible content (P1). In that regard, deleting user-profiles and instances is the last resort and, most of the time, only happens to repeat offenders.[83] Therefore, automated systems should not make the final decisions, as they are rarely held accountable for their actions (P10). Granting users the ability to manage their spaces might be a solution (P2), and in many community-led platforms, that is the case. Moreover, these platforms do not employ any algorithm-based content distribution, which might decrease the distribution of high-affect content, such as disinformation.[84]

VI. Conclusion

The cases of community-led platforms discussed in this article demonstrate the potential diversity of content governance models. In contrast to the responses to problematic content of very large online platforms, which have become increasingly stratified around content deletion and moderation, community-led platforms' responses to problematic content are much more diverse. The diversity and richness of their responses demonstrate what is possible and how much could still be done to expand existing understandings of what could reasonably constitute content moderation.

At the same time, community-led platforms also have a different set of incentives and typically operate at a different scale than very large online platforms. This raises the open question of whether the things that can be learned from community-led platforms can be applied beyond these platforms.

We believe that there is indeed space for large platforms to learn from smaller community-led ones. The innovative techniques applied by smaller platforms are not significantly limited in scope or scale. Still, they do require additional effort and investment as well as breaking open stratified ways of thinking about content moderation. Here regulatory interventions also have a role in ensuring that they create the business incentives and the regulatory environment that enable this kind of design innovation.

---

83 A list of all blocked instances can be found at https://github.com/chaossocial/about/blob/master/blocked_instances.md.

84 Acerbi, Cognitive attraction and online misinformation, Palgrave Communications 15, 2019, 1 (2 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Notably, both the current draft of the EU Digital Services Act[85] and the UK Online Harms Bill[86] have integrated language into them that attempts to influence platform design and encourage a race to the top rather than a struggle to the bottom. Whether they are successful in creating incentives to improve the design of large online platforms remains to be seen.

Beyond the potential influence of community-led platforms on larger online platforms, their creative approaches to the challenges of problematic online content remain a valuable perspective for re-imagining how content moderation takes place at present. Instead of seeing the troubling business practices of large online platforms as inevitable, the public debate needs to embrace the full diversity and potential of existing content moderation practices. We hope that this article can provide a contribution to expanding the imagination of what is possible in terms of content management.

85 European Commission/Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC.

86 House of Lords/House of Commons/Joint Committee on the Draft Online Safety Bill, Report of Session 2021–22.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Autor:innenverzeichnis

Dr. iur. RA **Bettina Bacher** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institute of Law and Technology der Masaryk Universität in Brno (Tschechien) und Habilitandin an der Universität Fribourg (Schweiz). Sie forscht zum Medien- und Datenschutzrecht sowie grundlegenden Fragen des Digitalrechts.

Steliyana Doseva ist wissenschaftliche Referentin am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation in München und Doktorandin an der Universität Passau. Ihre Forschungsinteressen umfassen die Bereiche politische Kommunikation, Medienpolitik und Plattformregulierung.

Rita Gsenger ist Philosophin und Kognitionswissenschaftlerin. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Datenschutz, Desinformation und ihre Regulierung und Prävention ihrer Verbreitung in sozialen Netzwerken. Derzeit ist sie Doktorandin am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft in Berlin und promoviert am Institut für Kommunikationswissenschaften der Freien Universität Berlin. Sie ist assoziierte Forscherin am Sustainable Computing Lab der Wirtschaftsuniversität Wien.

Prof. Dr. **Dirk Heckmann** ist Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Sicherheit in der digitalen Transformation an der TU München. Außerdem ist er Mitglied des Direktoriums des Bayerischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation und Richter am Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Er ist ein ausgewiesener Spezialist für das Datenschutzrecht, das IT-Sicherheitsrecht, E-Government und Rechtsinformatik. Seine Forschungsarbeit dient seit vielen Jahren der Rechtsgestaltung für einen menschenwürdigen und dem Gemeinwohl dienenden digitalen Wandel, etwa in den Bereichen Persönlichkeitsschutz im Internet oder Digitalisierung des Gesundheitswesens.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Alexandra Keiner ist Soziologin und wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung" am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen in den Bereichen Plattformökonomie, Internetregulierung sowie Wirtschafts- und Finanzsoziologie.

Christoph König ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin und der BSP Business & Law School sowie Lehrbeauftragter der Universität Erfurt. Seine Dissertation ist eine von der DFG geförderte biographische Arbeit über Frederick Alexander Mann (1907–1991).

Dr. **Johanne Kübler** ist Wissenschaftlerin mit Expertise in digitaler Politik, Online-Aktivismus, Technologiepolitik und Menschenrechten. Ihre aktuellen Projekte konzentrieren sich auf Content Governance und Rechenschaftspflicht von Social-Media-Plattformen. Sie hat einen Doktortitel in Politik- und Sozialwissenschaften vom Europäischen Hochschulinstitut in Florenz (Italien) und einen Master-Abschluss in vergleichender Politikwissenschaft von Sciences Po Paris. Ihre bisherige Berufserfahrung umfasst Positionen im akademischen Bereich, in der akademischen Beratung und im Nichtregierungssektor, wobei ihr Schwerpunkt auf den Menschenrechten liegt.

Ferdinand Müller ist Rechtswissenschaftler und Doktorand der Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung" am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft und forscht zum Einsatz der Technologien der Künstlichen Intelligenz im Rechtsverkehr und zur Regulierung Digitaler Risiken.

Amelie Röhling ist Rechtswissenschaftlerin und arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin von Prof. Dr. Christian Calliess LL.M. Eur (Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht) an der Freien Universität Berlin. Forschungsschwerpunkt ist das Verfassungsrecht mit seinen internationalen Bezügen.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Finn Schädlich ist studentischer Mitarbeiter der Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung" am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft und absolviert ein Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Er beschäftigt sich mit der Digitalisierung und Automatisierung rechtlicher Prozesse.

Jan Schillmöller (M. Iur., Universität Münster) ist wissenschaftlicher Referent am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation in München und Doktorand an der School of Social Science and Technology der Technischen Universität München. Sein Forschungsinteresse gilt dem Schutz von Grundrechten durch und gegenüber Plattformen.

Prof. Dr. **Hannah Schmid-Petri** ist Inhaberin des Lehrstuhls für Wissenschaftskommunikation an der Universität Passau und leitet die Forschungsgruppe „Wissenschaftskommunikation" am Fraunhofer-Exzellenzcluster „Integrierte Energiesysteme" CINES. Außerdem ist sie Mitglied im Direktorium des Bayerischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation und im Bayerischen Sachverständigenrat für Bioökonomie, der das Bayerische Wirtschaftsministerium berät. Ihre Forschungsschwerpunkte sind das Zusammenspiel von Online- und Offline-Kommunikation, Umweltkommunikation, politische Kommunikation und computergestützte Sozialwissenschaften.

Simon Schrör ist Soziologe und Leiter der Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung" am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft. Dort beschäftigt er sich mit den Auswirkungen digitalisierungsbezogener Regulierungsprozesse auf Kultur und Kulturwirtschaften. Er promoviert an der Graduate School of Humanities and Social Sciences der Universität Luzern.

Pablo Schumacher, MLaw, Adv. ist Rechtswissenschaftler, assoziierter Forscher der Forschungsgruppe „Verlagerung in der Normsetzung" am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Herbert Zech für Bürgerliches Recht, Technik- und IT-Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Er promoviert zum Thema der immaterialgüterrechtlichen Schutzfähigkeit von KI-Technologien.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Dr. **Ben Wagner** ist Assistenzprofessor an der Fakultät für Technologie, Politik und Management und Direktor des AI Futures Lab an der TU Delft. Außerdem ist er Professor für Medien, Technologie und Gesellschaft in Inholland und Gastforscher bei der Human Centred Computing Group an der Universität Oxford. Seine Forschung konzentriert sich auf die Steuerung sozio-rechtlicher Systeme, insbesondere auf die Menschenrechte in digitalen Technologien, und auf die Gestaltung von Systemen zur verantwortlichen Entscheidungsunterstützung. Zuvor war er Gründungsdirektor des Zentrums für Internet und Menschenrechte an der Europa-Universität Viadrina und Direktor des Sustainable Computing Lab an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Johannes Weil ist Rechtswissenschaftler und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. Stephanie Schiedermair (Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig) am ScaDS.AI Dresden/Leipzig. Er promoviert zu den unions- und konventionsrechtlichen Voraussetzungen der Regulierung von Hate Speech unter besonderer Berücksichtigung des Einsatzes von künstlicher Intelligenz.

https://doi.org/10.5771/9783748934981 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA