

Lennart Schiek*

Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltsentfernung und Sperren in sozialen Netzwerken

Abstract

Wie lässt sich die gesamtgesellschaftliche Verantwortung von *Facebook* und Co. juristisch mit deren Charakter als Privatunternehmen vereinen? Der folgende Beitrag stellt die Probleme dar, die sich im Zusammenhang mit Lösch- und Sperrentscheidungen sozialer Internetplattformen stellen.

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), durch welches der Gesetzgeber dem Problem der Hassrede im Internet begegnen will (**A.**), verstärkt die Gefahr, dass soziale Netzwerke auch zulässige Inhalte blockieren (**B.**). Nach einer Einführung in die Grundsätze der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung (**C.**) behandelt der Hauptteil des Aufsatzes eine Reihe von Entscheidungen, die den Gestaltungsspielraum von Netzwerkbetreibern** hinsichtlich der Zugangsvoraussetzungen und des Inhalts ihrer Foren unter Rückgriff auf die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit stark einschränken (**D.**). Es wird dargestellt, wie diese Rechtsprechungspraxis den dogmatischen Rahmen der mittelbaren Drittwirkung verlässt und einen faktischen Wechsel zu einer „unmittelbaren Drittwirkung“ vollzieht (**E.**). Im Anschluss wird deutlich, dass eine solche das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt, indem sie den gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum beschneidet. (**F.**). Schließlich erfolgt ein Ausblick auf Alternativen in Form aktueller Regulierungsansätze auf EU- und Bundesebene (**G.**). Am Ende steht eine Zusammenfassung der Ergebnisse (**H.**).

* Der Autor studiert im sechsten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und verbringt momentan zwei Semester an der University of Leeds, Vereinigtes Königreich. Er ist Redakteur im WissOn-Ressort dieser Zeitschrift.

** Ausschließlich zum Zweck der besseren Lesbarkeit wird hier auf die geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet.

A. Hate Speech als grundrechtsrelevante Gefahr im „Twitter-Zeitalter“

Mit dem NetzDG will die Bundesregierung der von rechtswidrigen Inhalten durchzogenen Diskussionskultur im Netz entgegenreten.

I. Soziale Netzwerke als Gatekeeper von Informationen

Die öffentliche Reaktion auf die Sperrung des ehemaligen US-Präsidenten *Trump* durch den Kurznachrichtendienst *Twitter* im Januar 2021 war geteilt. Nach anfänglicher Zustimmung in Teilen des politischen Spektrums entzündete sich bald eine differenzierte Debatte darüber, wie viel gesellschaftliche Macht den *Big Data*-Giganten allgemein zukommen sollte.

Einerseits habe speziell *Trump* durch fortlaufende Desinformation (*fake news*), rassistische Äußerungen und indirekte Aufrufe zur Gewalt schon lange die Grenze des Sagbaren überschritten. Das Durchgreifen der *Twitter*-Verantwortlichen sei also in diesem Fall „richtig und lange überfällig“ gewesen, so der Grundtenor.¹ Kritische Stimmen zeigten sich jedoch gleichzeitig besorgt angesichts der „unregulierten Entscheidungshoheit privater Unternehmen über die Regeln und Voraussetzungen der Individual- und Massenkommunikation“ und sahen hierin ein „fundamentales Demokratieproblem“.² Die Kontrolle über den Informationszugang und die Ausformung der weltweiten Redefreiheit dürfe nicht wenigen privatwirtschaftlichen Konzernen überlassen werden.³ Einige Stimmen sprachen gar von einer privaten „Zensur“.⁴ Auch Bundeskanzlerin *Merkel* ließ verlautbaren, sie bewerte die dauerhafte Vorenthaltung einer Kommunikationsplattform als zumindest „problematisch“.⁵

¹ Für viele: *Pörksen*, „Wir brauchen eine Art Plattformrat“, Deutschlandfunk v. 12.1.2021, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/regulation-von-sozialen-netzwerken-wir-brauchen-eine-art.694.de.html?dram%3Aarticle_id=490663&fbclid=IwAR1maUoaZWEot_WURWH SVRLIw43gFVn3XXMLA8dawMWvQkjCboqP3ckCgJ8 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

² *Schwartmann*, Vor *Trump* schützen und die Meinungsfreiheit wahren: Regeln für soziale Netzwerke, web.de v. 8.1.2021, abrufbar unter: <https://web.de/magazine/politik/wahlen/us-wahl/social-media-dilemma-trump-schuetzen-meinungsfreiheit-wahren-35417460> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³ Zuvor schon *Helberger/Pierson/Poell*, *The Information Society* 34 (2018), 1 (8).

⁴ *Navalny*, abrufbar unter: <https://twitter.com/navalny/status/1347969772177264644> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵ *DW Nachrichten*, Seibert: *Trumps* Twitter-Sperrung „problematisch“, Deutsche Welle v. 11.1.2021, abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/seibert-trumps-twitter-sperrung-problematisch/av-56197798> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Die zitierten Stellungnahmen stehen exemplarisch für einen umfassenderen Vorgang: Mit steigenden Nutzerzahlen sozialer Netzwerke verschieben sich Teile der Meinungsbildungsmacht vom öffentlichen in den privaten Sektor.⁶ Online-Plattformen, die im Ausgangspunkt meinungsstärkende digital-öffentliche Kommunikationsräume schaffen,⁷ nehmen zunehmend die Rolle meinungskontrollierender Medienunternehmen ein.⁸ Mithilfe algorithmischer Filter individualisieren Netzwerke das Informationsangebot nach den Präferenzen der Nutzer und avancieren so zu Gatekeepern von Wissen.⁹ Sie übernehmen die Filterfunktion linearer Medien wie Fernsehen und Rundfunk, die ihrerseits zunehmend in den Hintergrund rücken.¹⁰ Verbunden ist hiermit ein Schwinden staatlicher Regulationsmacht. Denn soziale Plattformen wie *Facebook*, *Twitter* und *Instagram* stehen zu ihren Nutzern in einem privatrechtlichen Verhältnis, dessen Regeln sie durch eigene Kommunikationsstandards maßgeblich selbst festlegen. Lösch- und Filterentscheidungen der Datengiganten werden nicht am Maßstab der Meinungsfreiheit überprüft, sondern anhand vertraglicher Klauseln, welche die Netzwerke selbst aufstellen. Die sich fragmentierende gesellschaftliche Diskussionskultur entzieht sich so immer mehr dem staatlichen Ordnungsanspruch, da grundrechtsrelevante Prozesse im privatrechtlichen Rahmen stattfinden.¹¹

Hierdurch entsteht Handlungsbedarf für die staatlichen Institutionen.¹² Denn die Kommunikationsstruktur sozialer Medien begünstigt auf verschiedene Weise Grundrechtsverletzungen. Einerseits senken Ortsunabhängigkeit, Anonymität

⁶ *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 23.

⁷ *Mayer*, Soziale Netzwerke im Lichte des Vertragsrechts, 2018, S. 21; *Münker*, Emergenz digitaler Öffentlichkeiten. Die Sozialen Medien im Web 2.0, 2009, S. 15-29; *Ladewig*, Rechtsfragen des Ausschlusses von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet, MMR 2001, 787 (791).

⁸ *Lang*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit, AöR 143 (2018), 220 (222).

⁹ Zu dem verwandten, unter dem Begriff der „Filterblasen“ firmierenden Phänomen begriffsprägend *Pariser*, Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You, 2011. Aus der deutschen Literatur: *Magen*, Parteien – Medien – Sozialstrukturen, VVDStRL 76 (2018), 67 (74); *Drexel*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529 (536); *Paal/Hennemann*, Meinungsvielfalt im Internet, ZRP 2017, 76 (76); *Schemmel*, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes, Der Staat 57 (2018), 501 (507); *Stark*, Meinungsbildung im Netz: Die Macht der Algorithmen, MMR 2017, 721 ff.

¹⁰ *Ingold*, Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten, Der Staat 56 (2017), 491 (506 ff.); *Schemmel* (Fn. 9); *Martini*, Vom heimischen Sofa in die digitale Agora: E-Partizipation als Instrument einer lebendigen Demokratie, in: Hill/Schliesky, Die Neubestimmung der Privatheit, 2014, S. 193 (215 ff.).

¹¹ *Ladewig*, Netzwerkrecht als neues Ordnungsmodell des Rechts, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 170.

¹² Erwägungsgrund 59 der Urheberrechts-RL 2001/29/EG; BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

und Asynchronität im Netz die psychologische Hemmschwelle für rechtswidrige verbale Ausfälle und Hassbotschaften, sog. *hate speech*.¹³ Die Eigenschaft des Internets als „kollektives Gedächtnis“, das Inhalte potentiell auf unbegrenzte Zeit speichert und wiedergibt, steigert ferner die Eingriffsintensität solcher Rechtsverletzungen.¹⁴ Insbesondere aber werden durch dieselben Faktoren auch die strafrechtliche Verfolgung des Aggressors und die gerichtliche Durchsetzung privatrechtlicher Löschanträge zwischen Nutzern erschwert, da die Identität des Anspruchsgegners oft nicht bekannt ist.¹⁵ Zwar hat der BGH diese Problematik schon 2011 erkannt und entschieden, dass ein Beseitigungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sich unter bestimmten Umständen auch gegen den Plattformbetreiber selbst richten kann, sofern dieser von dem Rechtsbruch Kenntnis erlangt hat (sog. Störerhaftung).¹⁶ Mit zunehmender Online-Vernetzung wird jedoch immer deutlicher, dass eine ausschließliche Zuständigkeit staatlicher Gerichte für Nutzerbeschwerden eine anachronistische Wunschvorstellung ist, welche in Anbetracht der Dimensionen der digitalen Massenkommunikation – allein bei *Facebook* gingen schon 2016 täglich rund eine Million Beschwerden ein¹⁷ – an der Realität vorbeigeht.¹⁸

II. Regulierung der Selbstregulierung: Der Ansatz des NetzDG

Angesichts der Schwierigkeit, Nutzerbeschwerden allein durch staatliche Gerichte Abhilfe zu verschaffen, ist es die Selbstregulierung der Plattformen, die zu einem unverzichtbaren verlängerten Arm des Rechtsstaats wird. Dieser Ansatz, der unter dem Stichwort der „Regulierten Selbstregulierung“ firmiert, basiert auf folgenden Überlegungen: Soziale Netzwerke, sog. Internetintermediäre, haben sowohl die personellen Kapazitäten als auch die technischen Zugriffsmöglichkeiten, um auf rechtswidrige Inhalte schneller und effektiver zu reagieren als der Staat. Damit *Big Data*-Unternehmen nicht in einem

¹³ *Suler*, The online disinhibition effect, *Cyberpsychology & behavior*, 7/3, 2004, S. 321 ff.

¹⁴ *Palzer*, Persönlichkeitsschutz im Internet, *AFR* 2017, 199 (200).

¹⁵ *Heckmann*, Persönlichkeitsschutz im Internet, *NJW* 2012, 2631 (2631); *Ladeur/Gostomzyk*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, *NJW* 2012, 710 (714); *Drexl* (Fn. 9), S. 530.

¹⁶ *BGHZ* 158, 236 (251); 191, 19 (24); *BGH*, *GRUR* 2011, 152 (155 f.); Zusammenfassung bei *Peifer*, Beseitigungsansprüche im digitalen Äußerungsrecht, Ausweitung der Pflichten des Erstverbreiters, *NJW* 2016, 23 ff.; krit. *Wollin*, Störerhaftung im Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht, 2018, S. 145, 169 ff.

¹⁷ *Buni/Chemaly*, The Secret Rules of the Internet, *The Verge* v. 13.4.2016, abrufbar unter: <http://www.theverge.com/2016/4/13/11387934/internet-moderator-history-youtubefacebookreddit-censorship-free-speech> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸ *Lang* (Fn. 8), S. 240.

Rechtswakuum agieren, muss deren Löschraxis zwar letztverbindlich gerichtlich überprüfbar sein. Diese Rückbindung kann jedoch allenfalls im Wege einer stichprobenartigen Kontrolle erfolgen. Die erstinstanzliche Löschentscheidung, die in den allermeisten Fällen vom betroffenen Nutzer nicht mehr gerichtlich angefochten wird, treffen die Intermediäre selbst.¹⁹ Netzwerke haben faktisch meist das letzte Wort. Unter solchen Gegebenheiten muss sich der staatliche Steuerungsansatz darauf fokussieren, auf die Selbstregulierung der Plattformen einzuwirken. Dem erwähnten Ordnungsanspruch kann dadurch zur Geltung verholfen werden, dass Netzwerkbetreiber unter Druck gesetzt werden, ihr Eigenregime in Konformität mit den staatlichen Gesetzen auszugestalten. Während die EU-Kommission sich zunächst auf nicht rechtsverbindliche Absprachen und Selbstverpflichtungen der Netzwerkbetreiber beschränkte,²⁰ preschte der deutsche Gesetzgeber 2018 mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz²¹ (NetzDG) vor, welches die Vorhaltung eines Beschwerdeverfahrens über bestimmte nach deutschem Recht unzulässige Inhalte für soziale Netzwerkanbietern mit mehr als zwei Millionen in Deutschland registrierten Accounts zur Rechtspflicht erklärt (§ 3 NetzDG). Bei systemischem Versagen kann das Bundesamt für Justiz (BfJ) Bußgelder i. H. v. bis zu 5 Mio. € verhängen (§ 4 NetzDG). So hofft der Gesetzgeber, die Diskussionskultur im Netz in geordnete Bahnen zu lenken und Nutzerrechte zu stärken.²²

B. Das Problem: Vertraglich legitimierte *overblocking*

Das NetzDG birgt das Risiko, dass Forenbetreiber auch legale Inhalte entfernen. Durch vertragliche Gemeinschaftsstandards verzichten Nutzer auf einen Teil ihrer Meinungsfreiheit.

Auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sieht sich im „Twitter-Zeitalter“ neuen Bedrohungen gegenüber. Die Gefährdung geht hier jedoch nicht etwa von der speziellen Kommunikationsstruktur des Internets, sondern

¹⁹ Hoffmann-Riehm, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 142 (2017), 1 (38); Lang (Fn. 8), S. 226; Eijfert, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, NJW 2017, 1450 (1451).

²⁰ Europäische Kommission, Europäische Kommission und IT-Unternehmen geben Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassrede im Internet bekannt, Pressemitteilung v. 31.5.2016, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_1937 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Mitteilung über den Umgang mit illegalen Inhalten im Internet v. 28.9.2017, COM 2017 (555) final; Empfehlung für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten v. 1.3.2018, COM 2018 (1177) final.

²¹ Gesetz v. 1.9.2017, BGBl. I S. 3352 (Nr. 61), Geltung ab 1.10.2017.

²² BT-Drucks. 18/12356, S. 1 f.

von der Selbstregulation der Plattformen aus, die unzulässige Beiträge möglichst aussortieren wollen. So kommen im Content-Management von Netzwerken wie *Facebook* zunehmend automatisierte Algorithmen zum Einsatz. Das Verfahren zur Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Beitrags ist hier weitgehend intransparent.

Problematisch sind aber auch schon die Kriterien, nach denen entschieden wird, ob Inhalte gelöscht werden. Gemeldete Beiträge werden anhand vertraglicher Gemeinschaftsstandards kontrolliert und entfernt, bevor ein eventueller Verstoß gegen nationales Gesetzesrecht überhaupt geprüft wird.²³ Dies ist ökonomisch nachvollziehbar, da soziale Netzwerke als profitorientierte Unternehmen nicht vorrangig am Schutz der Meinungsfreiheit der Nutzer, sondern am wirtschaftlichen Gedeihen ihrer Plattformen interessiert sind. Das Vorgehen führt dazu, dass nur noch wenige gemeldete Beiträge durch den Grobfilter der Gemeinschaftsstandards fallen und minutiös anhand der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgelisteten Straftatbestände überprüft werden müssen. Die Gefahr, dass tatsächlich rechtswidrige Inhalte in Einzelfällen durch beide Raster fallen und sich in der Statistik des BfJ zum bußgeldbewehrten systemischen Versagen summieren, verringert sich so.²⁴ Problematisch ist ein solches Vorgehen aber deshalb, weil die von den Plattformen diktierten Gemeinschaftsstandards auch die Entfernung solcher Inhalte erlauben, die noch unterhalb der Schwelle der Formalbeleidigung, der Schmähkritik oder der erwiesenen Falschbehauptung liegen, damit also nicht rechtswidrig, sondern von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG noch geschützt sind. Zu einer Prüfung anhand des NetzDG, bei welcher der Inhalt an den objektiven Grenzen der Meinungsfreiheit gemessen werden müsste, kommt es dann gar nicht mehr. Es ergibt sich so die Dissonanz, dass bestimmte Inhalte zwar vertrags-, aber nicht rechtswidrig sind.

Diese grundsätzliche Problematik, die auch als *overblocking* bezeichnet wird, erfährt durch das NetzDG eine deutliche Verstärkung. Zunächst liefert die Bußgeldandrohung des § 4 NetzDG neben der zivilrechtlichen Störerhaftung zwar nur einen weiteren Anreiz, nach Möglichkeit sämtliche *illegalen* Inhalte zu entfernen. Die Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit einer Meinungsäußerung setzt allerdings eine hochkomplexe, in einer langen

²³ *Eijfert u. a.*, Evaluation des NetzDG im Auftrag des BMJV, 2020, S. 27; hierauf verweisend *Lieber/Roßnagel*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, MMR 2019, 71 ff.; *Friebe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1698 f.); bestätigend BT-Drucks. 19/18792, S. 27.

²⁴ *Liesching*, Verfassungsrecht vor fahrlässiger Rechtspolitik – Zur Novellierung und Evaluation des NetzDG, MMR 2020, 721 (722); auch *Eijfert u. a.* (Fn. 23), S. 53: „plausibel“.

Rechtsprechungshistorie des *BVerfGE*²⁵ ausdifferenzierte und selbst dort teils strittige Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht voraus. Folglich besteht die Gefahr, dass Löschalgorithmen, welche zu dieser Abwägung technisch nicht in der Lage sind, versehentlich auch zulässige Inhalte löschen. Aber auch rechtlich ungeschulte Mitarbeiter treffen innerhalb der kurzen Löschfristen des § 3 NetzDG – 24 Stunden bei „offensichtlich rechtswidrigen Inhalten“, in der Regel sieben Tage bei sonstigen rechtswidrigen Inhalten – nicht immer die richtige Entscheidung.²⁶ In uneindeutigen Fällen, so die Kritik, verleiten gerade diese Fristen in Kombination mit den hohen Bußgeldandrohungen eher zur Entfernung als zur Beibehaltung. Es ergebe für Mitarbeiter ökonomisch Sinn, Beiträge an der Schwelle zur Rechtswidrigkeit eher „überobligatorisch“ zu löschen – und damit theoretisch eine Wiederherstellungsklage des betroffenen Nutzers zu riskieren –, als sich dem Risiko einer ungleich belastenderen Geldbuße nach dem NetzDG auszusetzen.²⁷ Das Haftungsrisiko zwischen der Löschung rechtmäßiger Inhalte und der Beibehaltung rechtswidriger Inhalte ist asymmetrisch verteilt: Ein Schutzmechanismus, der Nutzer in vergleichbarer Weise wie vor *hate speech* auch vor ungerechtfertigten Sperren durch die Plattformbetreiber schützt, ist im NetzDG in seiner Originalfassung nicht angelegt.

²⁵ *BVerfGE* 7, 198 ff.; 61, 1 ff.; 66, 116 ff.; 85, 1 ff.; 93, 266 ff.; 99, 185 ff.; 101, 361 ff.; 95, 28 ff.; 97, 391 ff.; 94, 1 ff.; 82, 272 ff.; *BVerfGK* 2, 325 ff.

²⁶ *Eijfert* (Fn. 19); *Guggenberger*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht, *ZRP* 2017, 98 (100).

²⁷ *Papier*, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, *NJW* 2017, 3025 (3030); *Eijfert* (Fn. 19), S. 1452; *Guggenberger* (Fn. 26); *ders.*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, *NJW* 2017, 2577 (2577); *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, *MMR* 2018, 26 (27 f.); *Müller-Franken*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen, *AfP* 2018, 1 (7 ff.); *Feldmann*, Zum Referentenentwurf eines NetzDG: eine kritische Betrachtung, *K&R* 2017, 292 (294); *Ladeur/Gostomzyk*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, *K&R* 2017, 390 (393); *Wimmers/Heymann*, Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, *AfP* 2017, 93 (98 ff.); *Nolte*, Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltssicherung durch Suchmaschinen, *ZUM* 2017, 552 (555 ff.); *Holznapel*, Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, *ZUM* 2017, 615 (623); *Heidrich/Scheuch*, in: Taeger, *Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*, 2017, S. 305 (315 f.); *Hong*, Das NetzDG und die Vermutung für die Freiheit der Rede, *Verfassungsblog* v. 9.1.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-netzdg-und-die-vermutung-fuer-die-freiheit-der-rede/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Grund hierfür ist, dass das NetzDG keinerlei *privatrechtsgestaltende* Wirkung beansprucht,²⁸ sondern seiner Stoßrichtung nach lediglich ohnehin bestehende Löschpflichten mit Sanktionsdruck *durchsetzen* will.²⁹ So formuliert die Bundesregierung in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage, „die Ansprüche des Nutzers gegenüber dem sozialen Netzwerk (ergäben) sich vorrangig aus dem zwischen diesen Parteien bestehenden Vertragsverhältnis“, während das „Regelungsziel des NetzDG (...) sich problembezogen auf Verbesserungen bei Entfernungen von *strafbaren* Inhalten“ konzentrierte.³⁰ Das NetzDG stellt die Existenz eines internen, vertraglich implementierten Beschwerdemanagements, aufgrund dessen Plattformen Inhalte auch dann löschen können, wenn die Rechtsordnung diese billigt, nicht infrage.³¹ Wegen dieser Einseitigkeit, die einen Anreiz zur „Privatzensur“ schaffe, bewertet im Ergebnis nicht nur der überwiegende Teil der Literatur³², sondern auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages³³ das NetzDG als unverhältnismäßigen mittelbaren Eingriff in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und damit als verfassungswidrig. Es schieße über sein Ziel hinaus, da die Struktur des NetzDG die Meinungsfreiheit in ihrem Gehalt teilweise entwerte.³⁴

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass für die Netzwerkbetreiber ein haftungsrechtliches Dilemma bestehen bleibt. Der nach § 4 NetzDG und § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB bestehenden Verpflichtung zur Entfernung sämtlicher rechtswidrigen Inhalte steht nämlich – wenngleich diesen Weg schon aus finanziellen Gründen nur wenige Nutzer gehen³⁵ – ein Restrisiko gegenüber, im Fall der Löschung jedes äußerungsrechtlich zulässigen Beitrages vom Beitragsverfasser auf Wiederherstellung in Anspruch genommen zu werden. In diesem rechtlichen Minenfeld sind private Netzwerke – gleich einem „ungesetzlichen Richter“³⁶ – in der Pflicht, immer die richtige

²⁸ Friehe (Fn. 23), S. 1698; Müller-Franken (Fn. 27), S. 12; Lüdemann, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, 279 (280).

²⁹ Lang (Fn. 8), S. 242.

³⁰ BT-Drucks. 19/5389, S. 4, Hervorh. d. Verf.

³¹ BT-Drucks. 18/12356, S. 19 f.

³² Siehe Nachweise bei Fn. 27.

³³ WD 10 – 3000 – 037/17, S. 17.

³⁴ Lang (Fn. 8), S. 228; allgemein zur mittelbaren Entwertung durch Verfahren BVerfGE 63, 131 (142).

³⁵ Lang (Fn. 8), S. 247.

³⁶ Wimmers/Heymann (Fn. 27), S. 98; Specht, Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, 114 (121); Pille, Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit im Internet, NJW 2018, 3545 (3547).

Abwägungsentscheidung zu treffen, um einer Haftung zu entgehen.³⁷ Um der skizzierten Spannungslage zu entfliehen, bedienen sich die Netzwerkbetreiber der Mittel des Vertragsrechts: In Gemeinschaftsstandards – etwa unter dem Stichwort der „Hassrede“ – untersagen die Plattformen auch die Veröffentlichung zweifelhafter, aber noch von der Meinungsfreiheit geschützter Inhalte.³⁸ Möglichen Wiederherstellungsklagen wird so ein vertragsrechtlicher Riegel vorgeschoben und Plattformbetreiber können sich vom Haftungsrisiko für irrtümlich zu weit gehende Löschungen entlasten. Kurz: Das *overblocking* wird auf eine vertragliche Grundlage gestellt und damit legitimiert. Ein Gesetz, das den Plattformen solche meinungsfreiheitsbeschränkenden Vertragsklauseln explizit untersagt, existiert *de lege lata* nicht.³⁹ Die Plattformbetreiber machen lediglich von ihrem privatautonomen Gestaltungsspielraum Gebrauch.

C. Die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit

Obwohl soziale Netzwerke als private Unternehmen nicht selbst grundrechtsgebunden sind, besteht wegen ihrer strukturellen Überlegenheit eine Schutzpflicht des Staates, die Meinungsfreiheit der Nutzer zu schützen. Wo sich diese Pflicht an die Judikative richtet, wird sie als „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte umschrieben.

I. Private Gestaltungsfreiheit und ihre Einschränkung

Hintergrund der gesetzgeberischen Zurückhaltung dürfte sein, dass *Big Tech*-Internetintermediäre wie *Facebook* keine Grundrechtsadressaten sind.⁴⁰ Denn Art. 1 Abs. 3 GG erwähnt nur staatliche Institutionen. Während hoheitliche

³⁷ *Eijfert* (Fn. 19), S. 1452; vgl. auch *Nolte/Wimmers*, Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen, GRUR 2014, 16 (24 f.); *Schulz*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. 2020, Abschnitt 5 Rn. 61 f.

³⁸ *OLG Dresden*, NJW 2018, 3111 (3114). Daran, dass selbst „totalitäre Ideologien“ und Teile sonstiger – etwa von *Facebook* verbotener – *hate speech* dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unterfallen, ändert auch die eventuell andere Beurteilung i. R. d. Art. 10 EMRK nichts. Denn auch eine Berücksichtigung der EMRK und der *EGMR*-Rechtsprechung darf den Schutzbereich der Grundrechte nicht verkürzen, BVerfGE 74, 358 (370).

³⁹ Vgl. aber Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, der klarstellt, dass die Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern im Bereich des *Urheberrechts* nicht dazu führen darf, dass urheberrechtlich zulässige Inhalte unverfügbar sind. Die Bundesregierung versucht dies im am 3.2.2021 beschlossenen Gesetzesentwurf durch verschiedene Maßnahmen, etwa ein Unterlassungsklagerecht für Verbände, § 19 Abs. 4 UrhDaG-E, umzusetzen.

⁴⁰ Sie sind vielmehr Grundrechtsträger: Art. 19 Abs. 3 GG gilt nach st. Rspr. des *BVerfG* auch für juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland, vgl. BVerfGE 129, 78 (89). Vertragspartner deutscher Nutzer im Nutzungsvertrag mit Plattformen wie *Facebook* sind deren in der EU ansässige Tochterunternehmen.

Eingriffe in die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG nur in Gesetzesform möglich sind sowie dem Vorbehalt eines objektivierbaren, legitimen Zwecks und der Verhältnismäßigkeit i. w. S. unterliegen, sind wirtschaftlich motivierte Private eine solche Rechtfertigung grundsätzlich nicht schuldig. Vielmehr kommt ihnen im Rahmen ihrer eigenen Privatautonomie – begrenzt nur etwa durch das AGG – eine „Freiheit zur Diskriminierung“⁴¹ und grundsätzlich sogar eine „Freiheit zur Willkür“⁴² bei Geschäftsabschluss und -gestaltung zu. *Facebook* und Co. sind eben nicht neutrale Moderatoren der Diskussion, sondern haben an der Plattform eigentümerähnliche Rechte. Wie es jedem Hauseigentümer freisteht, Mietern das Rauchen oder das Halten von Haustieren zu verbieten, haben im Ausgangspunkt auch Online-Plattformen ein „virtuelles Hausrecht“, kraft dessen sie die Spielregeln für den eigenen Herrschaftsbereich festlegen dürfen.⁴³ Dass die Kommunikationsstandards von Plattformen auch Löschbefugnisse enthalten, welche in Form eines staatlichen Eingriffes die Meinungsfreiheit der Nutzer verletzen würden, entspricht dabei ganz dem Wesen des Vertrages, in dem die Parteien typischerweise durch Selbstverpflichtungen ihre eigene Handlungsfreiheit begrenzen.⁴⁴ Gerade hiervon lebt das Privatrecht. Bestünde eine Schutzpflicht des Gesetzgebers, genau diese Selbstbeschränkung zum erhofften eigenen Vorteil zu verhindern, wäre jedem marktwirtschaftlichen Rechtsverkehr der Boden entzogen.

Wie gesehen, liegt der Differenzierung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht das Bild einer Dichotomie von rechtsgebundenem Staat und privatautonomem Bürger zugrunde. Es basiert auf der Annahme, dass nur der

⁴¹ *Isensee*, Vorwort des Herausgebers, in: ders., *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 7.

⁴² *Wall/Wagner*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, JZ 2011, 734 (736).

⁴³ Begriff nach *LG Bonn*, Urt. v. 16.11.1999 – 10 O 457/99, NJW 2000, 961 ff.; ferner *OLG Hamm*, Urt. v. 23.10.2007 – 4 U 99/07, MMR 2008, 175 f.; *OLG Hamburg*, Urt. v. 18.4.2007 – 5 U 190/06, NJW 2007, 3361 f.; *OLG Köln*, Urt. v. 25.8.2000 – 19 U 2/00, ZUM-RD 2000, 547 f.; aus der Literatur: *Conraths/Krüger*, Das virtuelle Hausrecht des Online-Spiel-Betreibers: wirksame Rechtsschutzmöglichkeit für Online-Spiel-Anbieter abseits des Vertragsrechts, MMR 2016, 310 (311 f.); *Klickermann*, Virtuelle Welten ohne Rechtsansprüche?, MMR 2007, 766 (767); *Kraft/Meister*, Rechtsprobleme virtueller Sittings, MMR 2003, 366 (373); *Kohl*, Die Haftung der Betreiber von Kommunikationsforen im Internet und virtuelles Hausrecht, 2007, S. 210 f.; *Kunz*, Rechtsfragen des Ausschlusses aus Internetforen, 2005, S. 129 ff.; *Maume*, Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechts, MMR 2007, 620 ff.; *Schmidl*, Zum virtuellen Hausrecht als Abwehrrecht, K&R 2006, 563 ff.; *Schmidt*, Virtuelles Hausrecht und Webrobots, 2011, S. 200 ff.; *Schulze*, Das private Hausrecht, JZ 2015, 381 (390 f.).

⁴⁴ Vgl. *Stinner*, Staatliche Schutzpflichten im Rahmen informationstechnischer Systeme, 2018, S. 107; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 7 f.: Der Vertrag enthält „keine materiale Richtigkeitsgewähr“.

Staat in einer solchen Machtposition ist, dass er sich für sein Handeln objektiv rechtfertigen muss. Privatautonomie kann sich demgegenüber dort entfalten, wo sich gleichgeordnete Individuen in einem Verhältnis der Machtparität gegenüberstehen. Hier gilt die Vermutung, dass bereits das relative Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage solche Verträge, die für eine Seite allzu nachteilhaft sind, verhindert.⁴⁵ Jedoch kann die Realität gesetzliche Vermutungen widerlegen:⁴⁶ So kann es zu einer Machtverschiebung vom Staat hin zu mächtigen privaten Akteuren kommen, bei der „private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation (...) übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die früher dem Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge zugewiesen waren“⁴⁷. Sind Bürger so essentiell auf eine vertraglich angebotene Leistung angewiesen, dass keine ernstzunehmende Alternative mehr besteht, als dem Vertrag zuzustimmen, versagt der skizzierte freiheitssichernde Effekt des Marktes. Stattdessen gilt das Recht des Stärkeren.⁴⁸ Der Grundrechtsverzicht des unterlegenen Vertragsteils erscheint unter solchen Bedingungen nicht mehr als privatautonom, sondern als fremdbestimmt⁴⁹, also eben doch als eine Art Grundrechtseingriff von privater Seite.⁵⁰

Dass Universalnetzwerke wie *Facebook* angesichts ihrer Gatekeeper-Funktion für den gesamtgesellschaftlichen Diskussionsprozess geradezu den Paradefall dieses vertraglichen „Goliaths“ bilden, bedarf keiner näheren Erläuterung. Dies macht es notwendig, die Legitimität von Inhaltsentfernungsklauseln wie der Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke zu überdenken:⁵¹ Der Staat ist angesichts der Übermacht der Plattformbetreiber berufen, zum Schutze der Meinungsfreiheit zu intervenieren.

⁴⁵ Vgl. *Flume* (Fn. 44), S. 7: Das rationale Verhalten der Marktteilnehmer wird als Axiom vorausgesetzt.

⁴⁶ *Bückenförde*, in: Posser/Wassermann, Freiheit in der sozialen Demokratie, 1975, S. 69 ff.

⁴⁷ BVerfGE 128, 226 (249 f.) – Fraport.

⁴⁸ BVerfGE 89, 214 (232, 234) – Ehegattenbürgerschaft.

⁴⁹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (225); *Höjling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 57 f; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (378 f.).

⁵⁰ Gegen die Betrachtung als Eingriff wird teils vorgebracht, dass selbst bei noch so großer Übermacht der zustimmende Vertragsteil immer nur vor sich selbst geschützt würde, vgl. *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts IX, 2. Aufl. 1997, § 111 Rn. 131; *Hillgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht – zugleich: Anmerkung zu BVerfG, NJW 1990, 1469, AcP 191 (1991), 69 ff.; *ders.*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 147 f.

⁵¹ *Wielsch*, Verantwortung von digitalen Intermediären für Rechtsverletzungen Dritter, ZGE 10 (2018), 1 (34).

II. Mittelbare Drittwirkung als Inhalt der richterlichen Schutzpflicht

Konzeptualisiert wird dieses Regulationserfordernis durch die vom *BVerfG* entwickelte⁵² und vom *EGMR* aufgegriffene⁵³ Schutzpflichtenlehre. Der Grundrechtskatalog enthält hiernach neben einer Abwehrdimension auch eine „objektiv-rechtliche Wertentscheidung“⁵⁴, die dem Staat aufgibt, zumindest die Substanz der Grundrechte durch die Schaffung eines rechtlichen Rahmens auch im Privatrechtsverkehr zu gewährleisten.⁵⁵ Legislative, Exekutive und Judikative⁵⁶ müssen schützend tätig werden, um die Bürger als Schutzbefohlene auch vor solchen Grundrechtsbeeinträchtigungen zu schützen, die nicht von staatlicher Seite ausgehen.⁵⁷ Korrespondierend dazu ergibt sich ein Schutzrecht des betroffenen Grundrechtsträgers.⁵⁸ Der Staat kann seiner Verpflichtung auf zwei Wegen nachkommen.

Primär richtet sich der verfassungsgemäße Schutzauftrag an den Gesetzgeber. Da eine staatliche Intervention wiederum notwendigerweise in Grundrechte des übermächtigen Vertragspartners eingreift, ergibt sich dies bereits aus der Wesentlichkeitstheorie des *BVerfG*^{59,60} Spezialgesetze, die den Gehalt der zu berücksichtigenden Grundrechte konkretisieren, finden sich für andere Bereiche

⁵² BVerfGE 39, 1 (41) – Schwangerschaftsabbruch I; 49, 89 (141 f.) – Kalkar I; 53, 30 (57) – Mühlheim-Kärlich; 56, 54 (73) – Fluglärm; 77, 170 (214) – C-Waffen; 88, 203 (251) – Schwangerschaftsabbruch II.

⁵³ „positive obligations“, exemplarisch: *EGMR, Identoba u. a. v. Georgia*, Urt. v. 12.5.2015, Rs. 73235/12, S. 17, 19, 21, 22, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154400> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵⁴ BVerfGE 53, 30 (57) – Mühlheim-Kärlich; 57, 295 (320) – Rundfunkentscheidung; 77, 170 (214) – Lagerung chemischer Waffen.

⁵⁵ Vgl. – hinsichtlich der Menschenwürde – Art. 1 Abs. 2 GG: „achten und schützen“; BVerfGE 39, 1 (41).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer; 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen.

⁵⁷ Herdegen, in: Maunz/Dürig, 87. EL 2019, Art. 1 Abs. 3 Rn. 20; Bumke/*Vofskuble*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 190; Manssen, StaatsR II, 18. Aufl. 2021, § 3 Rn. 50; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 1; Sodan/*Ziekow*, Grundkurs ÖffR, 9. Aufl. 2020, § 22 Rn. 21.

⁵⁸ H. M.: BVerfGE 33, 303 (333); 36, 321, (330 f.); 77, 170 (214); 77, 381, (402 f.) 79, 174, (201 f.); Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 414 f.; Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1637); Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 144 ff.; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 237 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa BVerfGE 33, 303 (346) – Numerus clausus I.

⁶⁰ Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 65 (82); Müstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029 (1036); Smets, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (37).

etwa in § 19 GWB oder in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Auch hinsichtlich der *overblocking*-Problematik wäre eine gesetzliche Regelung naheliegend.⁶¹

Sekundär verpflichtet Art. 5 Abs. 1 GG über Art. 1 Abs. 3 GG aber auch die Judikative.⁶² Fehlt es an einer gesetzgeberischen Konkretisierung, hat die Fachgerichtsbarkeit dem Gehalt der Meinungsfreiheit durch eine grundrechtskonforme Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln Rechnung zu tragen.⁶³ Das einfache Recht wird zum Medium, über welches die Grundrechte eine sog. *mittelbare Drittwirkung*⁶⁴ entfalten. Je nachdem, inwieweit der Markt im Einzelfall seine regulierende Wirkung verloren hat und der unterlegene Vertragspartner dadurch in eine grundrechtstypische Gefährdungslage gerät, ergibt sich ein höheres oder niedrigeres Schutzniveau.⁶⁵ Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte kann daher in manchen Fällen nur marginal sein, sich im Extremfall aber auch effektiv der – nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbaren – Grundrechtsbindung des Staates annähern.⁶⁶ Eine der gravierendsten Folgen, die sich aus der Grundrechtsdrittwirkung ergeben kann, ist die Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB, welche das *BVerfG* etwa für Ehegattenbürgschaften unter Missbrauch einer emotionalen Verbundenheit⁶⁷ annimmt. Von der gleichen Nichtigkeitsfolge geht eine Minderheit in der Literatur auch hinsichtlich meinungsfreiheitsbeschränkender Löschklauseln aus.⁶⁸

Eine solche richterliche Interpretation in hohem Maße auslegungsoffener Normen kann im Einzelfall den gleichen Einschränkungseffekt wie ein

⁶¹ Zur Diskussion verschiedener Ansätze unten **G**.

⁶² BVerfGE 81, 242 (253); BVerfGE 84, 192 (195).

⁶³ St. Rspr. des *BVerfG* seit BVerfGE 7, 198 ff. – Lüth; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1992, S. 159.

⁶⁴ Die Lehre wurde von *Dürig* entwickelt, s. etwa *ders.*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff., und dann vom *BVerfG* übernommen.

⁶⁵ BVerfGE 81, 242 (253 f.); *Limbach*, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 10 (13 ff.); *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 216 ff., 249 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 70 ff.

⁶⁶ BVerfGE 128, 226 (249 f.) – Fraport.

⁶⁷ BVerfGE 89, 214 ff. – Ehegattenbürgschaft.

⁶⁸ *Müller-Riemenschneider/Specht*, Anmerkung zu einer Entscheidung des LG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.2018 (2-03 O 182/18), MMR 2018, 547 ff.; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB I, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 16; *Wendtiland*, in: BeckOK-BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 138 Rn. 17; *Herbrich*, jurisPR-ITR 20/2018, Anm. 5; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 46 Rn. 13.

Spezialgesetz entfalten. Wie das BVerfG in seiner *Handelsvertreter*-Entscheidung⁶⁹ klargestellt hat, sind beide Regelungsoptionen Anwendungsfälle der grundrechtlichen Schutzfunktion.⁷⁰

Bezüglich der *overblocking*-Problematik ist nach dem vorstehend Gesagten festzuhalten, dass der deutsche Staat sich – als Gesamtheit betrachtet – bislang für die zweite Option entschieden hat. Zwar geht noch kein Gericht soweit, Gemeinschaftsstandards als sittenwidrig zu brandmarken. Dem Schweigen des Gesetzgebers versuchen die Fachgerichte aber stellvertretend mit den Mitteln der AGB-Kontrolle abzuwehren. Deutsche Gerichte sehen sich im Ringen um die Diskussionskultur im Netz nicht als bloße „Beckenrandschwimmer“,⁷¹ die lediglich prüfen, ob das Content-Management der Netzwerke den Anforderungen entspricht, die jene sich selbst gegeben haben. Auch die Gemeinschaftsstandards an sich unterliegen einer Inhaltskontrolle und können nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine „unangemessene Benachteiligung“ der Nutzer darstellen.⁷² Diese Norm ist die benötigte „Einbruchstelle“⁷³, bei deren Auslegung der Fachrichter die Meinungsfreiheit und die vertragliche Gestaltungsfreiheit des Plattformbetreibers gegeneinander abwägt.⁷⁴ Stellt sich danach etwa eine allgemeine Hassredeklausel, die den Bereich erlaubter Meinungsäußerungen verkürzt, wegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als unwirksam heraus, liegt in einer Missachtung dieser Klausel

⁶⁹ BVerfGE 81, 242 (253) – Handelsvertreter; vgl. auch BVerfGE 84, 192 (195).

⁷⁰ H. M., BVerfGE 103, 89 (100); O. Klein, *Fremdnützige Freiheitsgrundrechte*, 2003, S. 44 f.; Ruffert (Fn. 58), S. 252 f.; Schuppert/Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, S. 20; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* III/1, 1988, S. 1560; Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 72; Klein, *Das Untermaßverbot - Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung*, JuS 2006, 960 (960); Hermes, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? - Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit*, NJW 1990, 1764 (1765 f.).

⁷¹ Biesenbach/Schwartmann, *Regulierung sozialer Netzwerke: An der langen Leine*, FAZ Einspruch v. 15.3.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/regulierung-sozialer-netzwerke-an-der-langen-leine-17245981.html> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁷² H. M., vgl. OLG München, NJW 2018, 3115 (3116). Aus der Literatur für viele: Ernst, *Social Plugins: Der „Like-Button“ als datenschutzrechtliches Problem*, NJOZ 2010, 1917 (1919). Zwar konkretisieren die Gemeinschaftsstandards die Hauptleistungspflicht der Netzbetreiber. Sie sind dennoch nicht lediglich kontrollfreie Leistungsbeschreibungen nach § 307 Abs. 3 BGB, da der Vertragsinhalt auch ohne sie klar bestimmbar wäre, vgl. BGHZ 185, 359 ff.; 200, 362 Rn. 44; Holzengel, *Overblocking durch User Generated Content (UGC)-Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?*, CR 2018, 369 (372).

⁷³ Dürig, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte II*, 1954, S. 525; BVerfGE 7, 198 ff. – Lüth.

⁷⁴ Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 161.

auch keine Vertragspflichtverletzung. Das Netzwerk muss seiner Leistungspflicht aus dem Plattformnutzungsvertrag weiter nachkommen und ist zur Wiederherstellung und Beibehaltung des Inhalts verpflichtet.⁷⁵ Eine Entfernung des Beitrags oder gar eine Sperrung des Nutzerkontos ist unter diesen Umständen nur gerechtfertigt, wenn ein Gesetzesverstoß, etwa eine Volksverhetzung nach § 130 StGB, vorliegt. Inwieweit Äußerungen zulässigerweise entfernt werden dürfen, ist also durch die Reichweite der mittelbaren Drittwirkung des Art. 5 Abs. 1 GG determiniert.⁷⁶ Gerade in dieser Reichweite besteht – auch zwischen den Gerichten – der große Streitpunkt.

Die regulatorische Ambition der Judikative geht indessen noch weiter: Im *Stadionverbot*-Beschluss,⁷⁷ der vom Großteil der Literatur als Wink mit dem Zaunpfahl in Richtung sozialer Netzwerkbetreiber aufgefasst wird,⁷⁸ nimmt das BVerfG unter gewissen Voraussetzungen sogar an, dass mächtige Private verpflichtet sind, anderen bereits den *Zugang* zu öffentlichen Veranstaltungen zu verschaffen. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil die „Willkürfreiheit“ im Privatrecht grundsätzlich auch und gerade die Wahl des Vertragspartners umfasst; Grenzen setzt zunächst allein das AGG.⁷⁹ Indes sind weitergehende Unterscheidungsverbote auch dem Zivilrecht nicht unbekannt: Sie gelten insbesondere für Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge wie etwa Verkehrsbetriebe,⁸⁰ die *Deutsche Post AG*⁸¹ oder gesetzliche Krankenkassen⁸².

Wie sich zeigen wird, spannen die Gerichte in der sich abzeichnenden Entscheidungspraxis Online-Plattformbetreiber in Verpflichtungen ein, die den methodischen Rahmen der mittelbaren Drittwirkung längst überschritten haben.

⁷⁵ Die Rechtsgrundlage für den Wiederherstellungsanspruch ist str. und hängt davon ab, ob man ihn als vertraglichen Erfüllungs-, als Schadensersatzanspruch oder als quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch interpretiert. Für § 241 Abs. 2 i. V. m. § 1004 BGB *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 14.5.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 10 (juris); für den Nutzungsvertrag i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB *OLG München*, MMR 2018, 760 ff.; für §§ 241 Abs. 2, 1004 BGB i. V. m. dem Nutzungsvertrag *LG Offenburg*, Urt. v. 26.9.2018 – 2 O 310/18, BeckRS 2018, 23801 Rn. 31; für den Nutzungsvertrag i. V. m. § 241 Abs. 1 BGB *LG Köln*, Urt. v. 27.7.2018 – 24 O 187/18, BeckRS 2018, 21132 Rn. 36.

⁷⁶ Daher sieht *Spindler*, Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke, CR 2019, 238 (240) die AGB als Leistungsbestimmungen i. S. d. § 307 Abs. 3 BGB an.

⁷⁷ BVerfGE 148, 267 ff.

⁷⁸ Für viele *Smets* (Fn. 60).

⁷⁹ *Friebe* (Fn. 23), S. 1700.

⁸⁰ § 10 AEG für Eisenbahnen; § 22 PBefG für Busse, Straßenbahnen und Taxen im öffentlichen Linienverkehr.

⁸¹ § 3 Postdienstleistungsverordnung.

⁸² § 5 SGB V.

Angesichts der ergebnisoffenen Entwicklung der Netzwerkregulierung bedarf diese Entscheidungspraxis einer gründlichen Untersuchung.

D. Grundrechtswirkung auf soziale Plattformen in der deutschen Rechtsprechung

Aus der Marktmacht sozialer Netzwerke folgern Gerichte weitgehende Einschränkungen sowohl der Abschlussfreiheit als auch der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Nutzungsverhältnisses. Grund sei eine intensive mittelbare Drittwirkung der Artt. 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 GG auf die Plattformbetreiber.

I. Stadionverbot-Urteil: Kontrahierungszwang aus Art. 3 Abs. 1 GG

Mit der Frage des Diskriminierungsverbotes in Fällen gestörter Vertragsparität setzte sich das BVerfG 2017 in der *Stadionverbot*-Entscheidung auseinander. In der Sache ging es darum, unter welchen Voraussetzungen es dem *Deutschen Fußball-Bund (DFB)* verwehrt ist, im Rahmen seines Hausrechts (§§ 862, 1004 BGB) für einzelne Störer ein bundesweites Stadionverbot auszusprechen, das in seiner Wirkung einer antizipierten Ablehnung eines Vertragsschlusses für die Zukunft gleichkommt.⁸³ Die Entscheidung wurde in der Fachliteratur aber als weit über den Zusammenhang des Profifußballs hinausweisendes Grundsatzurteil mit Implikationen insbesondere für soziale Netzwerkbetreiber aufgenommen, welche sich in einer ähnlichen gesellschaftlichen Machtposition befänden.⁸⁴ Das BVerfG entschied, dass der Sinn der Privatautonomie zwar einem generellen verfassungsrechtlichen Gebot entgegenstehe, sein Eigentum im Rahmen von Vertragsbeziehungen anderen gleichheitskonform zugänglich zu machen oder für eine Ablehnung Gründe anzugeben. Eine grundlose Zugangsbeschränkung sei aber dann verfassungswidrig, wenn „Veranstaltungen (...) aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden“ und ein Ausschluss von diesen Veranstaltungen „für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheide (...)“.⁸⁵ Diesen Kontrahierungszwang leitet das Gericht aus Art. 3 Abs. 1 GG ab, dessen mittelbare Drittwirkung die Fachgerichte – anknüpfend an die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) – bei der Bestimmung der Reichweite des Hausrechts (§§ 862, 1004 BGB) zu beachten hätten.⁸⁶ Weiter ergebe sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ein Begründungs- und Anhörungserfordernis – in der Regel zeitlich vor Ausspruch der

⁸³ *Michl*, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, JZ 2018, 910 (915).

⁸⁴ *Smets* (Fn. 60).

⁸⁵ BVerfGE 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1669) – Stadionverbot.

⁸⁶ Zur verfassungsdogmatischen Fragwürdigkeit dieses Ansatzes siehe unten **E. I. 4.**

Vertragsablehnung. Solche Tätigkeitsgebote zur Vermeidung eines Vertragsverhältnisses seien dem Zivilrecht auch sonst nicht fremd; das *BVerfG* verweist hierzu auf die Rechtsprechung des *BGH* zu Vereinsausschlüssen⁸⁷ und des *BAG* zu Verdachtskündigungen^{88,89}

II. Facebook-Beschluss: Account-Sperren

In der Entscheidung „Der III. Weg“ (auch: *Facebook-Beschluss*)⁹⁰ setzte sich das *BVerfG* zwei Jahre später im Rahmen eines Eilantrages mit dem Begehren der gleichnamigen rechtsradikalen Partei auseinander, die Sperrung ihres User-Accounts durch *Facebook* rückgängig zu machen. Das Netzwerk hatte die Präsenz der Partei nach einem rassistischen Beitrag vorübergehend von der Plattform gelöscht. Dem Antrag auf Entsperrung des Profils gaben das *LG Frankenthal*⁹¹ und das *OLG Zweibrücken*⁹² nicht statt. Da der Plattformnutzungsvertrag durch die Sperre erloschen sei, müsste man einen Anspruch auf erneuten Vertragsschluss für den „III. Weg“, also einen Kontrahierungszwang für *Facebook* begründen. Ein solcher scheidet jedoch schon deshalb aus, weil der Partei nach dem Ausschluss von der Plattform *Facebook* vielfältige andere Verbreitungswege offen stünden.⁹³ Das *BVerfG* verwarf die Entscheidung des *OLG*. Im Rahmen einer Folgenabwägung verpflichtete es *Facebook* zur Wiederherstellung des Nutzerkontos. Die Privatautonomie *Facebooks* sei durch den Erlass der einstweiligen Verfügung (nur) insoweit berührt, wie dem Netzwerk die Loslösung vom Plattformnutzungsvertrag vorübergehend untersagt werde. In diesem Ausmaß sei eine Einschränkung der Privatautonomie allerdings berechtigt.⁹⁴ Zur Begründung verweist das *BVerfG* auf die Lehre von der *mittelbaren Drittwirkung* und die im *Stadionverbot*-Beschluss getroffene Entscheidung, dass sich hieraus in „spezifischen Konstellationen“ auch gleichheitsrechtliche Anforderungen ergeben können.⁹⁵ Dabei fällt das *BVerfG* zwar keine abschließende Entscheidung hinsichtlich der Grundrechtsbindung *Facebooks*, attestiert dem Netzwerk im gleichen Zug aber eine „erhebliche Marktmacht“. Weiterhin gibt es Kriterien vor, an denen sich eine Erstreckung der *Stadionverbot*-Entscheidung auf soziale Netzwerke und das Maß deren

⁸⁷ *BGH*, NJW 1990, 40 (41).

⁸⁸ *BAG*, NZA 2013, 137 (138 f.).

⁸⁹ *BVerfGE* 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1669) – Stadionverbot.

⁹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 ff.

⁹¹ *LG Frankenthal*, Beschl. v. 8.3.2019 – 6 O 56/19 (juris).

⁹² *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 17.4.2019 – 4 W 20/19, BeckRS 2019, 9559.

⁹³ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 17.4.2019 – 4 W 20/19, BeckRS 2019, 9559.

⁹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 (1936).

⁹⁵ *BVerfGE* 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1669) – Stadionverbot.

sonstiger Grundrechtsverpflichtung orientieren können: (i) der Grad der marktbeherrschenden Stellung des Netzwerks, (ii) die Ausrichtung der Plattform, (iii) der Grad der Angewiesenheit auf die Plattform und (iv) die betroffenen Interessen der Plattformanbieter und sonstiger Dritter.⁹⁶

III. *OLG München*: Staatsgleiche Bindung an die Meinungsfreiheit

Der Beschluss des *OLG München* vom 7.1.2020⁹⁷ befasst sich abermals mit der Wirkung der Grundrechte auf *Facebook*. Jedoch beschäftigt sich das *OLG* inhaltlich nicht mit dem Zugang zur Diskussionsplattform, sondern mit der Entfernung einzelner Nutzerinhalte. *Facebook* hatte zwei politische Posts des Klägers gelöscht und dies auf folgende Hassredeklausele in Ziffer 5.2 der damalig geltenden Fassung der „Erklärung der Rechte und Pflichten“ von *Facebook* gestützt:

„Wir können sämtliche Inhalte und Informationen, die du auf Facebook postest, entfernen, wenn *wir der Ansicht sind*, dass diese gegen die Erklärung oder unsere Richtlinien verstoßen (...)“.⁹⁸

Diese Klausel ordnete das *OLG München* als AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB ein. Als solche dürfe sie den Nutzer nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht „unangemessen benachteiligen“. Bei der Konkretisierung der Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, die die Vertragsparteien auch beim Stellen von AGB zu beachten haben, bringt das *OLG* sodann die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit ins Spiel. Sie wirke als verfassungsimmanente Schranke der auf einem unternehmerischen „virtuellen Hausrecht“ basierenden Vertragsgestaltung. Folglich dürften innerhalb des Vertragsverhältnisses keine Beiträge entfernt werden, die objektiv die Grenzen der Meinungsfreiheit nicht überschritten. Dies fordere das Gebot praktischer Konkordanz, nach dem die mittelbar wirkende Meinungsfreiheit mit etwaigen ebenfalls mittelbar wirkenden kollidierenden Grundrechten der Netzwerkbetreiber so auszugleichen sei, dass die betroffenen Grundrechte jeweils größtmögliche Wirksamkeit erlangten.⁹⁹ Vereinfacht ausgedrückt wird Universalnetzwerken, die einen digitalen „Marktplatz“¹⁰⁰ ohne thematische Beschränkung kreieren, eine Pflicht auferlegt,

⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 (1936).

⁹⁷ *OLG München*, Urt. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 ff.

⁹⁸ Hervorh. d. Verf.

⁹⁹ *OLG München*, Urt. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176 f.).

¹⁰⁰ Tschfeld, Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“, Verfassungsblog v. 26.5.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/marktplaetze-soziale-netzwerke-und-die-bverfg-entscheidung-zum-iii-weg/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

in diesem Forum sämtliche verfassungsrechtlich geschützten Meinungsäußerungen zu tolerieren.¹⁰¹ Eine Klausel, welche die Entfernung von Meinungsäußerungen ins subjektive Ermessen von *Facebook* stelle mit der Folge, dass auch nur die Einhaltung dieses selbst eingeräumten Beurteilungsspielraums gerichtlich überprüfbar wäre, sei hiermit nicht vereinbar. Da die Löschklausel 5.2 insoweit nichtig sei, überprüft das *OLG* die Meinungsäußerungen auf ihre objektive Rechtswidrigkeit und bewertet dabei einen der Beiträge¹⁰² als äußerungsrechtlich zulässig. *Facebook* sei zum Re-Upload verpflichtet.¹⁰³

Zusammengefasst lässt sich in der ober- und bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur eine Tendenz dahin erkennen, die vertragliche Handlungssphäre der größten Netzwerkbetreiber unter dem Einfluss von Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG weitgehend zu beschneiden. Hinsichtlich der Meinungsfreiheit ist – wohl auch mangels einer Befassung des *BGH* oder des *BVerfG* – allerdings noch kein roter Faden in der Instanzrechtsprechung erkennbar und es ergehen immer wieder auch Urteile, die dem *OLG München* klar widersprechen. So gestehen Gerichte wie das *OLG Dresden* und das *OLG Karlsruhe* den Netzwerkbetreibern einen größeren vertraglichen Gestaltungsspielraum zu. Deren wirtschaftliche Interessen rechtfertigen danach, dass in engen Grenzen auch solche Inhalte blockiert werden können, welche die Meinungsfreiheit noch schütze.¹⁰⁴ Aufgrund dieser unklaren Rechtslage ist sowohl die Frage nach dem Kontrahierungszwang als auch die Diskussion, inwieweit *Big-Tech*-Konzerne in staatsgleicher Weise Kommunikationsgrundrechte zu beachten haben, klärungsbedürftig. Beides hängt eng zusammen. Denn so intuitiv „(sach)gerecht“ die Urteile auch auf den ersten Blick erscheinen mögen, so sehr indizieren sie einen verfassungsrechtlichen Paradigmenwechsel.

¹⁰¹ Damit setzt das *OLG München* die früheren Entscheidungen *OLG München*, Beschl. v. 17.7.2018 – 18 W 858/18 (juris) und *OLG München*, Beschl. v. 24.8.2018 – 18 W 1294/18 (juris) fort.

¹⁰² Bezüglich des anderen Beitrags gelangt das Gericht zu der Auffassung, dass dieser nicht von Art. 5 GG gedeckt sei, sondern vielmehr den objektiven Tatbestand der Volksverhetzung, § 130 StGB, erfülle. Er sei deshalb unabhängig von den *Facebook*-Kommunikationsstandards nach dem NetzDG zu löschen gewesen.

¹⁰³ Den Wiederherstellungsanspruch interpretiert das *OLG* als Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

¹⁰⁴ *OLG Dresden*, NJW 2018, 3111 (3114); *OLG Karlsruhe*, MMR 2018, 678 ff.; siehe auch *LG Heidelberg*, ZUM-RD 2019, 72.

E. Die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private¹⁰⁵

Verschiedene Urteile der letzten Jahre konstituieren eine Entscheidungspraxis, in der sich ein dogmatischer Wandel vollzieht: Die Beachtung der Grundrechtswertungen durch die Fachgerichtsbarkeit (mittelbare Drittwirkung) wird zu einer unmittelbaren Verpflichtung der Netzwerkbetreiber. Dieser Wandel wird von den Gerichten nicht als solcher benannt oder gerechtfertigt.

I. Grenzen der mittelbaren Drittwirkung: Der Fachrichter als Adressat

Eine horizontale Bindungswirkung der Grundrechte zwischen Privaten existiert neben Abwehr- und Schutzfunktion als eigenständige dritte Grundrechtsfunktion nicht. Heute ist – abgesehen von wenigen Ausnahmen¹⁰⁶ – in der Rechtswissenschaft konsentiert, dass auch die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung diesen Umstand unberührt lässt.¹⁰⁷ Denn jene ist eine Spielart der Schutzpflicht des Fachrichters, die auf Private lediglich eine *Wirkung* entfaltet.

1. Begrenzung auf die fachrichterliche Kompetenz

Das Fachgericht kann allerdings bei der Erfüllung dieses verfassungsrechtlichen Schutzauftrages nur innerhalb seiner Kompetenz nach Art. 20 Abs. 3 GG tätig werden, ist also „an Recht und Gesetz gebunden“. Bei der grundrechtsorientierten Urteilsfindung ist es auf grundrechtskonkretisierende Vorschriften als Einbruchstellen angewiesen.¹⁰⁸ Der Kreativität der Auslegung sind dabei durch den Wortlaut Grenzen gesetzt. Es ist also möglich, dass ein bestimmtes Pflichtenprogramm für Private zwar grundrechtlich gefordert, aber für das Fachgericht aus dem einfachen Recht nicht abzuleiten ist. Entnimmt es dieselbe Rechtsfolge stellvertretend direkt dem Grundgesetz, sprengt es die Normenhierarchie und handelt dadurch *ultra vires*: Seine Kompetenz beschränkt sich auf die Interpretation einfachen Rechts.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Smets* (Fn. 60), S. 34.

¹⁰⁶ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 13 ff.; *Laufke*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: FS Lehmann I, 1956, S. 145 (167 ff.); *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 378 ff.; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (10 f.); *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 ff.; *Lücke*, Die Drittwirkung der Grundrechte an der Hand des Art. 19 III GG, JZ 1999, 377 ff.; *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ff., 365 ff.; *BAGE* 1, 185 ff.; 1, 258 ff.; 4, 240 (243); 13, 168 (174 ff.); 24, 438 (441).

¹⁰⁷ *Alexy* (Fn. 58), S. 480; *Richardi*, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 12 Rn. 9.

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 198 (205); 89, 214 (361); *Classen* (Fn. 60), S. 70.

¹⁰⁹ Vgl. weitergehend BVerfGE 138, 377 (395) zur Ableitung eines Auskunftsanspruches allein aus § 242 BGB.

Nur ausnahmsweise ist eine judikative Lückenfüllung durch Rechtsfortbildung *praeter legem* – etwa in Gestalt einer Analogie – möglich.¹¹⁰ Richtigerweise gelten hier enge Grenzen: Möchte ein Gericht Rechtsfolgen herbeiführen, die vom Wortlaut des einfachen Gesetzesrechts nicht mehr umfasst sind, muss es dafür andere einfachgesetzliche Wertungen beanspruchen können, aufgrund derer sich die Rechtsfortbildung als Nachvollzug des gesetzgeberischen Willens in einem planwidrig nicht explizit mitgeregelten Fall darstellt.¹¹¹ Je weniger die Rechtsfortbildung im einfachen Recht fundiert werden kann, desto eher muss die Grundrechtskonkretisierung dem Gesetzgeber selbst vorbehalten sein: Ein Gerichtsurteil darf nicht als Ersatzgesetzgebung erscheinen.¹¹² Diese Gesetzesbindung unterscheidet die Judikative vom Gesetzgeber, der einfachgesetzliche Vorschriften selbst beschließen kann und dabei nur „die verfassungsgemäße Ordnung“ zu beachten hat. Stellt sich in der Prüfung der fachgerichtlichen Auslegung¹¹³ heraus, dass sich das grundrechtlich gebotene Ergebnis mit den Methoden der Rechtsauslegung und -fortbildung nicht herstellen lässt, kann es die Verfassungswidrigkeit dieses Vakuums feststellen und dem Gesetzgeber nach § 35 BVerfGG einen Regelungsauftrag erteilen. Grundrechtsadressat ist dann – in Form der Legislative – wiederum der Staat, nie aber der einzelne Private.

2. Begrenzung auf Freiheitsrechte

Die Ausrichtung der mittelbaren Drittwirkung auf den Fachrichter hat auch zur Konsequenz, dass sich aus ihr grundsätzlich keine gleichheitsrechtlichen Anforderungen ergeben. Denn Kern dieser Lehre ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip: Betroffene Freiheitssphären beider Seiten sind innerhalb der Auslegung einfachgesetzlicher Klauseln so abzuwägen, dass beide zu größtmöglicher Wirksamkeit gelangen. *Hesse* nannte dies „praktische Konkordanz“.¹¹⁴ Wechselseitige verfassungsimmanente Beschränkung ist aber nur dann möglich, wenn sich auf beiden Seiten Freiheitsrechte – etwa die Meinungsfreiheit eines Nutzers und die Berufsfreiheit von *Facebook* –

¹¹⁰ BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 38, 386 (396); 49, 304 (318 ff.); 54, 251 (276); 65, 182 (191 ff.); 84, 197 (203).

¹¹¹ *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 (20): „denkender Gehorsam“; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 144.

¹¹² *Classen* (Fn. 60), S. 86; BVerfGE 65, 182 (191 ff.); 149, 126 ff. = NJW 2018, 2542 Ls. 3.

¹¹³ Das *BVerfG* wird hierdurch nicht zur „Superrevisionsinstanz“, da es nicht umfassend die Subsumtion unter einfachgesetzliche Normen nachprüft, sondern nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

¹¹⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

gegenüberstehen, die dynamisch einschränkbar sind und als Optimierungsgebote an den Richter wirken.¹¹⁵ Der allgemeine Gleichheitssatz folgt dem Schutzbereichs-Schranken-Schema der Freiheitsrechte jedoch gerade nicht. Wie vielfach festgestellt wurde, enthält Art. 3 Abs. 1 GG – anders als schon Art. 3 Abs. 3 GG – kein materielles Schutzgut, welches den Wirtschaftsgrundrechten des Vertragspartners wertend gegenüberzustellen und ggf. teilweise durch diese zu begrenzen wäre.¹¹⁶ „Viel“ oder „wenig“ Gleichbehandlung ist nicht vorstellbar. Der Gleichheitsgrundsatz kann daher nicht in praktische Konkordanz gebracht werden. Wenn aber eine Abwägung nicht möglich ist, kann auch keine *staatliche Pflicht* bestehen, eine solche im Rahmen der Auslegung einfacher Normen vorzunehmen und Bürger so vor Ungleichbehandlungen durch Private zu schützen, selbst wenn ein Anknüpfungspunkt im einfachen Recht existiert.¹¹⁷ Eine Ungleichbehandlung kann allenfalls *gerechtfertigt* sein, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht. Ein solcher Rechtfertigungs- und Begründungszwang aber ist notwendigerweise an denjenigen adressiert, von dem die Ungleichbehandlung ausgeht. Es handelt sich dann nicht mehr um eine Grundrechtsdrittwirkung, sondern um eine *Grundrechtsbindung*. „Ohne eine Überwindung der traditionellen Drittwirkungsdogmatik“, also der Ableitung aus der Schutzpflichtenlehre, kann Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtsverhältnissen somit nicht „(...) nicht zur Geltung gebracht werden.“¹¹⁸

3. Grundlage des Wandels: Die *Fraport*-Entscheidung

Der Unterschied zwischen Grundrechtsbindung und Grundrechtswirkung ist in der Judikatur des *BVerfG* in der Aufweichung begriffen.¹¹⁹ Im *Fraport*-Urteil entschied der *Erste Senat obiter dictum*,¹²⁰ die Wirkung der Grundrechte auf Private könne, wenn diese „in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder

¹¹⁵ Alexy (Fn. 58), S. 75 ff.

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 70, 313 (324 f.); Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 151; Bezzzenberger, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395 (403 f.); Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: FS Jahrreiß, 1974, S. 339 (348); Ruffert (Fn. 58), S. 179.

¹¹⁷ Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 84; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 96; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991, S. 201.

¹¹⁸ Michl (Fn. 83), S. 915; vgl. Barczak, in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts IV, 2017, S. 91, 97 f. m. w. N.

¹¹⁹ Michl (Fn. 83), S. 912.

¹²⁰ Entscheidend war die Feststellung des *BVerfG* deshalb nicht, weil es sich bei der streitgegenständlichen *Fraport AG* um ein zu mehr als 50 % in öffentlicher Hand liegendes gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt, welches als solches ohnehin kein „Privater“ im obigen Sinne ist. Die Grundsätze des *Fraport*-Urteils fanden jedoch in *BVerfG*, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15 (juris) Anwendung auf einen Privaten.

Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“, einer staatlichen Bindung nicht nur „nahe-“, sondern sogar „gleich kommen“.¹²¹ Zwar hält das Gericht formal daran fest, dass sich die Grundrechtswirkung nur mittelbar über die Auslegung der privatrechtlichen Normen entfalte. Sofern es aber eine Auslegung vorschreibt, welche die vertragliche Autonomie eines Privaten durch grundrechtliche Wertungen überformt und so bis auf null zurückdrängt, wird die Figur der mittelbaren Drittwirkung zu einer bloßen Worthülse, da sich die Drittwirkung von einer unmittelbaren Bindung im Ergebnis nicht mehr unterscheidet. Die Auslegung des einfachen Rechts – und somit auch der abwägende Fachrichter, der ja Adressat der eigentlichen Schutzpflicht ist – spielt in Ermangelung jeglichen Auslegungsspielraumes letztlich keine Rolle mehr.¹²² Bezeichnenderweise spricht das *BVerfG* hier dann auch nicht mehr von einer mittelbaren Drittwirkung, sondern einer „mittelbaren Grundrechtsbindung“.¹²³ In dieser Formulierung kulminiert die Problematik, denn eine direkte „Bindung“ bedarf eben keiner Vermittlung mehr.¹²⁴ Irritation erregte das Postulat einer staatsgleichen Verpflichtung schon beim Richter *Schluckebier*, der in einem Sondervotum auf mögliche „grundrechtliche Gegenposition(en)“ der so Gebundenen hinwies. Der *Erste Senat* habe nicht in tragfähiger Weise begründet, warum jene prinzipiell nachrangig sein sollen.¹²⁵ Eine Bindung an die Grundrechte habe zur Folge, dass sich Handlungsbeschränkungen für Private nicht mehr aus dem einfachen Recht, sondern direkt aus den Grundrechten ergäben. Grundrechtsadressat sei in einem solchen Fall nicht mehr der Fachrichter, der einfaches Recht auslege, sondern der Private selbst.¹²⁶

4. Fortsetzung in der *Stadionverbot*-Entscheidung

Dass all dies nicht nur eine sprachliche Ungenauigkeit darstellt, sondern Ausdruck eines Rechtsprechungswandels ist, demonstriert die *Stadionverbot*-Entscheidung. Denn hier nimmt das *BVerfG* ein allgemeines Diskriminierungsverbot für Massenveranstalter an, ohne dies auf eine „hinreichende Grundlage im geschriebenen Recht“¹²⁷ zu stützen. Dabei wäre eine Gesamtanalogie zu §§ 826 BGB, 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, 19 AGG, welche genau solche Zwänge enthalten, nicht völlig undenkbar gewesen, wenngleich sie

¹²¹ *BVerfG*, NJW 2011, 1201 (1203).

¹²² *Michl* (Fn. 83), S. 912.

¹²³ *BVerfG*, NJW 2011, 1201 (1203).

¹²⁴ *Michl* (Fn. 83), S. 913.

¹²⁵ BVerfGE 128, 226 (275) – Sondervotum *Schluckebier*.

¹²⁶ BVerfGE 128, 226 (275) – Sondervotum *Schluckebier*.

¹²⁷ BVerfGE 138, 377 (390 ff.).

die Grenzen der Rechtsfortbildung ausgereizt hätte.¹²⁸ Das *BVerfG* entscheidet sich stattdessen, das Diskriminierungsverbot recht offen als *verfassungsrechtliche* Gleichbehandlungspflicht aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten. Dies widerspricht nicht nur der Adressierung der grundrechtlichen Schutzpflicht an das Gericht, sondern auch der oben erläuterten Tatsache, dass der allgemeine Gleichheitssatz schon an sich nicht „mittelbar“ wirken kann. Die Reduktion der Abschlussfreiheit des *DFB* auf null gründe auf der „eigene(n) Entscheidung“, eine ohne Ansehen der Person zugängliche Veranstaltung zu eröffnen. Dieses Erfordernis, bei einmal geschlossenem Vertrag alle weiteren potentiellen Kontrahenten gleich zu behandeln, erinnert an den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung¹²⁹, welcher im Eigentumsrecht, aus dem sich das Hausrecht nach §§ 862, 1004 BGB ableitet, gerade nicht angelegt ist.¹³⁰

Noch deutlicher wird dies am Sachgrund- und Anhörungserfordernis, die das Gericht dem übermächtigen Vertragsteil auferlegt. Solche Tätigkeitspflichten zur Abwendung eines Vertragsverhältnisses haben, wie das *BVerfG* selbst feststellt, „im Zivilrecht (...) keine Grundlage“.¹³¹ Sie lassen sich, da sie dem Vertragsschluss vorausgehen, auch nicht auf § 241 Abs. 2 BGB stützen.¹³² Die Begründungspflicht beim Vereinsausschluss und die arbeitsrechtliche Verdachtskündigung, welche das *BVerfG* als vergleichbare Fälle referenziert, gestalten lediglich das Erfordernis des „wichtigen Grundes“ für die Kündigung eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses i. R. d. § 314 bzw. § 626 BGB näher aus.¹³³ Insofern sind die vom *BVerfG* abgeleiteten Pflichten im Privatrecht ein *Novum*. Sie entsprechen im Wesentlichen den Anforderungen, die ein Verwaltungsorgan in einer vergleichbaren Situation nach §§ 24, 28, 39 Abs. 1 VwVfG zu erfüllen hätte.¹³⁴

¹²⁸ Vgl. *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 (902); *Jobst*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 (12).

¹²⁹ *BVerwG*, NJW 1996, 1766 ff.; *Burmeister*, Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981, 503 ff.

¹³⁰ *Neuner*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851 (1855).

¹³¹ BVerfGE 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1670) – Stadionverbot.

¹³² Auch wenn bereits im vorvertraglichen Schuldverhältnis Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB bestehen, ist die *culpa in contrabendo* als solche nicht geeignet, zivilrechtliche Erfüllungsansprüche zu begründen, vgl. *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 280 Rn. 60; *Emmerich*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 178.

¹³³ *Hellgardt* (Fn. 128), S. 902.

¹³⁴ *Mickl* (Fn. 83), S. 915.

5. Zwischenresümee zum Diskriminierungsverbot

Der Kontrahierungszwang für soziale Netzwerkbetreiber, der aus der Kombination von *Stadionverbot*- und *Facebook*-Entscheidung abzuleiten ist, entspricht dem *common sense*.¹³⁵ Dass universal orientierte Netzwerke eine Ablehnung einzelner Nutzer, welche unter heutigen Verhältnissen einem Ausschluss aus dem digitalen Kommunikationsprozess gleichkommen kann, sachgrundlos beschließen können sollen, leuchtet unter Billigkeitsaspekten nicht ein. Mit einer Schutzpflicht des Fachgerichts lässt sich das Diktum jedoch nicht mehr begründen. Tatsächlich liegt dem vom *BVerfG* angenommenen Diskriminierungsverbot eine direkte Bindungswirkung der Grundrechte zugrunde, die als solche nicht anerkannt ist. Auf die Frage, ob sie ein zulässiges Mittel zur „Bändigung“ sozialer Netzwerkbetreiber ist, wird zurückzukommen sein.

II. Löschklauseln zwischen Abwägung und Vorrang

Hinsichtlich der Meinungsfreiheit stellt sich die Rechtslage leicht anders dar. Der Vorwurf der „Vergrundrechtlichung“ des Privatrechts trifft das *OLG München* nur eingeschränkt. Denn die Rechtsprechung des *OLG* sowie die ihm folgenden Literaturstimmen¹³⁶ entwickeln die staatsgleiche Bindung von Netzwerken an die Meinungsfreiheit aus einfachrechtlichen Normen, zumeist aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Ebenso enthält Art. 5 Abs. 1 GG ein freiheitliches Prinzip, das im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 1 GG abwägungsfähig ist und Gegenstand einer staatlichen Schutzpflicht sein kann. Der Ausgleich zwischen den Interessen des Netzwerkbetreibers und der Meinungsfreiheit der Nutzer bei der Beurteilung von Kommunikationsstandards, welcher dem *OLG München* vorschwebt,¹³⁷ entspricht rein formal – anders als im Urteil zum *Stadionverbot* – einer mittelbaren Drittwirkung.

Nichtsdestotrotz entzündet sich auch an der Entscheidung des *OLG* Kritik. Denn unvermeidlich stellt sich die Frage, ob bei vollständiger

¹³⁵ *Michl* (Fn. 83), S. 911.

¹³⁶ *Albrecht*, Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz): Wesentliche Regelungen und Probleme unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, in: ders., *jurisPR-ITR* 1/2019 Anm. 2; *Braun*, Unzulässige Verfassungsbeschwerde gegen das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in: *Albrecht*, *jurisPR-ITR* 12/2019 Anm. 6; *Müller-Riemenschneider/Specht*, Restore-Anspruch von Äußerungen und Anspruch auf Entsperrung eines Nutzerprofils, *MMR* 2018, 547 ff.; *Specht/Riemenschneider*, Plattformnutzungsverträge, in: *Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas*, HGB, 5. Aufl. 2019, Rn. 49, 74; *Eifert*, in: *Eifert/Gostomzyk*, *Netzwerkrecht*, 2018, S. 9 (25).

¹³⁷ *OLG München*, *Beschl. v. 7.1.2020 - 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176)*.

Grundrechtsbindung eines Privatunternehmens unter gleichzeitiger Reduktion dessen inhaltlicher Autonomie auf null tatsächlich ein „Ausgleich“ von Freiheitssphären hergestellt wird. Folgt die Verpflichtung, wenn die innerhalb des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB anzustellende Abwägung durch ein Vorrangverhältnis ersetzt wird, im Ergebnis nicht vielmehr auch hier unmittelbar aus dem Grundrecht?

1. Löschklauselverbot als Leistungsanspruch

Genau dies wird in Literatur und Rechtsprechung beanstandet. Ein häufig anzutreffendes Argument ist dabei, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG generell keinen Leistungsanspruch gewähre.¹³⁸ Das Gebot der Duldung sämtlicher legalen Inhalte entspreche einer Verpflichtung sozialer Netzwerke, Nutzern für ihre Meinungsäußerung aktiv eine öffentliche Bühne zur Verfügung zu stellen. Eine solche verfassungsrechtliche Leistungspflicht statuieren Art. 5 GG nicht einmal für den unmittelbar grundrechtsadressierten Staat. Auch im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung sei also lediglich ein auf Unterlassung gerichteter Anspruch denkbar.¹³⁹

Dass im privaten Verkehr keine Pflicht besteht, als Sprachrohr für Mitbürger zu fungieren, versteht sich von selbst.¹⁴⁰ Ein Leser der *Zeit* kann diese nicht unter Berufung auf seine Meinungsfreiheit zum Abdrucken eines Leserbriefes anhalten und ein *NPD*-Funktionär nicht gerichtlich erwirken, auf einer Demonstration der Linkspartei als Redner zugelassen zu werden. Um Gegenteiliges zu behaupten, müsste die Vorenthaltung des Redeforums als „Beeinträchtigung“ der Meinungsfreiheit analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ausgelegt werden, was eine sinnwidrige Überdehnung des Beeinträchtigungstatbestandes darstellen würde.¹⁴¹ Die Absurdität der obigen Beispiele spricht für sich.

Auf soziale Netzwerke sind diese Fälle jedoch nicht vorbehaltlos übertragbar. Einerseits resultiert die Intuition gegen einen Leistungsanspruch in den genannten Beispielen daraus, dass ein solcher der Gestaltung des eigenen Geschäftsbereiches durch *Zeit* oder Linkspartei den Boden entziehen und diese als Medium korrumpieren würde; die Meinungsfreiheitsbeschränkung ist andererseits nur sehr bereichsbegrenzt und erscheint hinnehmbar. In der Abwägung kommt dem Recht an der eigenen Zeitung oder der eigenen

¹³⁸ *Beurskens*, „Hate-Speech“ zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht, NJW 2018, 3418 (3419); *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, 83. EL 2018, Art. 5 I Rn. 111.

¹³⁹ *OLG München*, Beschl. v. 30.11.2018 – 24 W 1771/18, GRUR-RS 2018, 50857 Rn. 20.

¹⁴⁰ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 18; *Grabenwarter* (Fn. 138).

¹⁴¹ Vgl. *Beurskens* (Fn. 138), S. 3418 f.

Veranstaltung klar der Vorrang zu. Plattformen wie *Facebook* entziehen sich jedoch hinsichtlich ihrer Kapazitäten und Meinungsbildungsrelevanz jeglichem Vergleich mit herkömmlichen Einzelmedien oder thematisch eingegrenzten gesellschaftlichen Veranstaltungen. Sie sind in ihrer Bedeutung singulär und für viele Nutzer primäre Informationsquelle, sodass eine temporäre Sperre eine Vernichtung der digitalen Existenz bedeuten kann. Dementsprechend erscheint es nicht mehr völlig fernliegend, den *put back*-Anspruch als absolutes Recht analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu interpretieren. So erklärt sich, warum § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB immer wieder als Anspruchsgrundlage in Wiederherstellungsurteilen auftaucht.¹⁴² Ein solches Recht entspräche in letzter Konsequenz tatsächlich einem verfassungsrechtlichen, weil unabhängig von vertraglichen Pflichten bestehenden Leistungsanspruch.

Letztlich bedarf es einer solchen Herleitung jedoch überhaupt nicht. Denn zwischen *Facebook* und seinen Nutzern besteht eine relative Rechtsbeziehung, innerhalb derer das Versprechen, eigene Inhalte zu sämtlichen Themen veröffentlichen zu dürfen, die privatautonom zugesicherte, vertragliche Hauptleistung von *Facebook* darstellt.¹⁴³ Löschungen und Sperrungen aufgrund von Vertragsklauseln stellen lediglich eine Zurückbehaltung dieser Leistung dar. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG statuiert die Leistungspflicht somit nicht aus dem Nichts, sondern setzt, wenn er über das Medium des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB den Netzbetreibern die uneingeschränkte Gestaltungshoheit über die eigene Plattform entzieht, eine vertragliche Verpflichtung bereits als bestehend voraus. Daher kommt das *OLG München* zu dem Schluss, dass das Klauselverbot keine verfassungsrechtliche Leistungspflicht darstelle, sondern sich als bloßes Eingriffsverbot weiter im Rahmen einer nur mittelbaren Drittwirkung bewege.¹⁴⁴

Diese Perspektive ist allerdings nicht zwingend. Denn die Differenzierung zwischen privatautonomer Leistungsverpflichtung und Eingriffsverbot in der Leistungserbringung greift nicht mehr durch, wenn Netzwerke in entsprechender Anwendung des *Stadionverbot*-Urteils wegen Art. 3 Abs. 1 GG einem Kontrahierungszwang unterliegen. Ist *Facebook* verfassungsrechtlich zum Vertragsschluss verpflichtet, beruht die vertragliche Leistungspflicht in der Tat nicht mehr, wie es das *OLG München* annimmt, unmittelbar auf einer

¹⁴² Vgl. *LG Offenburg*, Urt. v. 26.9.2018 – 2 O 310/18, BeckRS 2018, 23801 Rn. 31; *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 14.5.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 10 (juris).

¹⁴³ Vgl. BGHZ 208, 82 ff; *OLG München*, Beschl. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176).

¹⁴⁴ *OLG München*, Beschl. v. 7.1.2020 - 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176).

privatautonomer Entscheidung. Die Rechtslage käme dogmatisch einer absoluten verfassungsrechtlichen Leistungspflicht zumindest sehr nahe.

Gleichwohl haben sowohl die Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG als auch an Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ihren Ursprung darin, dass Netzwerke wie *Facebook* ihrem Selbstverständnis nach einen der Allgemeinheit zugänglichen Diskussionsraum eröffnen: Hieraus leitet sich der Kontrahierungszwang ab. Dadurch ist letztlich doch jedes einzelne Vertragsverhältnis auf eine privatautonome Entscheidung rückführbar; die Leistungspflicht bleibt eine vertragliche. Möchte das Netzwerk ihr entgehen, steht ihm jederzeit offen, die Plattform thematisch einzugrenzen und ihm so den Charakter der „digitalen Öffentlichkeit“, der die Grundrechtsdrittwirkung erst begründet, wieder zu entziehen.

2. Berücksichtigung von Interessen der Netzbetreiber

Das juristische Unbehagen an der Lösung des *OLG München* speist sich letztlich eher daraus, dass es sich in den gleichen Widerspruch wie schon das *BVerfG* im *Fraport*-Urteil verfängt. Mit dem Verweis auf die praktische Konkordanz der auszugleichenden Positionen von Netzbetreiber und Nutzer möchte es klar innerhalb der Prämissen der mittelbaren Drittwirkung bleiben, welche vom Fachrichter eine Abwägung fordern würde. Im gleichen Zuge jedoch verabsolutiert es die Meinungsfreiheit der Nutzer und negiert jegliche Beschränkung durch entgegenstehende Grundrechte.

Dabei ist das grundrechtlich geschützte Interesse der Plattformbetreiber an einem Diskussionsraum, der schon unterhalb der Grenze der Rechtswidrigkeit moderiert und von *hate speech* befreit wird, keineswegs zu vernachlässigen. Die wirtschaftlichen Vorteile einer gepflegten Kommunikation liegen auf der Hand: Soziale Netzwerke finanzieren sich durch Anzeigen und stehen untereinander im Wettbewerb um Werbepartner und Nutzer. Für diese wiederum ist ein von „Hass und Hetze“ freies Diskussionsklima ein Qualitätsfaktor. Die Verpflichtung von Plattformen zur Tolerierung sämtlicher nicht rechtswidriger Äußerungen wirkt sich damit negativ auf deren Profit aus.¹⁴⁵ Zudem fördern allgemeine Mindeststandards den internationalen Erfolg grenzüberschreitender Foren, da so eine Unabhängigkeit von Differenzen des nationalen Äußerungsrechts in kulturell unterschiedlich geprägten Staaten erreicht wird.¹⁴⁶ Innerhalb des deutschen Rechtsraumes schließlich bieten Kommunikationsstandards, wie eingangs erläutert, einen Ausweg aus der durch NetzDG und Störerhaftung

¹⁴⁵ Lüdemann (Fn. 28), S. 281 f.

¹⁴⁶ *Ebd.*; siehe auch Eijfert (Fn. 19), S. 1454.

erzeugten Haftungsgefahr: Müssen Netzwerke jeden gemeldeten rechtswidrigen Beitrag löschen, ohne einen haftungsfreien Spielraum zu haben, in Grenzfällen auch rechtmäßige Beiträge zu entfernen, laufen sie Gefahr, für jede rechtsfehlerhafte Bewertung eines Beitrages zu haften.¹⁴⁷

Würde man diesen Interessen, die durch die Artt. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geschützt sind, Relevanz beimessen, müsste sich dies in einem zu findenden „Ausgleich“ widerspiegeln. Es erschiene dann geboten, dass bestimmte Äußerungen, die einer vorgelagerten Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen noch standhalten, wenigstens unter *diesen* Gesichtspunkten vertraglich ausgeschlossen werden könnten.

Im weiteren Kontext stellen sich all jene Einwände jedoch als Zirkelschluss dar. Sie greifen nur, sofern man eine grundsätzliche Gleichrangigkeit der Interessen beider Vertragspartner anerkennt. Sieht man die Netzwerkanbieter aber im Sinne des *Fraport*-Urteils als monopolartige Daseinsvorsorgeleister, die in eine staatsgleiche Pflichtenposition einrücken, stellen profitorientierte Eigenbelange der Netzwerke eben keine Abwägungsposition i. R. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB mehr dar. Es ist dann unerheblich, ob die Bindung an Art. 5 GG den Profit der Netzwerke schwächt. Die Meinungsfreiheit ist schlechthin vorrangig.¹⁴⁸ Weitergehende Einschränkungen könnten die Netzwerke i. R. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB allenfalls mit den Grundrechten Dritter rechtfertigen.¹⁴⁹ Hierbei unterlägen sie allerdings – wie der Staat – den Erfordernissen eines legitimen Zwecks und der Verhältnismäßigkeit i. w. S.

Evident ist aber auch, dass eine solche, in dieser Deutlichkeit von den Gerichten nicht konsequent ausformulierte „Teilverstaatlichung“ der Datengiganten die Prämissen der mittelbaren Drittwirkung verlässt. Denn diese ist „von vornherein

¹⁴⁷ *OLG Dresden*, MMR 2018, 756 (759); *LG Heidelberg*, ZUM-RD 2019, 72 (72).

¹⁴⁸ Mit diesem Argument eine faktisch-unmittelbare Bindung ablehnend *OLG Dresden*, MMR 2018, 756 (759).

¹⁴⁹ So ist in der Tat zu beobachten, dass es nur eine Minderheit der Nutzer mit hoher Beitragsfrequenz ist, die ihre Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken bis zur Strafbarkeitsgrenze ausreizt. Führt die absolute Toleranz gegenüber solchen sog. *heavy contributors* dazu, dass die große Mehrzahl der Nutzer sich nur noch zurückhaltend äußert oder der Diskussion ganz fernbleibt, könnte die Effektivität einer absolut freien Meinungsäußerung ganz unabhängig von den Interessen der Plattformbetreiber in Zweifel gezogen werden und ein moderierendes Eingreifen durch die Netzwerkbetreiber geboten sein. Zu diesem Aspekt der sog. *chilling effects*, der hier nicht vertieft werden soll, vgl. *Thimm*, Soziale Medien und Partizipation, in: Schmidt/Taddicken, Handbuch Soziale Medien, 2017, S. 191 (202).

relativ¹⁵⁰ und funktioniert nicht nach dem Vorrang-, sondern nach dem Abwägungsprinzip.¹⁵¹ Die vom *OLG München* praktizierte „Abwägung“ jedoch stellt sich nicht mehr als eine solche dar. Trotz der formalen Ableitung aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB – und somit weniger eindeutig als das *BVerfG* im *Stadionverbot-Urteil* – entnimmt es sein Verdikt letztlich ungefiltert dem Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und postuliert diese Wertung als verfassungsrechtlich verbindlich. Damit verlässt es nicht nur den Rahmen der Schutzpflichtenlehre, sondern übertritt auch seine Kompetenz.¹⁵² Denn Auslegung und Fortbildung einfacher Normen – hier des § 307 Abs. 1 S. 1 – stoßen dort an ihre Grenzen, wo sie „ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen [schaffen]“¹⁵³ Rechtssetzung ist nicht Aufgabe der Fachgerichte.

3. Zwischenresümee zur staatsgleichen Bindung an die Meinungsfreiheit

Hinter der Entscheidung des *OLG München* steht die im *Fraport-Urteil* wurzelnde Vorstellung von Tech-Giganten als situativ staatsäquivalent zu behandelnden Monopolisten. Unabhängig davon, ob sie der gesellschaftlichen Realität gerecht wird, wäre eine solche Gleichsetzung mit dem Staat, wie gezeigt, judikativ nur über eine unmittelbare Grundrechtsbindung in Recht umsetzbar. Hierfür wiederum wäre eine grundlegende Neuinterpretation der Grundrechtsdogmatik durch das *BVerfG* erforderlich. Das Fundament für eine diesbezügliche Wende hat es in der Rechtsprechungsreihe *Fraport – Stadionverbot – III. Weg* bereits errichtet. In der Hauptsacheentscheidung zum *III. Weg*, die noch in diesem Jahr erwartet wird, könnte es diesen Schritt gehen. Eine praktische Notwendigkeit hierfür scheint zu bestehen.

Wäre eine Ablösung der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung durch eine kontextuell begrenzte unmittelbare Bindung von Universalnetzwerken also unproblematisch?

F. „Unmittelbare Drittwirkung“ als Gewaltenteilungsproblem

Durch eine verfassungsgerichtlich ausgesprochene Bindung Privater an die Meinungsfreiheit würde das BVerfG legislative Kompetenzen beanspruchen. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich jedoch ein gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum, den die Judikative nicht durch „Ersatzgesetzgebung“ untergraben darf.

¹⁵⁰ BVerfGE 128, 226 (244 f.) – Fraport.

¹⁵¹ Zum Abwägungsprinzip *Alexy* (Fn. 58), S. 480.

¹⁵² Siehe bereits oben **E. I. 1.**, S. 19 f.

¹⁵³ BVerfGE 126, 286 (306) – Honeywell.

Dass eine „unmittelbare Drittwirkung“¹⁵⁴ nicht allgemein anzuerkennen ist, bedarf keiner eingehenden Erläuterung: Sowohl Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die Grundrechte „als unmittelbar geltendes Recht“ nur die Staatsgewalt(en) verpflichten,¹⁵⁵ als auch die vereinzelte ausdrückliche Anerkennung einer Horizontalwirkung im sonstigen Verfassungstext¹⁵⁶ deuten darauf hin, dass diese eher die Ausnahme als die Regel sein soll.¹⁵⁷ Unnötig erschienen auch die zahlreichen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe im BGB, könnten Privatrechtsstreite ohnehin immer anhand des Verfassungstextes entschieden werden.¹⁵⁸

Nicht abschließend geklärt ist damit jedoch, ob eine Horizontalwirkung wenigstens im Einzelfall zuzulassen ist, wenn gesellschaftliche Entwicklungen eine solche nötig machen. Wie etwa die gesetzgeberische Entscheidung für die „Ehe für alle“ im Jahr 2018 verdeutlicht hat, ist das Grundgesetz Spiegel der Gesellschaft und als solcher fähig und gefordert, sich – über die Rechtsprechung des *BVerfG* – durch einen Verfassungswandel dem Zeitgeist anzupassen.¹⁵⁹ Und nicht zuletzt zeigen gerade Beispiele wie Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, dass die Mütter und Väter des Grundgesetzes eine horizontale Grundrechtswirkung im Einzelfall für sinnvoll erachtet haben. Nichtsdestotrotz ist der judikative Weg zur Regulierung der Meinungsmacht jener Plattformen der falsche. Denn hiermit verbunden ist eine ganz konkrete Gefahr für den Rechtsstaat.

Es ist in der starken Position der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland angelegt, dass das *BVerfG* seine eigenen, oft subjektiven Ansichten als verfassungsrechtlich verbindlich vorschreiben kann. Wie eingangs dargestellt, richtet sich der grundrechtliche Schutzauftrag – und damit auch die Aufgabe zur Verfassungskonkretisierung – zwar zunächst an den Gesetzgeber. Dies gilt gerade für die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung, für die Art. 14 Abs. 1 S. 2

¹⁵⁴ Diese verbreitete Bezeichnung ist irreführend, da bei einer staatsgleichen Bindung die Grundrechte eben nicht mehr nur eine „Wirkung“ auf den Privaten als „Dritten“, entfalten, sondern er ihr direkter Adressat ist.

¹⁵⁵ *Belling/Herold/Kneis*, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Badó/Belling, Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, 2014, S. 76.

¹⁵⁶ Artt. 9 Abs. 3 S. 2, 20 Abs. 4, 38 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 48 Abs. 2 GG.

¹⁵⁷ *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 35.

¹⁵⁸ *Belling/Herold/Kneis* (Fn. 155), S. 77.

¹⁵⁹ *Voskuhle*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen "Quellcodes" durch das *BVerfG*, JZ 2009, 917 (918); vgl. auch *Chiariello*, Der Richter als Verfassungsgeber?, 2009, S. 355; *Volkmann*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, JZ 2018, 265 (271).

GG der Legislative die Kompetenz noch einmal explizit zuweist.¹⁶⁰ Über Reichweite und Inhalt der Schutzpflicht jedoch entscheidet grundsätzlich das *BVerfG*, dessen Entscheidungen nach §§ 38, 78, 79 *BVerfGG* auch den Gesetzgeber binden.¹⁶¹ Begreift man nun die Verfassung als Grundordnung, welche die gesamte Gesellschaftsordnung vorzeichnet und durch alle nachrangigen Normen lediglich konkretisiert wird, hängt die faktische Macht im Staat von der Deutungshoheit über diese Grundordnung ab.¹⁶² Könnte das *BVerfG* die aus den Grundrechten abzuleitenden gesetzgeberischen Schutzpflichten bis in die Einzelheiten spezifizieren, wäre der Weg in den „Jurisdiktionsstaat“ bereitet, in welchem das *BVerfG* dem Gesetzgeber aus der Verfassung konkrete Detailentscheidungen vorschreiben und an dessen Stelle die politische Richtung vorgeben könnte.¹⁶³

In einer pluralistischen Demokratie existiert jedoch auf jede politische Frage mehr als eine mögliche Antwort. Jegliche Entscheidung für die eine oder die andere Regulierungsoption hängt von zahlreichen politischen und wirtschaftlichen Faktoren ab.¹⁶⁴ Im institutionellen Gefüge des Grundgesetzes ist es nicht das *BVerfG*, das aus mehreren Regelungsoptionen auswählt und damit den politischen Kurs vorgibt, sondern die demokratisch gewählte Mehrheit, mithin der unmittelbar legitimierte Gesetzgeber.¹⁶⁵ Um diese Letztentscheidungsbefugnis des Gesetzgebers in politischen Fragen sicherzustellen, welche sich unmittelbar aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG ergibt, ist die Deutungshoheit des *BVerfG* im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten ganz erheblich einzuschränken.¹⁶⁶ Mag auch in der Theorie eine grundgesetzlich determinierte, objektiv richtige Handlungsoption bestehen, in der sich die optimale Güterabwägung widerspiegelt, ist diese in großen Bereichen des legislativen Handelns nicht durch das *BVerfG* feststellbar.¹⁶⁷ Praktisch

¹⁶⁰ *Michl* (Fn. 83), S. 917.

¹⁶¹ *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 189 f.; *Azevedo Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, 2019, S. 198.

¹⁶² *Böckenförde* (Fn. 161), S. 189; *Forsthoff*, Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 144.

¹⁶³ *Leisner*, Der Abwägungsstaat, 1997, S. 11 ff.; *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre *BVerfG* II, 2001, S. 445, 455 ff.; *Breuer*, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratiegebotes, in: FS 50 Jahre *BVerwG*, 2003, S. 223, 242 ff.

¹⁶⁴ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 93. EL 2020, Art. 20 Rn. 118 f.

¹⁶⁵ *Halterm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 204 ff.; *Grzeszick* (Fn. 164), Art. 20 Rn. 119.

¹⁶⁶ *Böckenförde* (Fn. 161), S. 194-197.

¹⁶⁷ Nach der *Prinzipientheorie* besteht diese objektiv richtige Auslegung noch nicht einmal in der Theorie; vielmehr unterliege die Abwägung im politischen Bereich

bedeutet dies, dass die gesetzgeberischen Schutzpflichten nur beschränkt justiziabel (einklagbar) sind. Das *BVerfG* kann eine Missachtung der grundrechtlichen Schutzfunktion durch den Gesetzgeber nur dann feststellen, wenn dieser es versäumt, auch nur irgendeinen Minimalschutz zu gewährleisten, und auch dann noch beschränkt sich seine Handlungspflicht nur auf das Tätigwerden *per se* und konkretisiert sich nicht auf die Wahl eines bestimmten Mittels. Jenseits dieses „Untermaßverbotes“¹⁶⁸ hat der Gesetzgeber einen Spielraum, in dem er allein letztverbindliche Entscheidungen trifft.¹⁶⁹ Die gesetzgeberische Auswahl zwischen mehreren politischen Optionen muss, soll ein dramatischer Bedeutungsverlust des parlamentarischen Diskurses vermieden werden, gegenüber der verfassungsgerichtlichen Kontrolle immun sein.

Jene Grundwertung ist es, die durch eine unmittelbare Horizontalwirkung der Grundrechte in Gefahr geriete. Ein System, in dem Gerichte kraft direkter Ableitung aus der Verfassung ganze Gesellschaftsareale selbst durchregulieren und so in Teilbereichen am Gesetzgeber vorbeiregieren, übersteigt sogar die oben skizzierte Dystopie des „Abwägungsstaates“, welcher unter Gewaltenteilungsaspekten noch das kleinere Übel darstellen dürfte. Denn unter dem Mandat einer „unmittelbaren Drittwirkung“ wird das Medium des Gesetzgebers auf dem Weg zur eigenen Rechtsschöpfung durch die Gerichte überhaupt nicht mehr benötigt. Für einen solchen Übergriff des Rechts auf die Politik wäre das *BVerfG* nicht nur demokratisch unterlegitimiert; er verstieße auch gegen das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG.¹⁷⁰

Die Ableitung rechtlicher Folgen für Private aus der Verfassung ist Kernaufgabe der normgebenden Legislative. Der Gesetzgeber hätte jederzeit die Möglichkeit, die Rechtswirkung des *Stadionverbot*-Urteils durch Ergänzung des AGG oder die

Erkenntnisgrenzen. Das Grundgesetz wird lediglich als eine Rahmenordnung verstanden, vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 14 ff.; *ders.*, Postscript, in: A Theory of Constitutional Rights, 2002, S. 390 ff.

¹⁶⁸ Begriff nach *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 15.

¹⁶⁹ BVerfGE 88, 203 (254); *BVerfG*, NJW 1996, 651; Sondervoten zu BVerfGE 98, 265 (355) und 109, 190 (247 ff.). Aus der Literatur: *Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363 ff.; *Canaris* (Fn. 49), S. 228, 245; *ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 (163); *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 39, 45 ff.; *Klein* (Fn. 70), S. 960 ff.

¹⁷⁰ Vgl. *Böckenförde* (Fn. 161), S. 189 ff.; *ders.*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 402.

des Urteils des *OLG München* durch anderweitige gesetzliche Regelung herbeizuführen.¹⁷¹ Wenn das *BVerfG* private Akteure situativ „verstaatlicht“ und den Verpflichtungen des Grundgesetzes unterwirft, macht es daher dem Gesetzgeber Kompetenzen streitig. Obwohl dieses Richterrecht, welches nicht der Zwischenschaltung eines einfachen Gesetzes bedarf, von vereinzelt Stimmen in der Literatur als solches erkannt und auch befürwortet wird,¹⁷² ist es entschieden abzulehnen. Denn die Ableitung von Rechtspflichten für soziale Netzwerke aus den Artt. 3 und 5 GG unterläuft die gesetzgeberische Entscheidung, in der Sache bisher eben noch nicht durch Erlass eines einfachen Gesetzes tätig geworden zu sein. Nicht nur eine positive Regelung, sondern auch ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers kann eine legislative Aussage beinhalten, der die richterliche Rechtsfortbildung nicht widersprechen darf. Hier wie da liegt keine planwidrige Rechtslücke vor, die der Ausfüllung durch die Judikative bedürfte.¹⁷³ Soll die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers einen Bedeutungsverlust des demokratischen Kompromisses verhindern, kann nicht zugelassen werden, dass Gerichte in Urteilen Vorgaben machen, für die sich im legislativen Prozess (noch) keine demokratische Mehrheit findet.¹⁷⁴ Was ist die mit dem NetzDG getroffene Entscheidung, den Plattformen ein selbstregulatorisches Eigenregime zu gestatten und sich auf die *Rechtsdurchsetzung* durch Verfahren zu beschränken, wert, wenn Gerichte durch ihre Urteile gleichrangige Pflichten schaffen, die dem widersprechen?

Lang vertritt interessanterweise einen umgekehrten Ansatz: Gerade die judikative Verabsolutierung der Meinungsfreiheit über das Medium des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sei es, die eine entsprechende gesetzliche Regelung – etwa im NetzDG – überflüssig mache.¹⁷⁵ Richtigerweise aber gilt genau das Gegenteil: Ein kompetenziell bedenkliches Eingreifen der Gerichte nimmt es dem Gesetzgeber ab, über die Bedeutung der Meinungsfreiheit im Netz nachzudenken und zu diskutieren, indem es die Dringlichkeit der Problematik verschleiert.¹⁷⁶ Für eine Neuausrichtung der Grundrechtsdogmatik im Sinne einer direkten Verpflichtung Privater besteht im Ergebnis nicht nur „kein Bedürfnis“¹⁷⁷. Sie ist schlicht

¹⁷¹ *Smets* (Fn. 60), S. 37. Zu Vorschlägen unten **G.**, S. 33 ff.

¹⁷² *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 84 f.

¹⁷³ *Burghart*, Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 92 f.; *Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (120).

¹⁷⁴ *Michl* (Fn. 83), S. 918. So auch das *BVerfG* selbst in BVerfGE 82, 6 (12).

¹⁷⁵ *Lang* (Fn. 8), S. 245.

¹⁷⁶ *Smets* (Fn. 60), S. 37; *Burghart* (Fn. 173), S. 91; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 235.

¹⁷⁷ So *Kainer*, Knapper Impfstoff und privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten, NJW 2021, 816 (817).

verfassungswidrig. Das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG erweist sich als unüberwindbare Barriere für eine „unmittelbare Drittwirkung“.¹⁷⁸

G. Aktuelle rechtspolitische Ansätze und Ausblick

Dieses Ergebnis wird dadurch gestärkt, dass der Gesetzgeber das *overblocking* und die Meinungsmacht sozialer Netzwerke mittlerweile durchaus als strukturelle Schief lagen identifiziert hat. Der Erlass allgemeiner Regelungen für die Social-Media-Branche ist wiederkehrender Gegenstand parlamentarischer Diskussionen. Von einer Art Rechtsnotstand, in dem über eine eventuelle Zulässigkeit einer richterlichen Ersatzregelung zur Bewahrung des Rechts nachzudenken wäre, kann also keine Rede sein. Abschließend soll im Rahmen eines Ausblicks auf die maßgeblichen aktuellen gesetzgeberischen Projekte und Reformvorschläge eingegangen werden.

I. Gegenvorstellungsverfahren im NetzDG

Schon früh nach dessen Erlass mehrten sich in Wissenschaft und Politik die Rufe nach Herstellung digitaler „Waffengleichheit“¹⁷⁹ für die Meinungsfreiheit durch eine Ergänzung des NetzDG. Gefordert wurde, der Pflicht zur Bereitstellung eines Beschwerdeverfahrens wegen rechtswidriger Beiträge ein ausbalancierendes Wiedereinstellungsverfahren für ungerechtfertigte Löschungen zur Seite zu stellen.¹⁸⁰ Damit solle der Gefahr von *overblocking* Einhalt geboten werden. Diesen Forderungen begegnet die Bundesregierung mit ihrem Entwurf zur Änderung des NetzDG vom 27.4.2020, in dessen neuem § 3b ein Gegendarstellungsverfahren vorgesehen ist. Die Novelle ist durch Verkündung im Bundesgesetzblatt am 9.6.2021 in Kraft getreten.¹⁸¹ Eine Beschwerdemöglichkeit gegen Löschmaßnahmen muss nach dem Gesetz in seiner neuen Fassung nicht nur hinsichtlich solcher Löschungen und Sperrungen bestehen, welche auf Grundlage des NetzDG ergehen, sondern auch hinsichtlich Inhaltsentfernungen aufgrund vertraglicher Gemeinschaftsstandards.¹⁸² Dies war

¹⁷⁸ Schmidt, Einleitung, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, Rn. 19.

¹⁷⁹ Gersdorf, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439 (446).

¹⁸⁰ Beurskens (Fn. 138), S. 3420; Peukert, Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken, MMR 2018, 572 ff.; Schiff, Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen, MMR 2018, 366 (370); BT-Drucks. 19/5950, S. 1 f.

¹⁸¹ Gesetz vom 3.6.2021, BGBl. I, S. 1436 ff. (Nr. 29), Geltung ab 9.6.2021.

¹⁸² Ebd., siehe zum Thema auch Rudl, Fairer löschen bei Facebook und Twitter, netzpolitik.org v. 6.1.2021, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2021/netzdg-novelle-fairer-loeschen-bei-facebook-und-twitter/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

in der ursprünglichen Fassung der Novelle nicht vorgesehen, ist jedoch von enormer praktischer Relevanz. Denn laut Transparenzberichten der großen sozialen Netzwerke erfolgt die überwältigende Mehrheit der Löschungen wegen Verstößen gegen Gemeinschaftsstandards.¹⁸³ Der ursprünglich vorgesehene Regelungsvorschlag wäre also weitgehend ins Leere gegangen, wovon Rechtswissenschaftler in Stellungnahmen im Ausschuss gewarnt hatten.¹⁸⁴ Der Ansatz des erweiterten NetzDG setzt inhaltlich auch weiterhin auf Regulation des Verfahrens. Insbesondere die halbjährlichen Transparenzberichte und die in § 5a neu vorgesehene Öffnung für die Forschung sollen dafür sorgen, dass zukünftige gesetzgeberische Maßnahmen zielgenauer ansetzen können. Ferner wird in der Novelle klargestellt, dass § 5 Abs. 1 NetzDG, der die Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten verlangt, auch für Wiederherstellungsklagen gilt.¹⁸⁵ Hiermit soll Nutzern die Prozessführung gegen Plattformen, die ihren EU-Sitz meist in Irland haben, erleichtert werden.

Eine privatrechtsgestaltende Wirkung kann dem NetzDG dagegen auch weiterhin nicht entnommen werden. Das Gendarstellungsverfahren ist entsprechend dem allgemeinen Ansatz des NetzDG ein Verfahrensinstrument. Als solches kann es zwar zu erhöhter selbstregulatorischer Aufmerksamkeit bei den Plattformbetreibern führen und so indirekt die Löschpraxis begrenzen¹⁸⁶ – beispielsweise hat *Facebook* im Oktober 2020 ein „Oversight Board“ eingeführt, das als eine Art konzerninternes Gericht Löschentscheidungen überprüft und kassiert¹⁸⁷. Inhaltliche Einschränkungen bestimmt das NetzDG jedoch noch immer nicht. Es gibt nicht vor, *welche* Arten von Löschungen in einem Gegenvorstellungsverfahren zur Wiedereinstellung führen müssen. Entsprechend enthält die Gesetzesnovelle entgegen einer Forderung in einem oppositionellen Antrag¹⁸⁸ auch keine Aussage zur Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke. Eine klare einfachgesetzliche Verpflichtung der Plattformbetreiber

¹⁸³ Exemplarisch der *Facebook*-Transparenzbericht vom Januar 2021, abrufbar unter: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2021/01/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-Januar-2021.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸⁴ Exemplarisch *Liesching*, Stellungnahme zum NetzDG, 2020, S. 5 f.

¹⁸⁵ *BMJV*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, abrufbar unter: https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸⁶ Vgl. *Wielsch*, Die Ordnungen der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (94).

¹⁸⁷ Bekanntgabe der ersten Fallentscheidungen des *Oversight Board*, abrufbar unter: <https://www.oversightboard.com/news/165523235084273-announcing-the-oversight-board-s-first-case-decisions/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸⁸ BT-Drucks. 19/5950, S. 4.

auf die Meinungsfreiheit wäre zwar „rechtspolitisch wünschenswert“,¹⁸⁹ dies nicht zuletzt deshalb, weil sie einen Rückgriff auf eine vermeintliche „unmittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte obsolet werden ließe. Durch den verfahrensorientierten Ansatz der NetzDG-Neufassung wird die inhaltliche Kontrolle der Gemeinschaftsstandards, an die das Gegenvorstellungsverfahren anknüpft, aber wohl auch weiterhin dem Vertragsrecht und damit kompetenziell der Judikative überlassen bleiben.¹⁹⁰ Dabei bleibt zu hoffen, dass das *BVerfG* in einem zu erwartenden Grundsatzurteil die grundgesetzlichen Grenzen der Kompetenz, die es etwa beim *EuGH* mit strenger Hand zieht,¹⁹¹ auch hinsichtlich seiner selbst beachtet.

II. Ergänzung des (EG)BGB um formularmäßige AGB

Der Forderung, sich der Meinungsfreiheit auf sozialen Netzwerken auf dem parlamentarischen Wege anzunehmen, schließen sich auch *Biesenbach* und *Schwartzmann* an. Sie schlagen allerdings vor, dies über eine Änderung des AGB-Rechts zu erreichen. Die momentanen Vorschriften wie etwa die interpretationsoffene Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB seien unzureichend, um Plattformbetreibern eine gangbare rechtliche Orientierung für die Vertragsgestaltung zu schaffen. Wie es im Zivilrecht etwa von der Widerrufsbelehrung für Finanzdienstleistungen (Anlage 3 zu Art. 246 § 2 Abs. 3 EGBGB) bekannt ist, sollen daher auch für Plattformnutzungsverträge Muster-AGB im BGB oder EGBGB verankert werden. Fügten Netzwerkbetreiber dieses Musterformular in ihre AGB ein, könne zwar noch die rechtskonforme Durchsetzung der Klauseln, jedoch nicht mehr der Vertragstext selbst gerichtlich verworfen werden. Das AGB-Recht sei dann – ebenso, wie es effektiv etwa durch die Rechtsprechung des *OLG München* geschieht – verfassungskonform überformt.¹⁹²

Der Vorschlag ist schon deshalb zu befürworten, weil er praxisnah an die Vorschriften der AGB-Kontrolle anknüpft, die bereits nach geltendem Recht den Prüfungsmaßstab für die Gemeinschaftsstandards von *Facebook* und Co. vorgeben. Er bedient sich der Mittel des Vertragsrechts und fügt sich in den dogmatischen Kontext des BGB ein. Ein weiterer entscheidender Vorteil besteht darin, dass durch die Muster-AGB Rechtssicherheit geschaffen würde. Dies gilt nicht nur für die Netzwerkbetreiber, die sich momentan bei der Frage, inwieweit Meinungsäußerungen eingeschränkt werden dürfen, einer uneinheitlichen und

¹⁸⁹ *Lang* (Fn. 8), S. 245.

¹⁹⁰ *Friebe* (Fn. 23), S. 1699.

¹⁹¹ *BVerfG*, NJW 2020, 1647 ff.

¹⁹² *Biesenbach/Schwartzmann* (Fn. 71).

von inhaltlichen Widersprüchen geprägten Jurisdiktion ausgesetzt sehen. Auch Gerichte wären nicht mehr gezwungen, zur Wahrung des Grundrechtsschutzes unter dem Deckmantel der mittelbaren Drittwirkung auf rechtsstaatlich dubiose Methoden zurückzugreifen. Zu begrüßen ist insbesondere die Anregung, Plattformbetreibern im engen Rahmen zuzugestehen, auch nicht strafbare Hassrede zu löschen, beispielsweise eine Beleidigung schon vor der Grenze des § 185 StGB zu entfernen, wenn die Diffamierung der Person und nicht das Sachargument im Vordergrund steht. Damit würde nicht nur dem „Hausrecht“ von Forenbetreibern immerhin ein Mindestmaß an Geltung zuerkannt, sondern auch die asynchrone Kommunikationsstruktur sozialer Medien berücksichtigt, welche die Tendenz zum Kontrollverlust in sich trägt.

Klar ist allerdings auch, dass formularmäßige AGB nicht isoliert ins BGB eingefügt werden können. Wünschenswert ist deshalb allgemein, dass sich die gesellschaftliche Relevanz sozialer Netzwerke und deren Reglementierungsbedarf durch das Vertragsrecht in der weiteren Entwicklung des BGB niederschlägt. Ein erster Schritt in diese Richtung wäre die Verankerung des Plattformnutzungsvertrages als eigenem Vertragstyp im BGB, an den etwa Muster-AGB anknüpfen könnten.

III. EU-Regulierung: Digitale-Dienste-Gesetz

Im Rahmen der EU-Digitalstrategie stellte die EU-Kommission Ende 2020 einen Vorschlag für eine Digitale-Dienste-Verordnung (Digital Services Act, DSA)¹⁹³ vor, die in ersten Reaktionen als „Plattformgrundgesetz“¹⁹⁴ gefeiert wurde. Sie soll die auf EU-Ebene bisher einschlägige E-Commerce-Richtlinie¹⁹⁵ fortentwickeln. Auch der *overblocking*-Problematik nimmt sich die EU-Kommission in ihrem Vorschlag an und prognostiziert, der DSA werde „das Risiko irrtümlicher oder ungerechtfertigter Sperrungen (...) mindern, die abschreckenden Wirkungen auf die freie Meinungsäußerung verringern, die Informations- und Meinungsfreiheit fördern und die Rechtsbehelfsmöglichkeiten der Nutzer stärken.“¹⁹⁶ Die für die Problematik

¹⁹³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM (2020) 825 final.

¹⁹⁴ Kipker, Monatliches Themenupdate aus den Bereichen Digitalisierung, Datenschutz und Cybersecurity – Ausgabe Juli 2020, MMR-Aktuell 2020, 431180.

¹⁹⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

¹⁹⁶ Europäische Kommission (Fn. 193), deutsche Fassung, S. 14.

relevanteste Vorschrift findet sich in Art. 12 des Entwurfes, dessen Abs. 1 sozialen Plattformanbietern hinsichtlich der „Richtlinien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeuge“ ihrer Inhaltsmoderation weitgehende Transparenzpflichten in den AGB auferlegt. Interessant im hiesigen Kontext ist aber besonders Abs. 2: Bei der Durchsetzung inhaltsbeschränkender Community-Standards haben die Anbieter „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorzugehen und die „Rechte und Interessen aller Beteiligten“ sowie die Charta-Grundrechte der Nutzer zu beachten. Diese Regelung geht insofern in beachtlicher Weise über die Vorgaben selbst der neuen Fassung des NetzDG hinaus, als sie den Plattformen – ergänzend zur AGB-Kontrolle nach dem BGB – nicht nur verfahrensrechtliche, sondern auch materielle Vorgaben macht. Der DSA-Entwurf konstatiert im Gegensatz zum NetzDG, dass das Rechtsverhältnis zwischen sozialen Netzwerken und ihren Nutzern Gefahren für die Meinungsfreiheit mit sich bringt, für deren Bewältigung das allgemeine Vertragsrecht als Rahmen nicht ausreicht. Hervorzuheben ist besonders die Bindung der Plattformbetreiber an Objektivität und Verhältnismäßigkeit. Ob Art. 12 der bisherigen Fassung eine Verabsolutierung der Freiheit der Meinungsäußerung des Art. 11 EU-GrRCh bezweckt, ist zu bezweifeln, da die von den Plattformen zu beachtenden „Rechte und Interessen aller Beteiligten“ auch deren eigene Charta-Grundrechte umfassen dürften. Jedenfalls aber wird der DSA einen spezialgesetzlichen Anknüpfungspunkt vorgeben, der zukünftig auch deutschen Gerichten die Beurteilung von Wiederherstellungsklagen erleichtern und der rechtsstaatlich bedenklichen Überfrachtung der AGB-Kontrolle Einhalt gebieten könnte.

Wie erheblich der Anpassungsaufwand ist, der auf *Facebook* und Co. infolge des DSA zukommt, wird die weitere Diskussion zeigen, die bezüglich des DSA noch in den Kinderschuhen steckt.¹⁹⁷ Viele Stakeholder tragen hierzu bei und ein Inkrafttreten ist vor 2022 nicht zu erwarten.¹⁹⁸

H. Zusammenfassung der Ergebnisse

Mit dem NetzDG ist die Bundesregierung dem Problem der *hate speech* entgegengetreten, da es für Universalnetzwerke einen Anreiz schafft, rechtswidrige Inhalte zu entfernen. Gleichzeitig begünstigt es *overblocking*, welches in Gemeinschaftsstandards eine vertragliche Absicherung erfährt. Das

¹⁹⁷ Berberich/Seip, Der Entwurf des Digital Services Act, GRUR-Prax 2021, 4 (6 f.).

¹⁹⁸ Podszun/Langenstein, Gatekeeper im Visier, Legal Tribune Online v. 16.12.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eu-digital-wirtschaftsregulierung-plattformen-intermediaere-dsa-dma-kommission-datenschutz-kartellrecht/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

neu eingeführte Gegendarstellungsverfahren fordert lediglich eine Rechtfertigung von Löschungen nach vertraglich eingefügten Löschkriterien. Die materielle Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke bleibt gegenwärtig Aufgabe der Gerichte.

Entgegen der privatautonomen Grundvorstellung des BGB begrenzt die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit den privatrechtlichen Gestaltungsspielraum sozialer Netzwerkbetreiber in erheblichem Maße. Community-Standards unterliegen als AGB dem § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, bei dessen Auslegung die Fachgerichte den Einfluss der grundrechtlichen Werteordnung beachten. Daraus ergeben sich starke Begrenzungen hinsichtlich meinungsfreiheitssensibler Inhaltsbeschränkungen. Aus der Verankerung der mittelbaren Drittwirkung in der Schutzpflichtenlehre ergeben sich jedoch auch ihre Begrenzungen: Die Meinungsfreiheit wirkt nicht in der Weise auf § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ein, dass gewinnorientierte Privatunternehmen das Konzept der Meinungsfreiheit „in Gänze zu verwirklichen“¹⁹⁹ hätten. Ein solches Vorrangverhältnis käme effektiv einer unmittelbaren Drittwirkung gleich. Diese ist nach aktuellem Diskussionsstand nicht anerkannt und erforderte eine – zumindest partielle – Neuausrichtung der Grundrechtsdogmatik im Sinne der Begründung einer horizontalen Grundrechtsfunktion, die eigenständig neben Abwehr- und Schutzfunktion der Grundrechte stünde. Verabsolutiert ein Fachgericht die Meinungsfreiheit daher in der beschriebenen Weise, handelt es *ultra vires*, da sich seine Kompetenz auf die Auslegung des einfachen Rechts beschränkt.

Doch auch einer expliziten Anerkennung der unmittelbaren Horizontalwirkung der Grundrechte durch das *BVerfG*, die Mindestvoraussetzung für eine staatsgleiche Bindung Privater wäre, stehen verfassungsrechtliche Einwände entgegen. Sie birgt das Potenzial, gesetzgeberische Entscheidungsspielräume auszuhöhlen. Demgemäß ist auch das in der *Stadionverbot*-Entscheidung ausgesprochene verfassungsrechtliche Verbot einer Diskriminierung bei Vertragsschluss – deren praktische Relevanz ohnehin fraglich ist – unzulässig, soweit eine Gesamtanalogie zu §§ 826 BGB, § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, § 19 AGG nicht gezogen wird. Gesetzesvertretendes Richterrecht muss ein vorläufiger Notbehelf bleiben und kann nicht in der Weise angewandt werden, wie es im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken geschehen ist.

Sollte Art. 12 der Digitale-Dienste-Verordnung in der jetzigen Entwurfsfassung in Kraft treten, könnte dieser einen speziellen einfachgesetzlichen

¹⁹⁹ So auch *LG Heidelberg*, MMR 2018, 773 (775), Rn. 34.

Anknüpfungspunkt liefern, anhand dessen das Inhaltsmanagement durch soziale Plattformen von nationalen Gerichten zu kontrollieren wäre. Damit würde der Weg über den unspezifischeren § 307 Abs. 1 S. 1 BGB an Bedeutung verlieren. Einen ähnlichen Effekt könnte die Verankerung des Netzwerknutzungsvertrages mitsamt formularmäßigen Muster-AGB in BGB oder EGBGB haben. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten.