

Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken

Erstveröffentlichung in: Juristenzeitung 2018, S. 961-970

Ansprüche von Nutzern sozialer Netzwerke gegen die Löschung ihrer Beiträge

Die Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken wird von vielen Seiten bedroht. Anders als bei Äußerungen in klassischen Medien ist sie dort strukturell benachteiligt. Internetplattformen haben an der Verteidigung unbequemer Ansichten oft nur ein geringes Eigeninteresse, weil dies Kosten verursacht. Eher löschen sie einen Beitrag als ihn mühsam zu verteidigen. Als Gegengewicht muss den Nutzern daher ein individueller Anspruch auf Veröffentlichung zustehen. Dieser lässt sich aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aus dem geltenden Zivilrecht herleiten. Dafür kann insbesondere auf die vor kurzem ergangene Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG (JZ 2018, 930) zurückgegriffen werden.

I. Informationsintermediäre als neue Gatekeeper

Das Internet ist lange Zeit als Frischzellenkur für demokratische Gesellschaften angesehen worden. Jeder Bürger mit Internetzugang hat die Möglichkeit, ohne großen technischen Aufwand Informationen und Meinungen mit einem weltweiten Publikum zu teilen und diese zu empfangen. Er ist nun nicht mehr davon abhängig, einen Verleger, einen Radio- oder Fernsehsender zu finden, um über deren Plattformen ein Massenpublikum zu erreichen. Mithilfe einer Webseite oder eines Blogs kann jeder sein eigener Verleger, Radio- oder Fernsehsender sein und sich aktiv am gesellschaftlichen Diskurs beteiligen. Die Hoffnung: Ungefilterte Meinungsfreiheit und Meinungsvielfalt führt zu demokratischeren und pluralistischeren Gesellschaften.

Allerdings scheitert diese Utopie an der begrenzten Informationsverarbeitungskapazität des Menschen. Niemand ist in der Lage, alle oder auch nur einen Bruchteil der im Internet dargebotenen Meinungen und Informationen zur Kenntnis zu nehmen, zu verarbeiten und als Grundlage seiner eigenen Meinungen und Handlungen zu machen.¹ Deswegen müssen Menschen auch und gerade im Internetzeitalter auf Mittel zur Komplexitätsre-

* Prof. Dr., Inhaber der Professur für Zivilrecht, Recht der Informationsgesellschaft und Geistiges Eigentum an der Universität Trier. Der Beitrag beruht auf der Antrittsvorlesung des Autors. Die zitierten Webseiten wurden alle am 17.8.2018 das letzte Mal abgerufen. Ich danke meiner Kollegin Prof. Dr. *Ungern-Sternberg* für Ihren Rat in verfassungsrechtlichen Fragen.

¹ Ein durchschnittlicher Internetnutzer soll lediglich acht Internetangebote regelmäßig nutzen, *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 276 mwN.

duzierung zurückgreifen, damit sie der Informationsflut Herr werden können. Das hat zu einer „Plattformisierung“² des Internets geführt.³ Plattformen führen verschiedene Nutzergruppen zusammen und schaffen für diese ein oft geschlossenes Ökosystem verschiedener Dienste sowie Informationsangebote.

Zu den relevanten Plattformen gehören neben Suchmaschinen vor allem soziale Netzwerke, die von mehr als 47 Millionen Deutschen mindestens einmal monatlich genutzt werden.⁴ Wer die Aufmerksamkeit eines breiten, insbesondere eines jungen Publikums gewinnen möchte, ist immer stärker darauf angewiesen, diese Informationskanäle zu nutzen.⁵ Zudem wird mittlerweile ein erheblicher Teil sozialer Kommunikation über soziale Netzwerke abgewickelt. Soziale Netzwerke nehmen die Funktion eines Informationsintermediärs ein. Auch in Zeiten des freien Internets gibt es demnach Gatekeeper, die maßgeblichen Einfluss auf die Verbreitung und Kenntnisnahme von Informationen haben.⁶

II. Strukturelle Benachteiligung der Meinungsfreiheit durch die neuen Informationsintermediäre

Eine der wesentlichen Funktionen der Plattformen ist, die Komplexität des Informationsangebots zu reduzieren und anhand der Präferenzen ihrer Nutzer zu filtern.⁷ Die Algorithmen der Intermediäre lassen sog. *Filterbubbles* entstehen und tragen dazu bei, dass innerhalb dieser Blasen abweichende Meinungen kaum noch wahrgenommen und meinungsbildende Diskussionen im Wesentlichen nur noch mit Gleichgesinnten geführt werden.⁸ Allerdings gibt es keinen individuellen Anspruch gegen beliebige Dritte auf Kenntnisnahme der eigenen Meinung; er lässt sich auch

² Schmidt/Merten/Hasebrink/Petrich/Rolfs, Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, 2017, S. 32.

³ Monopolkommission, Herausforderung digitale Märkte, 2015, Tz. 33 ff.

⁴ Zu Letzterem Statista: bit.ly/2fPpa0y. Ein Überblick über weitere Studien zur Reichweite und Nachrichtenrelevanz sozialer Netzwerke bei Schmidt u.a. (Fn. 2), S. 14 ff.

⁵ Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, BT-Drs. 17/12542, S. 82. Neben den neuen Medien spielen auch die klassischen Medien weiterhin eine bedeutende Rolle als Nachrichtenquelle, wenn auch mit deutlich abnehmender Tendenz, Hölig/Hasebrink, Reuters Institute digital news survey 2016 – Ergebnisse für Deutschland, 2016, S. 17 ff.

⁶ Vgl. Drexel ZUM 2017, 529, 536; Pille (Fn. 1), S. 323 f.; Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, S. 47.

⁷ Zu weiteren Funktionen der Netzwerke Schmidt u.a. (Fn. 2), S. 21 f. mwN.

⁸ Zu dem Phänomen differenzierend Schmidt u.a. (Fn. 2), S. 26 ff. mwN. Ob dies in der analogen Welt anders war, darf aber bezweifelt werden, vgl. Paal/Henne-mann JZ 2017, 641, 642.

nicht begründen. Dies kann allenfalls durch öffentliche Regulierung, besser aber durch attraktive Angebote für Begegnungen und Diskussionen entstehen.⁹ Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden.¹⁰

Als Gatekeeper können die Plattformen den Informationsfluss aber ohne Weiteres an anderen Kriterien als dem (antizipierten) Nutzerinteresse ausrichten und einzelne Äußerungen aufgrund anderer Kriterien unterdrücken. Nach eigenen Angaben hat *YouTube* im letzten Quartal 2017 mehr als 8,28 Millionen Videos von seiner Plattform entfernt, *Facebook* im 1. Quartal 2018 allein 1,9 Millionen Posts gelöscht, die es als extremistisch eingeordnet hat, und *Google* seit Mai 2014 1,01 Millionen Webseiten aus seinem Suchindex entfernt, weil Betroffene ihr Recht auf Vergessen geltend gemacht haben.¹¹

[962] Die Löschungen lassen sich im Wesentlichen auf drei Gründe zurückführen: erstens auf das Begehren Dritter, die eine Verletzung individueller Rechte geltend machen, zweitens auf die Eigeninteressen der Plattformen und drittens auf wirtschaftliche, politische und gesellschaftliche Interessen Dritter, die Druck auf die Plattformen ausüben, um bestimmte Meinungen und Diskussionen zu unterdrücken.

1. Einschränkung der Meinungsfreiheit durch staatliche oder private Löschungsansprüche

Im Fokus der öffentlichen Diskussion stehen insbesondere Löschungsansprüche, die Inhaber von Persönlichkeits-, Urheber- und sonstigen entgegenstehenden Rechten gegen die Plattformen geltend machen.

a) Private als Richter der Meinungsfreiheit?

Kritik auf sich gezogen hat vor allem das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)¹², weil es große soziale Netzwerke verpflichtet, gegen rechtsverletzende Beiträge auf ihren Plattformen vorzugehen.¹³ Kritiker sehen in dem Gesetz eine unverhältnismäßige Einschränkung der Meinungsfreiheit.¹⁴

Eine freiheitlich demokratische Ordnung muss der Meinungs- und Informationsfreiheit jedoch Grenzen setzen, um legitime entgegenstehende Interessen wie Persönlichkeitsrechte und Rechte des geistigen Eigentums zu

⁹ Zur Demokratie und Teilhabe in der digitalen Zeit etwa *Buchholtz* DÖV 2017, 1009 ff. mwN.

¹⁰ Dazu etwa *Drexl* ZUM 2017, 529 ff.; *Paal/Hennemann* JZ 2017, 641 ff.

¹¹ YouTube: bit.ly/2J59Zmc; Facebook: bit.ly/2HuWSec; Google: bit.ly/2F8KQoB.

¹² Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 1.9.2017 (BGBl. I S. 3352).

¹³ Vgl. die Übersicht bei *Liesching* MMR 2018, 26-26 mwN.

¹⁴ Vgl. etwa *Wimmers/Heymann* AfP 2017, 94, 98 f. (zum RefE); *Guggenberger* NJW 2017, 2577, 2581; *Gersdorf* MMR 2017, 439, 446 f. Vorsichtiger *Papier* NJW 2017, 3025, 3030.

schützen.¹⁵ Diese Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen wiederum in deren Lichte ausgelegt werden.¹⁶ Wenn allerdings eine Meinungsäußerung oder eine sonstige Veröffentlichung diese weit gesteckten Grenzen überschreitet, stehen dem Betroffenen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu.

Der beschriebene Interessenkonflikt tritt im Internetzeitalter typischerweise in drei-poligen Verhältnissen auf: Sie bestehen aus dem *Äußernden*, der eine Meinung oder einen sonstigen Beitrag verbreiten möchte, einem *Intermediär*, der die technische Verbreitung des Beitrags an die Öffentlichkeit ermöglicht oder fördert, und dem *Dritten*, dessen Interessen und Rechte durch den Beitrag betroffen sind. Weil die Äußernden für den Betroffenen oft nur schwer greifbar sind, konzentriert sich die Verteidigung von Rechten auf die Intermediäre.

Es ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass jeder, der einen kausalen Beitrag zu einer Rechtsverletzung leistet, diese Unterstützung spätestens dann beenden muss, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung hat und er sich nicht auf übergeordnete Interessen berufen kann.¹⁷ Diese Störerhaftung ist einer der Eckpfeiler unserer Privatrechtsordnung. Sie betrifft analoge wie digitale Sachverhalte gleichermaßen und ist keine Besonderheit des Internets, auch wenn sie dort besondere Bedeutung hat.¹⁸

Bei der Kritik am NetzDG wurde oft der Eindruck erweckt, das Gesetz schaffe überhaupt erst eine Lösungsverpflichtung von sozialen Netzwerken. Tatsächlich konkretisiert es, jedenfalls soweit private Interessen betroffen sind, in erster Linie die ohnehin bestehende zivilrechtliche Störerhaftung, indem es insbesondere Vorgaben für die Reaktionszeit sozialer Netzwerke macht.¹⁹ Eine solche Konkretisierung ist maßgebliche Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der mit dem Gesetz jedenfalls in organisatorischer und zeitlicher Hinsicht Maßstäbe gesetzt hat.²⁰ Die Alternative ist, dass Gerichte in Einzelfallentscheidungen die allgemeinen Anforderungen der Störerhaftung konkretisieren, was Jahre, wenn nicht sogar Jahrzehnte dauern kann.

¹⁵ Vgl. etwa *BVerfGE* 7, 198, 210 – Lüth; 75, 369, 379 ff. – Strauß-Karikatur.

¹⁶ Vgl. nur *BVerfGE* 7, 198, 208 f. – Lüth.

¹⁷ Vgl. zur Haftung für Internetintermediäre nach Kenntnis etwa Art. 13 I lit. e, 14 I lit. b E-Commerce-RL 2000/31/EG.

¹⁸ Dazu *F. Hofmann* JuS 2017, 713 ff.

¹⁹ *Peifer* AfP 2018, 14, 17 f.; *Eifert* NJW 2017, 1450, 1451; *F. Hofmann* Editorial WRP 2017/1; *Paal/Hennemann* JZ 2017, 641, 651.

²⁰ Problematisch ist jedoch, ob diese Konkretisierungskompetenz dem deutschen Gesetzgeber (str., ob sie dem Bund oder den Ländern zusteht, *Gersdorf* MMR 2017, 439, 440 ff.) oder allein dem Unionsgesetzgeber zukommt, vgl. *Spindler* ZUM 2017, 473, 479 f. mwN. Zudem ist Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL fraglich, *Spindler* ZUM 2017, 473, 477 f.; *Peifer* AfP 2018, 14, 22.

Dem NetzDG wird des Weiteren entgegengehalten, der Staat verlagere mit ihm hoheitliche Aufgaben auf Private und mache soziale Netzwerke zu „Richtern“²¹ oder „Hilfspolizisten“²² über die Meinungsfreiheit.²³ Private Akteure müssen von ihnen erkannte, insbesondere offensichtliche Rechtsverstöße jedoch nicht erst dann abstellen, wenn ein Gericht dies anordnet. In einem Rechtsstaat steht Gerichten zwar die *letztverbindliche* Entscheidung über die Rechtmäßig- oder Rechtswidrigkeit eines Verhaltens zu.²⁴ Dies entbindet aber die privaten Akteure nicht von der Pflicht, ihr Verhalten bereits vor einer abschließenden Gerichtsentscheidung zu überprüfen und im Sinne einer *Erstentscheidung* am geltenden Recht auszurichten.²⁵ Dabei können private Akteure die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens falsch einschätzen. Deswegen ist es wichtig, dass ihre Entscheidung von staatlichen Gerichten überprüft und – wie bereits betont – letztverbindlich entschieden werden kann. Wer in dieser bewährten Aufgabenteilung eine Abwälzung von Aufgaben des Staates auf Private sieht,²⁶ scheint damit private Akteure, hier also die Intermediäre, von der Verantwortung für ihr Tun freisprechen zu wollen.²⁷

b) Strukturelle Benachteiligung der Meinungsfreiheit

Allerdings muss der Staat bei diesem privat gesteuerten Interessenausgleich in prozeduraler Hinsicht zwei Aspekte sicherstellen: Zum einen dürfen einzelne Interessen nicht strukturell benachteiligt werden, zum anderen müssen alle Akteure staatliche Gerichte anrufen und eine demokratisch legitimierte, letztverbindliche Entscheidung des Konflikts herbeiführen können.

In der momentanen, oft etwas aufgeregten Diskussion über die Bedrohung der Meinungsfreiheit wird vergessen, dass die Durchsetzung von Urheber-, Persönlichkeits- und sonstigen entgegenstehenden Rechten ebenfalls strukturelle Defizite aufweist, weil die Akteure im Internet oft anonym [963] handeln und generell schwer greifbar sind. Dem Staat kommt auch hinsichtlich dieser Rechte eine Schutzpflicht zu.²⁸ Deswegen stand in den letzten Jahren vor allem die Rechtsdurchsetzung des betroffenen Dritten im Vordergrund. Dies hat zu einer ausdifferenzierten Störerhaftung geführt. Auch das NetzDG trägt dazu bei, dass die Drittbetroffenen ihre

²¹ Vgl. Spindler ZUM 2017, 473, 487.

²² Guggenberger ZRP 2017, 98, 100.

²³ Wimmers/Heymann AfP 2017, 94, 97 f.; Guggenberger NJW 2017, 2577, 2582.

²⁴ Eifert NJW 2017, 1450, 1451; Lauber-Rönsberg Aptum 13 (2017), 100, 112.

²⁵ Für eine Übertragung der Erstentscheidungskompetenz auf „Cyber-Courts“ als Schiedsstellen Ladeur/Gostomzyk NJW 2012, 710, 714 f. Vgl. auch die Vorschläge bei Specht/Eickhoff CR 2016, 740, 745; Pille (Fn. 1), S. 388 f.

²⁶ Etwa Wimmers/Heymann AfP 2017, 94, 97 f.; Guggenberger NJW 2017, 2577, 2582.

²⁷ Vgl. Eifert NJW 2017, 1450, 1451.

²⁸ Vgl. di Fabio, Urheberrecht und Kunstfreiheit unter digitalen Verwertungsbedingungen, 2018, S. 49 f., 91 f. mwN.

Rechte nun effektiver durchsetzen können, als dies zu Beginn des Internetzeitalters der Fall war. Die schon sprichwörtlichen rechtsfreien Räume sind kleiner geworden.²⁹

Allerdings hat die effektivere Rechtsdurchsetzung Nebenwirkungen. Denn es geraten nahezu zwangsläufig solche Meinungsäußerungen unter Druck, die sich an der Grenze, aber immer noch im Bereich des Erlaubten bewegen. Die Geltendmachung eines Rechts erzeugt nicht nur Aufwand beim Rechteinhaber, sondern auch bei demjenigen, gegen den das (vermeintlich) bestehende Recht durchgesetzt wird. Scheut letzterer den zeitlichen und finanziellen Aufwand bzw. das Einschätzungsrisiko der Rechtsverteidigung, besteht die Gefahr, dass aggressiv geltend gemachte Rechte über ihren von der Rechtsordnung zugestandenen Schutzbereich hinaus wirken. Solche „Phantomrechte“ bedrohen die Freiheit Dritter.³⁰

Ein *Over-Enforcement* in diesem Sinn ist ein unerwünschtes, aber nicht immer verhinderbares Phänomen der Rechtsdurchsetzung. Zudem überlässt die Rechtsordnung im Regelfall dem Rechteinhaber die Wahl, ob und mit welchem Aufwand er bereit ist, für seine Freiheit einzustehen. Für die Meinungsfreiheit wichtig ist daher, dass der Äußernde die reale Möglichkeit hat, die Rechtmäßigkeit seiner Äußerung zu verteidigen.

aa) Wandel in der Interessenstruktur

Auch in der vor-digitalen Zeit musste die Meinungs- und Kunstfreiheit gegen Angriffe Dritter verteidigt werden – das bezeugt die reichhaltige Rechtsprechung in Pressesachen. In der vor-digitalen Zeit war dies allerdings kein strukturelles Problem, weil es einen Interessengleichklang von Intermediär und Äußernden gab. Verlage und Sender hatten (und haben) eigene Meinungsfreiheit und publizistisches Interesse an der Verbreitung der Äußerungen in Anspruch genommen. Ein Verbot der von ihnen verbreiteten Äußerungen berührte dementsprechend deren eigenen Interessen, so dass sie mit ihren beträchtlichen Ressourcen gegen unberechtigte Verbotsanträge vorgegangen sind.

Im Internetzeitalter besteht ein solcher Interessengleichklang zwischen Äußernden und den neuen Informationsintermediären dagegen nicht mehr. Letztere definieren ihr Eigeninteresse in erster Linie als Plattformen, die Dritten die Verbreitung von Inhalten ermöglichen. Sie identifizieren sich mit diesen Äußerungen nicht und wollen durch die Verbreitung

²⁹ Wobei diese genau genommen nicht rechtsfrei, sondern *rechtsdurchsetzungsfrei* sind.

³⁰ Vgl. zu dem Phänomen bereits *F. Hofmann* GRUR 2018, 21, 22, 25; *ders.* JZ 2018, 746, 751; *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 473 f.; *ders.* ZUM 2017, 353, 354.

fremder Äußerungen nicht unmittelbar eigene Meinungsfreiheit in Anspruch nehmen, sondern als Mittler fremder Meinungen auftreten.³¹ Wenn sie auf Löschung der verbreiteten Inhalte in Anspruch genommen werden, besteht also typischerweise kein Interessengleichklang zwischen dem Äußernden und dem in Anspruch Genommenen.

Die Situation ist eine klassische *Principal-Agent*-Konstellation, bei der die Interessen von *Principal* und *Agent* nicht deckungsgleich sind. Die Rechtsverteidigung verursacht dem Agenten Kosten. Ein einzelner Inhalt hat für die Plattformen jedoch keinen nennenswerten wirtschaftlichen Wert.³² So entsteht ein Anreiz zu opportunistischem Verhalten, also zur Minimierung der eigenen Kosten auch solche Beiträge zu löschen, bei denen sich die Meinungsfreiheit gegen die entgegenstehenden Rechte durchsetzen müsste.³³ Das Eigeninteresse der Plattformen ist erst betroffen, wenn die Lösungsbegehren ein so massives Ausmaß annehmen, dass sie die Funktion der Plattform beeinträchtigen oder die Nutzer deswegen in signifikantem Ausmaß die Plattform verlassen.

Diesen Plattformwechsel erschwert aber typischerweise der Lock-in-Effekt.³⁴ Weil nur soziale Netzwerke mit vielen Teilnehmern attraktiv sind, lohnt ein solcher Wechsel nur zu etablierten Netzwerken oder, wenn viele andere Nutzer mitwechseln. Letzterem stehen der hohe Aufwand, die fehlende Datenportabilität sowie die zumindest subjektiv so wahrgenommene geringe Attraktivität eines neuen Netzwerks entgegen.

bb) Individuelle Ansprüche auf Äußerung als Gegengewicht

Dieses strukturelle Ungleichgewicht zwischen der Meinungsfreiheit und den entgegenstehenden, freiheitseinschränkenden Rechten Dritter kann daher nur beseitigt werden, wenn den Äußernden ein eigener Anspruch gegen die Plattform zugesprochen wird, der dem Lösungsanspruch entgegengehalten werden kann.

Auch wenn es Mühe bereitet, einen solchen individuellen Anspruch durchzusetzen, ist er ein wichtiger Baustein zur Stärkung der Meinungsfreiheit. Gerade wenn Meinungsäußerungen in politischen, künstlerischen oder gesellschaftlichen Diskursen unterdrückt werden, ist das Eigeninteresse der Akteure oft so stark, dass mit einer Durchsetzung dieser Ansprüche zu rechnen ist.³⁵ So hat etwa *Max Schrems* in seinen datenschutzrechtlichen Verfahren gegen Facebook bewiesen, dass auch individuelle Ansprüche

³¹ Drexl ZUM 2017, 529, 536; Pille (Fn. 1), S. 377 f.

³² Nolte ZUM 2017, 552, 556.

³³ Vgl. Papier NJW 2017, 3025, 3030; Wimmers/Heymann AfP 2017, 94, 98 f.; Guggenberger NJW 2017, 2577; Liesching MMR 2018, 26, 27.

³⁴ Dazu etwa Monopolkommission (Fn. 3), Tz. K36 f., 36 ff., 49; Stalder, Kultur der Digitalität, 2016, S. 232; Pille (Fn. 1), S. 339 ff. mwN.

³⁵ AA Nolte ZUM 2017, 552, 559; Guggenberger ZRP 2017, 98, 100.

ein wirkungsvolles Instrument sein können, wenn das Eigeninteresse groß genug ist, um strukturellen Benachteiligungen entgegenzuwirken.³⁶

Decken diese Gerichtsverfahren strukturelle Missstände auf, die durch die individuelle Rechtsverfolgung nicht beseitigt werden können, stehen kollektive Rechtsdurchsetzungsmechanismen zur Verfügung. So verstoßen Unternehmen gegen § 4a Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 4 UWG, wenn sie unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art errichten, mit denen sie Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer an der Ausübung ihrer vertraglichen Rechte³⁷ zu hindern versuchen. Daneben kann die Erhellung eines Rechtsdurchsetzungsdefizits den Gesetzgeber zum Handeln veranlassen, wofür das NetzDG ein gutes Beispiel ist. [964]

2. Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Eigeninteressen der Intermediäre

Bei der momentanen Diskussion über die Meinungsfreiheit im Internet wird wenig beachtet, dass die Plattformen bei der Löschung oder Unterdrückung von Äußerungen auch eigene Interessen verfolgen.³⁸

a) Eigeninteressen der Plattformen

Plattformen können ein Interesse haben, bestimmte Inhalte zu unterdrücken, um ihrem Angebot ein bestimmtes *Image* zu geben bzw. sich an bestimmten Zielgruppen auszurichten. So hat sich Facebook lange Zeit mit natürlicher, künstlerischer oder zeithistorischer Nacktheit schwer getan.³⁹ Es hat Fotos stillender Mütter, von küssenden homosexuellen Paaren, von Kunstwerken oder das pulitzerpreiswürdige Foto „The terror of war“ über den Napalm-Angriff auf Trang Nang gelöscht.⁴⁰ Darüber hinaus wird berichtet, dass Plattformen Seiten löschen, die sich kritisch mit dem Unternehmen auseinandersetzen.⁴¹ Die Liste der Beispiele lässt sich fast beliebig verlängern.⁴²

³⁶ *EuGH* ECLI:EU:C:2018:37 – Schrems/Facebook Ireland; *EuGH* ECLI:EU:C:2015:650 = JZ 2016, 360 – Schrems/Data Protection Commissioner.

³⁷ Dazu unten V.2.

³⁸ So löschte YouTube im ersten Halbjahr 2018 deutlich mehr Beiträge aufgrund seiner Community Richtlinien als wegen des NetzDG, <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>. Ebenfalls kritisch *Eifert* NJW 2017, 1450, 1451; *Peifer* AfP 2018, 14, 19 f.

³⁹ Heute heißt es unter Ziff. 14 der Gemeinschaftsstandards: „Unsere Richtlinien zur Nacktheit sind mit der Zeit nuancierter geworden. Uns ist bewusst, dass Nacktheit aus vielen Gründen geteilt werden kann, u. a. als eine Form von Protest, zur Steigerung des Bewusstseins für eine bestimmte Sache oder aus Bildungs- oder medizinischen Gründen. [...]“, tinyurl.com/yb8zw43n.

⁴⁰ Huffington Post: tinyurl.com/y88l3nqa; Deutsche Welle: tinyurl.com/y7hucoho; Welt.de: tinyurl.com/yaqnxv54.

⁴¹ *Pille* (Fn. 1), S. 316 f.

⁴² Weitere Beispiele (auch zum folgenden Abschnitt) bei *Pille* (Fn. 1), S. 315 ff.

b) Durch Eigeninteressen der Plattformen vermittelte Drittinteressen

Daneben kann die Meinungsfreiheit auch von anderen politischen, wirtschaftlichen und staatlichen Akteuren eingeschränkt werden, die Druck auf die Plattformen ausüben, bestimmte Äußerungen zu unterbinden. Ohne rechtlich fundierte Ansprüche dieser Akteure werden die Plattformen diesem Druck aber nur nachgeben, wenn er ihr wirtschaftliches oder das erwähnte ideelle Interesse betrifft.⁴³

Viel Aufsehen erregt hat die Löschung eines Posts des WDR-Moderators *Jürgen Domian*, der einen kritischen Beitrag über Abtreibungsgegner und den Papst veröffentlicht hatte.⁴⁴ *Domian* machte „fanatische Kirchenanhänger“ für die Löschung verantwortlich, die Druck auf Facebook ausgeübt hätten.⁴⁵

Ein Beispiel für wirtschaftlichen Druck lieferte der *Unilever*-Konzern, der im Februar dieses Jahres seine Drohung öffentlich gemacht hat, künftig auf Werbung bei Facebook und Google verzichten zu wollen, wenn diese ihren Kampf gegen *Fake News* und *Hate Speech* nicht verstärkten.⁴⁶ *Unilever* gibt für Online-Marketing jährlich 2,5 Milliarden US-\$ aus, so dass der Forderung einiges Gewicht zukommt.

Auch staatliche Akteure üben Druck auf die Plattformen aus, „freiwillig“ bestimmte Äußerungen zu unterbinden, um einer weitergehenden Regulierung zu entgehen.⁴⁷ Wenn eine länderbezogene Sperrung technisch zu aufwendig oder gar unmöglich ist, kann dies aus funktionalen Gründen dazu führen, dass diese auch in anderen Staaten unterdrückt werden, obwohl sie dort zulässig sind.

c) Problematische Doppelrolle

Die Plattformen nehmen also eine problematische Doppelrolle ein. Sie inszenieren sich einerseits als neutrale Plattformen, die als unparteiische Mittler die Inhalte ihrer Nutzer bereitstellen. Andererseits unterdrücken sie Inhalte aufgrund von Eigen- oder Drittinteressen. Die Äußernden und deren potentielle Empfänger wissen meist nicht, ob die Unterdrückung der Inhalte auf gesetzlichen Vorgaben, entgegenstehenden Rechten Dritter oder kontingenten Entscheidungen der Plattformen beruhen. Das erschwert ihnen, gegen diese Löschungen rechtlich oder mit Hilfe der öffentlichen Meinung vorzugehen.

⁴³ Hierbei muss insbesondere berücksichtigt werden, dass soziale Netzwerke mehrseitige Plattformen sind und die entgeltfreie Nutzung ihrer Nutzer durch Werbeeinnahmen quersubventionieren, vgl. *Monopolkommission* (Fn. 3), Tz. 39.

⁴⁴ <http://www.sueddeutsche.de/digital/zensur-vorwurfe-domian-akzeptiert-entschuldigung-von-facebook-1.1627989>.

⁴⁵ <https://www.facebook.com/Domian.Juergen/posts/466265690110405>.

⁴⁶ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/werbung-lebensmittelriese-droht-facebook-und-google-mit-werbeboykott-1.3864228>.

⁴⁷ Beispiele bei *Pille* (Fn. 1), S. 320.

Abhilfe kann hier in erster Linie Transparenz schaffen.⁴⁸ Nur wenn die Nutzer wissen, warum ihre Beiträge gelöscht werden, können sie ihre Meinungsfreiheit geltend machen. Darüber hinaus muss man die Plattformen dazu verpflichten, die Bedeutung der freien Meinungsäußerung bei ihren Lösungsentscheidungen zu berücksichtigen und gegenüber dem Druck von Dritten zu verteidigen (dazu unten III. 2. d. und IV.).

III. Stärkung der Meinungsfreiheit durch Anspruch auf Veröffentlichung eines Beitrags

Um die strukturelle Benachteiligung der Meinungsfreiheit bei Informationsintermediären zu beseitigen, muss deren Nutzern ein Anspruch auf Veröffentlichung zustehen (dazu 1.). Dieser Anspruch begrenzt das „virtuelle Hausrecht“ der Plattformen⁴⁹ bzw. deren faktische Ausschlussmöglichkeit. Sie können ihre Lösungsentscheidung aber sachlich rechtfertigen (dazu 2.).

1. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Alle in Deutschland tätigen großen Internetplattformen sind private Unternehmen. Anders als der Staat sind sie nicht unmittelbar durch die Grundrechte⁵⁰ Dritter gebunden und eingeschränkt.⁵¹ Private sind grundsätzlich nicht verpflichtet, Gleiches gleich zu behandeln oder der Meinungsfreiheit Dritter Geltung zu verschaffen. Sie nehmen selbst Grund-[965] rechte in Anspruch.⁵² Deswegen dürfen sie im Grundsatz frei, ja sogar willkürlich entscheiden, mit wem sie einen Vertrag schließen und wie sie diesen ausgestalten.⁵³ Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Gleichbehandlung unter Privaten. Will man die Plattformen zur Achtung der

⁴⁸ *Eifert* NJW 2017, 1450, 1453, der eine über den Einzelfall hinausgehende (öffentlich-rechtliche) Berichtspflicht fordert, um eine Kontrolle der Öffentlichkeit zu ermöglichen; *Peifer* AfP 2018, 14, 20.

⁴⁹ Ob ein solches Hausrecht auf das Eigentum bzw. den Besitz der Server gestützt werden kann oder als eigenständiges Recht anerkannt werden soll, ist umstritten vgl. einerseits *VG München* MMR 2018, 418 Rn. 17; *Maume* MMR 2007, 620; *Elsaß/Labusgal/Tichy* CR 2017, 234, 236; andererseits *Baldus* JZ 2016, 449, 451; *Piras*, *Virtuelles Hausrecht?*, 2016.

⁵⁰ Bei der inhaltlichen Medienregulierung sowie beim Schutz vor Diskriminierungen in Vertragsbeziehungen wegen der politischen Überzeugung existieren keine unionsrechtlichen Vorgaben (vgl. *Lehner* JuS 2013, 410, 412), so dass die Frage des Vertragsschlusses allein am Maßstab der deutschen Grundrechte zu messen sind.

⁵¹ *BVerfG* JZ 2018, 930 Rn. 32 – Stadionverbot mwN; *BGH* NJW 2013, 1519 Rn. 27 – Girokonto; *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 203 ff.

⁵² Juristische Personen mit Sitz außerhalb der EU können sich nicht auf den (individuellen) Schutz ihrer Grundrechte berufen: sie nehmen aber am Schutz der grundrechtsgebundenen Werteordnung teil, *W. Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, *HStR*, Band IX, 3. Aufl., § 196 Rn. 103.

⁵³ Vgl. *BVerfGE* 128, 226, 248 f. – Fraport; JZ 2018, 930 Rn. 40 – Stadionverbot; *BGH* NJW 2012, 1725 Rn. 8 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; NJW 2013, 1519 Rn. 27 – Girokonto; *Bork*, in: *Staudinger*, *BGB*, Neub. 2015, Vor § 145 Rn. 15; *Ruffert*,

Meinungsfreiheit oder zur Gleichbehandlung verpflichtet, so ist das begründungsbedürftig.

a) Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten

Jedoch beeinflussen die Grundrechte auch private Rechtsbeziehungen. Private unterliegen zwar nur den Beschränkungen und Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts. Dieses muss aber in Einklang mit den Wertentscheidungen des Grundgesetzes stehen.⁵⁴ Auf diese Weise strahlen die Grundrechte auf die Rechtsbeziehungen Privater aus. Sie dienen dabei aber nicht der Abwehr staatlicher Eingriffe, sondern dem Ausgleich bürgerlicher Freiheitssphären untereinander.⁵⁵ Darüber hinaus treffen den Staat Schutzpflichten für die Grundrechte seiner Bürger, denen er u.a. durch seine Zivilgerichte nachkommt.⁵⁶ Beides führt zu einer Grundrechtsrelevanz unter Privaten.⁵⁷

Die Nutzer können sich bei ihren aktiven Äußerungen auf die Meinungs- und ggf. auf die Kunstfreiheit und als passive Teilnehmer auf die Informationsfreiheit berufen (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG). Verstärkt werden diese Rechte durch den Gleichheitssatz und das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben⁵⁸, wenn die Nutzer von Leistungen ausgeschlossen werden, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden.⁵⁹ Den Plattformen steht zur Seite u.a. die Vertragsfreiheit als Ausfluss ihrer unternehmerischen Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG),⁶⁰ die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG), weil sie ihre Infrastruktur für die Nutzung zur Verfügung stellt,⁶¹ sowie die eigene Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG).

Die mittelbare Grundrechtsbindung unterliegt keinem binären An-/Aus-, sondern einem graduellen Schema. Die Stärke der Bindung ist situationsabhängig und bemisst sich nach einer Abwägung verschiedener Faktoren, die das Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen „Fraport“ und „Stadionverbot“ in jüngerer Zeit präzisiert hat.⁶² Dabei hat es im Wesentlichen auf vier Faktoren abgestellt: die Unausweichlichkeit einer Situation,

Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 175; Langenfeld, in: *Maunz/Dürig*, GG, 81. EL September 2017, Art. 3 III Rn. 81, 83.

⁵⁴ *BVerfGE* 7, 198, 205 – Lüth; *Canaris AcP* 184 (1984), 201, 210 ff.

⁵⁵ Vgl. *BVerfGE* 128, 226, 249 f. – Fraport.

⁵⁶ *BVerfGE* 103, 89, 100 – Unterhaltsverzichtsvertrag mwN; 128, 226, 249 f. – Fraport.

⁵⁷ *BVerfGE* 128, 226, 249 f. – Fraport; *Canaris AcP* 184 (1984), 201, 225 ff.

⁵⁸ Art. 15 Abs. 1 lit. a des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte Berücksichtigung, BGBl 1976 II S. 428; *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 42 – Stadionverbot.

⁵⁹ *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 41 f. – Stadionverbot.

⁶⁰ Im unternehmerischen Kontext verdrängt sie die allgemeine Handlungsfreiheit als Quelle der Privatautonomie, *BVerfGE* 126, 286, 300 – Honeywell.

⁶¹ Vgl. *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 36 – Stadionverbot.

⁶² *BVerfGE* 128, 226, 249 f. – Fraport; *JZ* 2018, 930 Rn. 30 ff. – Stadionverbot.

das Ungleichgewicht der gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche und grundrechtliche Relevanz der beanspruchten Leistung sowie die soziale Mächtigkeit einer Partei.⁶³ Dazu kommt aus gleichheitsrechtlicher Perspektive die Selbstbindung der beanspruchten Partei, wenn sie ihre Leistung einem großen Publikum im Grundsatz unterschiedslos öffnet.⁶⁴ Als Gegenpol einer solchen Bindung ist zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß die mittelbar gebundene Partei eigene Freiheitsrechte in Anspruch nimmt.

Die mittelbare Drittwirkung kann – im Einzelfall – eine ähnliche oder sogar genauso weitgehende Grundrechtsbindung wie die des Staates bewirken.⁶⁵ Das kann nach dem BVerfG insbesondere zum Schutz der öffentlichen Kommunikation erforderlich sein, wenn private Unternehmen die Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation bereitstellen und dadurch in tatsächlicher Hinsicht Funktionen der Daseinsvorsorge übernehmen.⁶⁶ Trotz ihrer starken Bedeutung für den kommunikativen Prozess kommt den sozialen Netzwerken eine solche staatsgleiche Stellung noch nicht zu. Das Grundgesetz wäre für eine solche Entwicklung aber gewappnet.

b) Einseitige Entscheidungsgewalt aufgrund struktureller Überlegenheit

Unter anderem weil der Staat einseitige Entscheidungsgewalt in Anspruch nimmt, darf er nicht willkürlich entscheiden, sondern muss seine Handlungen am Maßstab der Grundrechte rechtfertigen.⁶⁷ Solange sich private Akteure auf Augenhöhe begegnen und auf Alternativen ausweichen können, gehört es zu den Grundpfeilern unseres Wirtschafts- und Rechtssystems, dass sie ihre Entscheidungen an höchst subjektiven Vorlieben ausrichten dürfen und sich gegenseitig keine Rechenschaft schuldig sind. Das ändert sich jedoch, wenn einer der Beteiligten aus wirtschaftlichen oder sozialen Gründen eine *strukturell* überlegene Position einnimmt.⁶⁸ In diesem Fall darf der Überlegene seine Macht nicht zur willkürlichen Benachteiligung nutzen, sondern muss seine Entscheidung auf sachliche Gründe

⁶³ BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 33 – Stadionverbot.

⁶⁴ BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 41 – Stadionverbot; NJW 2015, 2485 Rn. 5 – Bierdosen-Flashmob; BGHZ 124, 39, 43 – Taschenkontrolle; NJW 2012, 1725 Rn. 22 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; NJW 2006, 1054 Rn. 8 – Frankfurter Flughafen.

⁶⁵ BVerfGE 128, 226, 249 f. – Fraport; NJW 2015, 2485 Rn. 6 – Bierdosen-Flashmob.

⁶⁶ BVerfGE 128, 226, 247 f., 249 f. – Fraport; NJW 2015, 2485 Rn. 6 – Bierdosen-Flashmob.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 128, 22, 248 – Fraport; *Canaris AcP* 184 (1984), 201, 205 f.

⁶⁸ BVerfGE 103, 89, 100 f. – Unterhaltsverzichtsvertrag; 89, 214, 232 – Bürgschaftsverträge; BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 38 – Stadionverbot; BGH NJW 2013, 1519 Rn. 27 – Girokonto; *Jestaedt VVDStRL*, 64 (2005), 298, 339; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 70 f.; *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB, 77. Aufl. 2018, Einf § 145 Rn. 7, 13.

zurückführen können.⁶⁹ Dem Staat kommt dann bei vorhandenen öffentlichen Kommunikationsstrukturen eine Schutzpflicht zu, sie vor unangemessenem wirtschaftlichen Druck zu bewahren.⁷⁰

Facebook gehört zur heutigen digitalen „sozialen Infrastruktur“⁷¹. Dasselbe gilt für die anderen großen sozialen [966] Plattformen wie Twitter oder Instagram. Insbesondere wegen des Lock-in-Effekts und der hohen Wechselkosten kommt ihnen eine ganz erhebliche soziale Machtstellung zu.⁷² Die öffentliche Meinungsbildung findet in vielen sozialen Gruppen auch oder sogar in erster Linie auf diesen Plattformen statt. Wer von ihnen ausgeschlossen wird oder seine Meinung nicht oder nicht in einer bestimmten Weise kundtun darf, kann sich an dem dort stattfindenden gruppeninternen oder öffentlichen Diskurs nicht mehr beteiligen.⁷³ Er kann zwar immer noch an anderen Orten seine Meinung äußern. Diese wird aber, abhängig von Altersgruppe und sozialem Kontext, bei weitem nicht in derselben Form wahrgenommen.⁷⁴ Hinzu kommt der Aspekt der sozialen Isolierung, weil heute viele soziale Gruppen über die Plattformen ihren Kommunikationsfluss abwickeln.⁷⁵ Deswegen ist die von den Plattformen angebotene Leistung nicht ohne Weiteres substituierbar. Sie haben eine strukturell überlegene Position.⁷⁶

c) Eröffnung eines Verkehrs

Die Freiheit zur Willkür verlieren die Plattformen des Weiteren durch die freie Entscheidung, ihre Leistung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person zu öffnen.⁷⁷ Diese Öffnung rechtfertigt die Anwendung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG), der durch die Meinungsfreiheit der Nutzer verstärkt wird.⁷⁸ Wollen die Plattformen nun Einzelne von dieser Leistung

⁶⁹ Vgl. *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 41 – Stadionverbot.

⁷⁰ *Kube*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rn. 83 f.; *di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 64 f., 94. Vgl. auch *BVerfG* 25, 256, 268 – Blinkfüer (zur Pressefreiheit). Dazu auch c)bb).

⁷¹ *Sascha Lobo* Spiegel Online, 11.4.2018, Facebook, die erste vernetzte Gefühlsmaschine.

⁷² Zu den hohen Wechselkosten Monopolkommission (Fn. 3), Tz. 302.

⁷³ Vgl. auch *VG Mainz* MMR 2018, 556 Rn. 145.

⁷⁴ *Pille* (Fn. 1), S. 311 f. mwN. Weil die Kontakte über die verschiedenen Plattformen meist nicht identisch sind, ist die Möglichkeit zur alternativen Nutzung verschiedener sozialer Netzwerke („*multihoming*“) stark eingeschränkt, Monopolkommission (Fn. 3), Tz. 49, 303.

⁷⁵ Vgl. etwa *Stalder* (Fn. 34), S. 139 f.: Kommunikation in sozialen Netzwerken als Etablierung der „eigenen, singulären Identität“ bzw. der „kommunikativ-konstituierte soziale Existenz“; *Pille* (Fn. 1), S. 312 f.

⁷⁶ Vgl. Monopolkommission (Fn. 3), Tz. 302: „ein soziales Netzwerk mit einer großen Nutzerbasis [hat] mehr Spielraum für missbräuchliches Verhalten.“

⁷⁷ Vgl. *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 41 – Stadionverbot; *BGHZ* 124, 39, 43 – Taschenkontrolle; *NJW* 2012, 1725 Rn. 22 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; *NJW* 2006, 1054 Rn. 8 – Frankfurter Flughafen. Kritisch *Mörsdorf* *JZ* 2012, 688, 690; *Wagner*, in: *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 202.

⁷⁸ *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 41 – Stadionverbot, letzteres in Rn. 42 offengelassen. Zudem kann bei einer Diskriminierung aufgrund politischen Anschauungen Art.

ausschließen, müssen sie dies mit einem sachlichen Grund rechtfertigen und dabei die Meinungsfreiheit ihrer Nutzer berücksichtigen. Diese Verpflichtung ist im Wesentlichen durch zwei Gründe gerechtfertigt.

aa) Selbstbindung durch Teilnahme am öffentlichen sozialen Leben

Die Vertragsfreiheit dient der Selbstentfaltung des Einzelnen.⁷⁹ Sie wird aber als *Mittel* zur Gestaltung und Festigung von sozialen Beziehungen eingeräumt, nicht als Selbstzweck.⁸⁰ Sinn des Privatrechts ist nicht, die Freiheit des Einzelnen um jeden Preis zu erhalten, sondern rechtliche Bindungen auf eine freie Entscheidung zurückzuführen.

Indem die Plattformen ihre Leistungen zu gleichen Bedingungen für jeden anbieten, üben sie ihre Vertragsfreiheit in einer bestimmten Weise aus. Sie dokumentieren dadurch nach außen, dass für sie der negativen Vertragsfreiheit, also dem Freisein von Bindungen, kein besonders hoher Stellenwert zukommt.⁸¹

Die Netzwerke nehmen aufgrund dieser freien Entscheidung am sozialen Leben teil. Sie profitieren von der Öffnung ihres Angebots an die Allgemeinheit, weil sie sich dadurch einen großen Kundenkreis sichern, den sie am Werbemarkt monetarisieren können. Auch dieser Vorteil der sozialen Interaktion rechtfertigt es, ihre Handlungsfreiheit durch eine größere Sozialbindung einzuschränken. Wer den öffentlichen Raum mitgestaltet, muss sich in stärkerem Ausmaß an den allgemeinen Wertentscheidungen der Gesellschaft, insbesondere an den Grundrechten, ausrichten als jemand, der weitgehend im Privaten handelt oder (höchst-)persönliche Entscheidungen trifft.

Deswegen schränkt der BGH in ständiger Rechtsprechung die Ausübung des privaten Hausrechts ein, wenn der Eigentümer die „Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet und dadurch seine Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt“.⁸²

3 III GG zu beachten sein, vgl. aaO. Rn. 40 aE. Auch nach *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 77), § 826 Rn. 202 rechtfertigt der Schutz der Kommunikationsfreiheiten eine Einschränkung der Vertragsfreiheit.

⁷⁹ *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 30.

⁸⁰ *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 219. Vgl. auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 63, 103 ff.

⁸¹ Vgl. *BGH NJW 2012, 1725 Rn. 23* – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; *Langenfeld*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 53), Art. 3 III Rn.93 (Vertragsfreiheit „nur marginal betroffen“); *Gurlit NZG 2012, 698, 699*; aA *Mörsdorf JZ 2012, 688, 690*; *Nemeczek Jura 2013, 393, 397*.

⁸² *BGH NJW 2012, 1725 Rn. 22* – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden. Ferner *BGHZ 124, 39, 43* – Taschenkontrolle; *NJW 2006, 1054 Rn. 8* – Frankfurter Flughafen.

bb) Schaffung eines öffentlichen Forums

Einen weiteren wichtigen Aspekt für die Grundrechtsbindung hat das BVerfG in seiner Fraport-Entscheidung herausgearbeitet.⁸³ Wer ein öffentliches Forum eröffnet, muss dort die Kommunikationsfreiheiten achten. Die Meinungsfreiheit ist Voraussetzung sowohl der individuellen Persönlichkeitsentfaltung als auch der freiheitlich demokratischen Ordnung.⁸⁴ Sie ist „die Lebensluft eines freiheitlich-demokratischen Staates“.⁸⁵ Deswegen gewährleistet das Grundgesetz die Möglichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung überall dort, wo ein allgemeiner kommunikativer Raum geschaffen wird.⁸⁶

Das gilt im Grundsatz auch für privat betriebene Foren, weil diese in einer „Kommunikationsraumkonkurrenz“⁸⁷ zu öffentlichen Foren stehen. Die menschliche Zeit und Aufmerksamkeit ist begrenzt. Daher verdrängt die Öffnung eines Forums, auf dem viele Nutzer viel Zeit verbringen, notwendig andere öffentliche Begegnungsstätten.⁸⁸ Die daraus folgende Privatisierung der Kommunikationsräume darf nicht dazu führen, dass gesellschaftliche Konflikte nicht mehr frei ausgetragen und diskutiert werden können.⁸⁹

Soziale Netzwerke eröffnen durch ihre Plattformen solche öffentlichen Begegnungsstätten. Deswegen kommt dem Staat [967] dort eine Schutzpflicht zu, die Voraussetzungen für den freien „Kampf der Meinungen“⁹⁰ auch in dieser privaten Öffentlichkeit zu garantieren und die Räume für die freie öffentliche Kommunikation zu erhalten.⁹¹ Das gilt umso mehr, weil die Nutzer wegen des Lock-in-Effekts nicht ohne Weiteres die Plattform wechseln können. Der Wunsch nach einer „Wohlfühlatmosphäre“

⁸³ BVerfGE 128, 226, 252, 267 f. – Fraport; NJW 2015, 2485 Rn. 5 ff. – Bierdosen-Flashmob.

⁸⁴ BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth; 42, 133, 139 – Wahlwerbung; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 Rn. 109; di Fabio (Fn. 70), S. 60 f. Das gilt im gleichen Maße für die Informationsfreiheit.

⁸⁵ BVerwGE 72, 183, 187.

⁸⁶ BVerfGE 128, 226, 267 f. – Fraport; NJW 2015, 2485 Rn. 5 – Bierdosen-Flashmob. Vgl. auch di Fabio (Fn. 70), S. 64 f.

⁸⁷ Zum Begriff *Schluckebier* (abweichendes Votum), BVerfGE 128, 226, 274 – Fraport.

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 128, 226, 252 f. – Fraport, das nicht von Verdrängung, sondern „Ergänzung“ spricht.

⁸⁹ Vgl. auch BVerfG NJW 2015, 2485 Rn. 9 – Bierdosen-Flashmob.

⁹⁰ BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 25, 256, 268 – Blinkfuer (zur Pressefreiheit); EGMR NJOZ 2011, 1067 Rn. 137 – Dink/Türkei; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 Rn. 109, 112 mwN.

oder „einem vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt“ muss hinter diesem grundlegenden Anliegen einer demokratischen Gesellschaft zurückstehen.⁹²

Niemand ist verpflichtet, ein öffentliches Forum zu errichten. So ist die Entscheidung einer Plattform zu respektieren, sich nur für Kochrezepte, Handarbeiten oder Sportergebnisse zu öffnen. Auch wer wie die klassischen Medien Inhalte redaktionell auswählt und dadurch eigene Meinungs- und Pressefreiheit in Anspruch nimmt, ist nicht verpflichtet, Dritten Raum für deren Meinungsäußerungen einzuräumen.⁹³

Wer aber ein Forum des allgemeinen Austauschs errichtet, muss dort die Kommunikationsfreiheiten respektieren und garantieren. Wer Räume für die Allgemeinheit öffnet – dazu zählen in einer digitalen Gesellschaft auch virtuelle Räume –, muss in diesen Räumen auch die politische Auseinandersetzung, gesellschaftliche Konflikte und unbequeme Meinungsäußerungen zulassen.⁹⁴ Zwischen der Eröffnung eines Forums zur öffentlichen Kommunikation und der Meinungsfreiheit besteht ein unauflösbarer Zusammenhang.⁹⁵ Unterdrücken oder löschen die Betreiber eines solchen Forums willkürlich einzelne Beiträge, setzen sie sich in Widerspruch zu der eigenen, vorbehaltlosen Öffnungsentscheidung.⁹⁶

In einer Gesamtschau rechtfertigt dies, soziale Netzwerke zur Veröffentlichung von Äußerungen ihrer Nutzer zu verpflichten, wenn und soweit sie ein allgemeines Forum eröffnen.⁹⁷

2. Sachliche Rechtfertigung einer Sperr- oder Lösungsentscheidung

Den Nutzern der Plattformen entsteht dadurch aber kein vorbehaltloser Anspruch auf Veröffentlichung. Dem stehen berechnete Interessen der Plattformen sowie Dritter entgegen, die mit dem Gleichbehandlungsgebot und der Meinungsfreiheit abgewogen werden müssen („praktische Konkordanz“).⁹⁸ Je nach Gewicht der betroffenen Belange kann bereits ein sachlich einleuchtender Grund ausreichen. Je bedeutender die Einschrän-

⁹² Vgl. *BVerfGE* 102, 347, 364 – Schockwerbung I; *BVerfGE* 128, 22, 266 – Fraport; *BVerwGE* 72, 183, 187. Zu „Wohlfühlatmosphäre“ vgl. jüngst (im Zusammenhang mit sog. „Safe Spaces“) *Froese* JZ 2018, 480.

⁹³ *BVerfGE* 42, 53, 62; *Bork*, in: *Staudinger* (Fn. 53), Vor § 145 Rn. 25.

⁹⁴ Vgl. *BVerfGE* 128, 226, 253 f., 267 f. – Fraport.

⁹⁵ *BVerfGE* 128, 226, 252, 267 f. – Fraport.

⁹⁶ Vgl. *BVerfGE* 128, 226, 252 – Fraport.

⁹⁷ I.E. ebenso *LG Frankfurt/M* MMR 2018, 545. Zurückhaltender *Peifer* AfP 2018, 14, 20; *D. Holznagel* CR 2018, 369, 371 f.

⁹⁸ Vgl. *BVerfG* JZ 2018, 930 Rn. 45 – Stadionverbot; NJW 2015, 2485 Rn. 6 – Bierdosen-Flashmob; *Wagner*, in: *MüKoBGB* (Fn. 77), § 826 Rn. 203.

kung für die Nutzer und die öffentliche Meinungsbildung ist, desto gewichtiger muss auch die Rechtfertigung sein.⁹⁹ Zur Auflösung dieses Interessenkonflikts kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herangezogen werden.¹⁰⁰ Zunächst ist zu prüfen, ob die Maßnahme der Plattform geeignet ist, das verfolgte Ziel zu erreichen, anschließend, ob die konkrete Maßnahme erforderlich ist oder ob der Plattform weniger belastende Mittel zur Verfügung stehen.¹⁰¹ Schließlich ist zu fragen, ob das von der Plattform verfolgte Ziel außer Verhältnis zur verursachten Einschränkung steht.¹⁰² Das Verbot, ein freizügiges Foto des letzten Badeurlaubs zu posten, ist daher wesentlich einfacher zu rechtfertigen als das eines Posts, bei dem ein Nacktfoto als Form des politischen Protests oder als künstlerisches Ausdrucksmittel eingesetzt wird.¹⁰³ Besteht nach dieser Abwägung ein ausreichender sachlicher Grund, darf die Plattform – je nach Gewicht – entweder eine einzelne Äußerung unterdrücken oder sogar den Zugang zur Plattform verweigern.¹⁰⁴

a) Nach außen erkennbare, rechtlich zulässige Bedingungen

Der Vorwurf einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung entfällt, wenn die Plattform für alle Nutzer nach außen erkennbare, rechtlich zulässige Bedingungen aufstellt.¹⁰⁵ Sie kann etwa eine Registrierung verlangen, Nutzungsbedingungen aufstellen oder den Zugang von einer Vergütung abhängig machen. Diese Bedingungen sind nach den Ausführungen oben unter 1.c)bb) allerdings an der Meinungsfreiheit und an der Grundentscheidung zu messen, ein allgemeines, öffentliches Forum anzubieten. Die Plattformen dürfen sich mit den Nutzungsbedingungen nicht in Widerspruch zu der eigenen Öffnungsentscheidung setzen.¹⁰⁶

b) Entgegenstehende Rechte Dritter

Wenn die Äußerung Rechte Dritter verletzt, dürfen die Plattformen die Veröffentlichung unterdrücken oder löschen. Steht die Rechtsverletzung

⁹⁹ Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 866. Vgl. zur neuen „stufenlosen Formel“ der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen bei Art. 3 GG: *BVerfGE* 129, 49 (Ls. 1); *Britz NJW* 2014, 346 ff.

¹⁰⁰ Vgl. *BVerfGE* 25, 256, 266 f. – Blinkfüer; 35, 202, 221 – Lebach; Grünberger (Fn. 99), 835 ff. mwN. Ausführlich, auch zu den Bedenken der Anwendung des Grundsatzes im Privatrecht *Ruffert* (Fn. 53), S. 99 ff. mwN.

¹⁰¹ Vgl. *BVerfG NJW* 2015, 2485 Rn. 10 – Bierdosen-Flashmob; Grünberger (Fn. 99), S. 837, 867.

¹⁰² Vgl. Grünberger (Fn. 99), S. 837 ff., 867.

¹⁰³ Vgl. auch *BGH NJW* 2012, 1725 Rn. 27 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden. So nun auch Facebook in seinen *Abuse Standards* (Fn. 39).

¹⁰⁴ Vgl. *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 45 – Stadionverbot; *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545 Rn. 12.

¹⁰⁵ Vgl. *BGHZ* 124, 39, 43 – Taschenkontrolle; 165, 62, 70 – Hörfunkrechte mwN; *NJW* 2012, 1725 Rn. 22 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

¹⁰⁶ *BVerfGE* 128, 226, 252 – Fraport.

fest, hat der Gesetzgeber den Interessenkonflikt zwischen Meinungsfreiheit und den entgegenstehenden Rechten entschieden.¹⁰⁷ Allerdings müssen die Plattformen – im Rahmen der ihnen zur Verfügung stehenden Informationen – überprüfen, ob der Dritte den Anspruch zu Recht geltend macht.¹⁰⁸ Besteht der Lösungsanspruch nicht, haben die Plattformen im Grundsatz kein berechtigtes Interesse, diesen durchzusetzen. Etwas anderes gilt nur, wenn sie durch das Löschen des Beitrags eine eigene politische Position beziehen wollen oder erhebliche geschäftliche Interessen betroffen sind (dazu sogleich unter c und d).

c) Inanspruchnahme eigener Meinungsfreiheit

Anders als öffentliche Institutionen dürfen private Unternehmen ihre Plattformen und ihre Kundenbeziehungen an politischen, weltanschaulichen oder sonstigen subjektiven [968] Präferenzen ausrichten.¹⁰⁹ Diese Ausübung von Freiheit ist grundsätzlich ein legitimes Ziel.

Allerdings steht die Inanspruchnahme dieser Freiheiten faktisch einer großen Reichweite entgegen. Deswegen wollen große Plattformen im Regelfall keine eigene Meinungsfreiheit in Anspruch nehmen. Sie können sich dann zwar auch beim Verbreiten fremder Meinungen im Verhältnis zu Dritten und dem Staat auf die Meinungsfreiheit berufen.¹¹⁰ Das gilt aber nicht im Verhältnis zu ihren Nutzern, soweit sie deren Meinungen in erster Linie aus wirtschaftlichen Gründen unterdrücken wollen.¹¹¹ Zudem werden den Plattformen die Äußerungen ihrer Nutzer nicht als eigene zugerechnet, so dass auch ihre negative Meinungsäußerungsfreiheit im Regelfall nicht betroffen ist.¹¹²

Etwas anderes gilt dagegen, wenn sie durch die Unterdrückung bestimmter Äußerungen einen eigenen politischen oder gesellschaftlichen Standpunkt einnehmen möchten. Dann können sie selbstverständlich eigene Meinungsfreiheit in Anspruch nehmen.¹¹³ Aufgrund ihrer Strukturentscheidung, eine grundsätzlich voraussetzungslose Plattform für Mei-

¹⁰⁷ Peifer AfP 2018, 14, 19, wobei die Letztentscheidungskompetenz dafür staatlichen Gerichten zukommt, oben II.1.a).

¹⁰⁸ Vgl. BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 45 f. – Stadionverbot.

¹⁰⁹ BVerfGE 128, 226, 248 f. – Fraport.

¹¹⁰ Vgl. BVerfG NJW-RR 2010, 470 Rn. 58; BGHZ 202, 242 Rn. 28.

¹¹¹ Pille (Fn. 1), S. 178 f., 377 f.

¹¹² Die Pflicht zur Verbreitung fremder Meinungen fällt nur in den Schutzbereich der (negativen) Meinungsfreiheit, wenn der Verpflichteten nicht kenntlich machen darf, dass es sich bei der verbreiteten Meinung nicht um seine eigene handelt, BVerfGE 95, 173, 182 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 Rn. 96.

¹¹³ Vgl. BGH NJW 2012, 1725 Rn. 14 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden; Elsaß/Labusgal/Tichy CR 2017, 234, 237; Pille (Fn. 1), S. 178. Dazu bereits oben II.2.a).

nungsäußerungen zur Verfügung zu stellen, und ihrer strukturellen Überlegenheit ist dies jedoch nur unter einschränkenden Voraussetzungen möglich.¹¹⁴

Als Grundvoraussetzung muss die Plattform den eigenen Standpunkt öffentlich machen. Andernfalls ist die Löschung schon kein geeignetes Mittel, um einen solchen zu demonstrieren. Des Weiteren muss die Aussage für die Plattform erhebliches Gewicht haben. Nur dann ist es gerechtfertigt, dass sie den eigenen Standpunkt mit der Unterdrückung anderer Meinungen untermauert und dabei ihre strukturelle Macht einsetzt, die ihr die voraussetzungslose Zulassung von Äußerungen erst ermöglicht hat. Denn als milderer Mittel steht es der Plattform stets offen, sich von diesen Äußerungen öffentlich zu distanzieren und so ihre Missbilligung zum Ausdruck zu bringen.

d) Funktionale und wirtschaftliche Gründe

Private Unternehmen dürfen ihre Kundenbeziehungen nach der „Logik des Marktes“¹¹⁵ gestalten, solange sie sich im „Korridor legitimer unternehmerischer Motive“¹¹⁶ bewegen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Netzwerke eine störungsfreie Nutzung ihrer Plattform sicherstellen müssen und zudem das wirtschaftliche Risiko ihrer Plattformen tragen.¹¹⁷

aa) Thematischer Zuschnitt

Die Plattformen dürfen den thematischen Zuschnitt sowie das Zielpublikum festlegen. Das sind legitime und von der unternehmerischen Freiheit gedeckte Entscheidungen.¹¹⁸ Wer eine Plattform für Rezepte oder Handarbeiten betreibt, muss dort keine allgemeinen politischen Diskussionen dulden.¹¹⁹ Wenn die Plattform allerdings eine Kommentarfunktion zur Verfügung stellt, muss sie auch zulassen, dass nicht nur der Geschmack des Gerichts kritisiert wird, sondern auch dessen Kaloriengehalt oder die Verwendung tierischer Zutaten. Hier gilt wiederum, dass sich die Plattform an ihrer grundlegenden Strukturentscheidung festhalten lassen muss. Wer

¹¹⁴ Vgl. auch *BVerfG* 25, 256, 264 ff. – Blinkfüer

¹¹⁵ *BVerfGE* 128, 226, 248 f. – Fraport.

¹¹⁶ Zur vergleichbaren kartellrechtlichen Interessenlage, BKartA, Beschluss v. 8.8.2015, Az. B6-126/14 = WuW 2016, 38, Rn. 184; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 5. Aufl. 2012, AEUV, Art. 102 Rn. 163.

¹¹⁷ Vgl. *BVerfG* JZ 2018, 930 Rn. 45 – Stadionverbot; *BGH* NJW 2012, 1725 Rn. 27 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

¹¹⁸ Auch in einer Plattformökonomie haben kleine Plattformen mit einer spezifischen Ausrichtung ihre Berechtigung, da sie auf der einen Seite mit einer homogenen Nutzergruppe die Suchkosten für deren Mitglieder verringern und auf der anderen Seite zielgerichtete Werbung ermöglichen, *Monopolkommission* (Fn. 3), Tz. 47 f.

¹¹⁹ Vgl. *BVerfGE* 128, 22, 252 f. – Fraport. Nach dem *BGH* NJW 2012, 1725 Rn. 27 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden, darf der Betreiber einer Wellness-Oase Gästen den Zutritt verweigern, deren politische Auffassung diesem Konzept abträglich ist. Vgl. auch *Schulz/Dankert* (Fn. 6), S. 71.

ein Forum zur Verfügung stellt, darf nicht nur dessen Vorteile in Anspruch nehmen, sondern muss sich der öffentlichen Beteiligung in all ihren demokratischen Konsequenzen stellen.

bb) Störungsfreier Verlauf

Die Plattformen dürfen Vorkehrungen dafür treffen, dass sie störungsfrei¹²⁰ genutzt werden können und von den Äußerungen ihrer Nutzer keine Gefahren für die Rechtsgüter anderer ausgehen.¹²¹ Dabei dürfen die Plattformen auch berücksichtigen, ob das Verhalten des Nutzers objektiv darauf gerichtet ist, eine sachliche Diskussion zu verhindern und andere Nutzer von eigenen Beiträgen abzuhalten.¹²² Dem BVerfG zufolge ist die „Besorgnis künftiger Störungen“ ausreichend. Sie muss sich aber auf konkrete und nachweisliche Tatsachen von hinreichendem Gewicht stützen lassen.¹²³

cc) Löschung aufgrund von externem Druck

Private Plattformen dürfen als Wirtschaftsunternehmen auf den wirtschaftlichen und politischen Druck ihrer Nutzer, Anteilseigner, Anzeigenkunden, Politikern oder der Öffentlichkeit reagieren.¹²⁴ Allerdings müssen sie auch dann die berechtigten Interessen des Äußernden berücksichtigen. Durch die Öffnung eines öffentlichen Forums kommt ihnen eine Schutzverpflichtung für die Meinungsfreiheit auf ihrer Plattform zu.¹²⁵

Hier bietet es sich an, auf die Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts zur sogenannten *echten Druckkündigung* zurückzugreifen, mit denen es einen vergleichbaren Interessenkonflikt moderiert.¹²⁶ Das BAG begrenzt damit die Kündigungsmöglichkeit eines Arbeitnehmers, dem aus betrieblichen Gründen aufgrund von äußerem Druck gekündigt werden soll, obwohl er sich nichts zuschulden kommen lassen hat. Das lässt sich auf Äußerungen in sozialen Netzwerken übertragen, die [969] sich im zulässigen Bereich der Meinungsfreiheit bewegen. In dem Fall kann einer Plattform im Grundsatz zugemutet werden, sich schützend vor den Äußernden zu stellen.¹²⁷ Sie muss im Rahmen des Zumutbaren aktiv um Verständnis für die

¹²⁰ Wobei die Konfrontation mit unangenehmen Meinungen Dritter keine Störung in diesem Sinn ist, vgl. *BGH NJW* 2012, 1725 Rn. 16 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

¹²¹ *BVerfGE* 128, 226, 267, 268 – Fraport; *JZ* 2018, 930 Rn. 45 – Stadionverbot; *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545 Rn. 13, 35; *Specht/Riemenschneider MMR* 2018, 547.

¹²² *VG München MMR* 2018, 418 Rn. 24; *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545 Rn. 13.

¹²³ *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 45 – Stadionverbot.

¹²⁴ Tendenziell aA für die Diskriminierung aufgrund äußerem Drucks, *Bezzenger AcP* 196 (1996), 395, 419.

¹²⁵ Oben 1.c)bb).

¹²⁶ Dazu etwa *BAG NZA* 2017, 500 Rn. 11 ff. mwN; *Rolfs*, in: BeckOK ArbR, 47. Ed. 1.3.2018, KSchG § 1 Rn. 421 ff. mwN. Ich danke meinem Kollegen Prof. Dr. Raab für die Anregung.

¹²⁷ Vgl. *BAG NZA* 2017, 500 Rn. 11; *NZA* 2017, 116 Rn. 28.

Meinungsfreiheit werben, auch wenn es sich um unbequeme Äußerungen handelt, die der herrschenden öffentlichen Anschauung zuwiderlaufen.¹²⁸ Nur wenn diese Versuche keinen Erfolg haben, ist eine Löschung bzw. Unterdrückung gerechtfertigt. Daran sind aber, wie im Arbeitsrecht, grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. So müssen der Plattform erhebliche wirtschaftliche Schäden drohen und die Löschung muss das einzige in Betracht kommende Mittel sein, um diese Schäden abzuwenden.¹²⁹

dd) Wiederholte Verstöße

Des Weiteren ist es gerechtfertigt, den Account eines Nutzers zu sperren, der wiederholt oder besonders schwerwiegend Persönlichkeits-, Urheber- oder andere Rechte des geistigen Eigentums verletzt und die Plattform Ansprüchen der Rechteinhaber ausgesetzt hat.¹³⁰ „Mögliche rechtliche Risiken“ reichen dafür aber nicht aus. Weil allerdings der Ausschluss von der Plattform erhebliches Gewicht für den einzelnen Betroffenen hat, ist je nach Schwere des Verstoßes ggf. ein abgestuftes Sanktionskonzept erforderlich. Vor einem dauerhaften Ausschluss sind im Regelfall zeitweise Sperrungen auszusprechen und es muss die Möglichkeit geben, sich später um Wiederaufnahme bewerben zu können.¹³¹

Um einen ungewünschten *Chilling*-Effekt zu vermeiden, müssen die Plattformen ferner beachten, ob die Rechtsverletzungen etwa im künstlerischen oder politischen Kontext geschehen und der Äußernde in der berechtigten Annahme handelte, sich zwar an der Grenze des Zulässigen, aber immer noch innerhalb seiner Meinungs- bzw. Kunstfreiheit zu bewegen. Wenn Grenzen nicht mehr ausgetestet werden dürfen, besteht die Gefahr, dass sie sich unerwünscht ausweiten.¹³²

IV. Prozedurale Absicherung des Veröffentlichungsanspruchs

Der Anspruch der Nutzer gegen die Plattform, nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes an der Äußerung auf der Plattform gehindert zu werden, muss auch prozedural abgesichert werden.¹³³ Nur wenn dem Nutzer der Lösungsgrund bzw. der Grund für die Ablehnung mitgeteilt wird, kann er die Rechtfertigung überprüfen und dagegen vorgehen, wenn er sie

¹²⁸ Vgl. auch *EGMR* v. 14.9.2010 = *NJOZ* 2011, 1067 Rn. 137 – Dink/Türkei.

¹²⁹ Vgl. *BAG NZA* 2017, 500 Rn. 11; *NZA* 2017, 116 Rn. 28.

¹³⁰ *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545 Rn. 13; *VG München MMR* 2018, 418 Rn. 24 ff.; *Specht/Riemenschneider MMR* 2018, 547. Vgl. etwa die Facebook-Nutzungsbedingungen 5.5: „Wenn du wiederholt die geistigen Eigentumsrechte anderer verletzt, werden wir gegebenenfalls dein Konto sperren.“

¹³¹ Vgl. *VG Mainz MMR* 2018, 556 Rn. 145; *VG München MMR* 2018, 418 Rn. 28 f.

¹³² Vgl. dazu auch *Fogerty v. Fantasy*, 510 US 517, 527 (1994); *Raue* (Fn. 30), S. 456 ff.

¹³³ Vgl. *BVerfG JZ* 2018, 930 Rn. 46 f. – Stadionverbot. Kritisch zu prozeduralen Pflichten Privater *Ruffert* (Fn. 53), S. 283 ff.

für unzureichend hält. Deswegen steht ihm nach der Stadionverbot-Rechtsprechung des BVerfG ein Auskunftsanspruch gegen die Plattform zu.¹³⁴

Des Weiteren leitet das BVerfG aus der Verfassung einen Anspruch des Betroffenen ab, vor einer solchen Entscheidung angehört zu werden, damit er sich mit den Vorwürfen auseinandersetzen und seine Sichtweise darlegen kann.¹³⁵ Bei eiligen Entscheidungen ist jedoch auch eine nachträgliche Anhörung möglich.¹³⁶

Die innere Rechtfertigung beider prozeduraler Rechte liegt im Grundrechtsschutz durch Verfahren. Ohne solche Verfahrensrechte wäre der von einer Löschung bzw. Ablehnung Betroffene darauf angewiesen, die sachliche Begründung für die Entscheidung des Netzwerks erst in einem eventuellen Gerichtsverfahren zu erfahren. Zudem könnte er auch erst dort seine Sichtweise darlegen. Diese kann gerade bei Meinungsäußerungen wichtig sein, die in die Rechte Dritter eingreifen sollen. Denn ihre Rechtmäßigkeit hängt oft vom Kontext bzw. ihrer Zwecksetzung ab. Der Aufwand und das Kostenrisiko eines Gerichtsverfahrens würden die meisten Betroffenen im Regelfall davon abhalten, ihre Rechte geltend zu machen, selbst in offensichtlichen Fällen.

V. Dogmatische Umsetzung der grundgesetzlichen Vorgaben im Zivilrecht

1. Anspruch auf Vertragsschluss

Jeder Nutzer hat aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte einen Anspruch, zu den üblichen Bedingungen zu einem allgemein zugänglichen Netzwerk zugelassen zu werden, wenn es keinen sachlichen Grund für die Ablehnung gibt.¹³⁷ Diesen Anspruch kann man dogmatisch als einen Unterfall des allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwangs einordnen.¹³⁸ Ein solcher Abschlusszwang wird klassischerweise nur bei einer Monopolstellung oder für lebenswichtige Güter bejaht.¹³⁹ In diesen klassischen Fällen kann der Anbieter dem Vertragsbegehren kaum rechtfertigende Gründe entgegenhalten. Das (oben III.) vorgestellte graduelle System mittelbarer Grundrechtsbindung ist demgegenüber flexibler. Es lässt sich besser als *abgeschwächter Kontrahierungszwang* be-

¹³⁴ BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 46 – Stadionverbot.

¹³⁵ BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 46 f. – Stadionverbot. Insofern muss § 3 Abs. 3 lit. a NetzDG verfassungskonform ausgelegt werden, vgl. auch *Lauber-Rönsberg* Apertum 13 (2017), 100, 113.

¹³⁶ BVerfG JZ 2018, 930 Rn. 47 – Stadionverbot.

¹³⁷ Vgl. auch *LG Bonn* NJW 2000, 961, 962; *Pille* (Fn. 1), S. 370 f.

¹³⁸ Vgl. dazu *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 77), vor § 145 Rn. 21 f. mwN; *Armbrüster*, in: *Erman*, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor § 145 Rn. 29; *Grünberger* (Fn. 99), S. 471.

¹³⁹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, (Fn. 68) Einf § 145 Rn. 10; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 138), Vor § 145 Rn. 29.

schreiben. Wer einen allgemeinen Verkehr öffnet, übt dadurch seine Privatautonomie aus und begibt sich in gewissem Umfang seiner Willkürfreiheit.¹⁴⁰ Ein Abweichen von der Grundentscheidung wird begründungsbedürftig, kann aber durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden.¹⁴¹ Das erforderliche Gewicht der rechtfertigenden Gründe hängt einerseits davon ab, welche Bedeutung die Leistungsverweigerung für den Verpflichteten hat, und andererseits, welche Bedeutung die Leistung für die Grundrechtsentfaltung des Berechtigten hat.¹⁴² Dieses System belässt demnach genügend Raum für die Freiheitsrechte und die Selbstbestimmung des Verpflichteten. [970]

Wenn der Verpflichtete die Ablehnung nicht sachlich begründen kann, entsteht mit dem Vertragsbegehren des Berechtigten ein gesetzliches Schuldverhältnis, das die Netzwerke dazu verpflichtet, ein entsprechendes Vertragsangebot anzunehmen.¹⁴³ Aus dem Kontrahierungszwang folgt auch eine Pflicht zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, unabhängig davon, ob es freiwillig oder aufgrund des Kontrahierungszwangs begründet wurde.¹⁴⁴ Die Plattformen benötigen auch für die Vertragsbeendigung eine sachliche Rechtfertigung. Deswegen ist eine Klausel unwirksam, wonach ein Account jederzeit „aus beliebigem Grund“ gesperrt oder gekündigt werden kann.

2. Anspruch auf Veröffentlichung

Aus dem abgeschlossenen Nutzungsvertrag ergibt sich ein Anspruch des Nutzers, seine Äußerungen in Form eines Posts, Tweets, Videos oder der sonst üblichen Kommunikationsform auf der Plattform zu veröffentlichen.¹⁴⁵ Es handelt sich dabei um eine der Hauptpflichten des Plattformbetreibers.¹⁴⁶ Beschränkungen dieses Rechts bedürfen der sachlichen Rechtfertigung.¹⁴⁷

Klauseln in den Nutzungsbedingungen, nach denen die Nutzung der Dienste „aus beliebigem Grund“ versagt werden kann, benachteiligen die

¹⁴⁰ Oben III.1.c).

¹⁴¹ Vgl. auch *Bork*, in: *Staudinger* (Fn. 53), Vor § 145 Rn. 22.

¹⁴² Dazu oben II.2.

¹⁴³ Vgl. *BGH NJW* 1974, 1903, 1904 – Luft-Taxi (zum gesetzlichen Abschlusszwang); *Bork*, in: *Staudinger* (Fn. 53), Vor § 145 Rn. 29, 31; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 138), Vor § 145 Rn. 31.

¹⁴⁴ *Bork*, in: *Staudinger* (Fn. 53), Vor § 145 Rn. 32; *Busche*, in: *MüKoBGB* (Fn. 77), vor § 145 Rn. 23.

¹⁴⁵ Vgl. *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545 Rn. 8, 11; *F. Hofmann JZ* 2018, 746, 751; *Specht/Riemenschneider MMR* 2018, 547; *Specht*, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB, 5. Aufl. 2018, Plattformnutzungsverträge, Rn. 47; *Lauber-Rönsberg Aptum* 13 (2017), 100, 113; *Maume MMR* 2007, 620, 621.

¹⁴⁶ *D. Holznapel CR* 2018, 369, 370, 371; *F. Hofmann JZ* 2018, 746, 751; aA *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545 Rn. 8, 11; *Specht/Riemenschneider MMR* 2018, 547; *Specht*, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB, 5. Aufl. 2018, Plattformnutzungsverträge, Rn. 47 (Nebenpflicht aus § 241 II BGB).

¹⁴⁷ *LG Frankfurt/M MMR* 2018, 545. Dazu oben III.1.c).

Nutzer unangemessen und sind daher nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.¹⁴⁸ Zum einen gehört es zu den grundlegenden Pflichten der Plattform aus dem Nutzungsvertrag, Inhalte ihrer Nutzer zu veröffentlichen.¹⁴⁹ Von diesen Kardinalpflichten können sie sich nicht in ihren AGB freizeichnen (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Ein den Vertragszweck einschränkendes oder vereitelndes Verbot bedarf der Rechtfertigung durch besonders gewichtige Sachgründe.¹⁵⁰ Zum anderen ergibt sich die unangemessene Benachteiligung auch durch die dargelegte mittelbare Bindung der Plattform an die Grundrechte ihrer Nutzer, insbesondere die Verpflichtung zur Gleichbehandlung und Achtung ihrer Meinungsfreiheit.¹⁵¹

Gestaltet eine Plattform die Nutzung nicht vertraglich aus,¹⁵² so beschränkt die Öffnung eines allgemeinen Verkehrs nach § 242 BGB aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ihre Möglichkeit, einzelne Nutzer ohne sachlichen Grund auszuschließen.¹⁵³

3. Anspruch auf Mitteilung der Lösungsgründe und auf Anhörung

Der Nutzer hat gegen die Plattformen ferner einen Anspruch, vor einer negativen Entscheidung angehört zu werden und anschließend die Gründe mitgeteilt zu bekommen.¹⁵⁴ Etwas anderes gilt in Eilfällen.¹⁵⁵ Die Pflicht zur Mitteilung der Gründe ist eine Nebenleistungspflicht nach § 241 Abs. 1 BGB, die Verpflichtung zur Anhörung ergibt sich aus § 241 Abs. 2 BGB.

Lehnt das Netzwerk bereits den Vertragsschluss ab, folgen die Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis. Unterdrückt oder löscht es eine Äußerung bei einem bestehenden Vertragsverhältnis bzw. sperrt oder kündigt es den Account, ergeben sich die Pflichten aus dem Nutzungsvertrag. Stützt die Plattform die Löschung auf das NetzDG, muss sie die Gründe bereits nach § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG mitteilen. Den Pflichten kann das Netzwerk in Formularform nachkommen.¹⁵⁶ Die Mitteilung muss dem Nutzer aber ermöglichen, gegen die Löschung vorzugehen.

¹⁴⁸ D. Holznapel CR 2018, 369, 373. I.E. ebenso Specht/Riemenschneider MMR 2018, 547 (sittenwidrig).

¹⁴⁹ Vgl. F. Hofmann JZ 2018, 746, 751.

¹⁵⁰ Vgl. BGH NJW 2012, 1725 Rn. 14 – Hausverbot für NPD-Vorsitzenden.

¹⁵¹ Oben III.

¹⁵² Ein solcher Nutzungsvertrag kann aber konkludent geschlossen werden, Faust, Gutachten 71. DJT, 2016, A62 ff.

¹⁵³ LG Bonn NJW 2000, 961, 962; Maume MMR 2007, 620, 624 f.; Pille (Fn. 1), S. 372 f.

¹⁵⁴ Specht/Riemenschneider MMR 2018, 547, 548.

¹⁵⁵ Oben IV.

¹⁵⁶ BT-Drs. 18/12356, S. 23: für „soziale Netzwerke übliche Multiple-Choice-Begründungsform“ (zu § 3 II Nr. 5 NetzDG).

VI. Zusammenfassung

Zwischen dem Äußernden und den sozialen Netzwerken im Internet besteht keine Interessenkongruenz (oben II.). Dadurch wird die Meinungsfreiheit strukturell benachteiligt. Dieser Benachteiligung kann zivilrechtlich begegnet werden, indem den Nutzern der Netzwerke individuelle Ansprüche auf Veröffentlichung gegen die Plattform zugesprochen werden.

Diese Ansprüche können im Regelfall aus dem Nutzungsvertrag hergeleitet werden, wenn die Plattform ihre Beziehung zum Nutzer vertraglich ausgestaltet (oben V.2). Die Nutzer haben aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zudem einen Anspruch auf Abschluss eines solchen Vertrags, wenn und soweit eine Plattform strukturell überlegen ist und ohne Ansehen der Person ein allgemeines Forum der Meinungsäußerung und Information schafft (oben III.1., V.1). Insofern besteht ein Kontrahierungszwang der Netzwerke. Die Plattformen können jedoch die Verweigerung und Kündigung eines Accounts sowie die Löschung eines Beitrags sachlich rechtfertigen. Dabei müssen sie die Inanspruchnahme eigener Freiheitsrechte gegen die Meinungsfreiheit ihrer Nutzer abwägen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme geben (oben III.2).