

Digitale Plattformen und Grundrechte – Disruption und Kontinuität aus der Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus

Dr. André Reinelt*

I. Kontextualisierung und Fragestellung

Die hier in den Fokus gerückten digitalen Kommunikationsplattformen haben in den letzten Jahren zentrale Rollen in unterschiedlichen sozialen Bereichen eingenommen: Aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive wurde die Bedeutung der vielfältigen Kommunikationsplattformen wie beispielsweise Facebook, Instagram, X (ehemals Twitter), YouTube (Teil von Alphabet), TikTok, Reddit oder Twitch (Teil von Amazon) dahingehend beschrieben, dass ihre Verbreitung einen neuen – dritten – Strukturwandel der Öffentlichkeit darstellt.¹ Dieser ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass Nutzer*innen nicht mehr lediglich passiv öffentliche Kommunikation „konsumieren“, sondern eine verstärkt aktive Rolle an Kommunikationsinhalten einnehmen.

Solche tiefgreifenden sozialen Veränderungen, die durch digitale Plattformen ausgelöst werden, wecken wenig überraschend auch das Interesse des Rechts allgemein und des Privatrechts im Besonderen: Kommunikationsplattformen standen und stehen seit jeher in der Kritik, da sie nicht nur rechtswidrige Inhalte auf ihrer Plattform löschen, sondern aufgrund ihrer selbst gesetzten Verhaltensregeln auch rechtmäßige Inhalte entfernen und Nutzer*innen ausschließen, die vom Plattformbetreiber nicht erwünscht sind. Im Fokus stand und steht bislang schwerpunktmäßig die Löschung

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent und Habilitand am Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhl für Privatrecht und responsive Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School in Hamburg.

1 M. Eisenegger, Dritter, digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit als Folge der Plattformisierung, in: ders. et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, Wiesbaden 2021, S.17 (17); aus juristischer Sicht T. Vesting, Die Rundfunkfreiheit und die neue Logik der „Content-Curation“ in elektronischen Netzwerken, JZ 2020, 975 (978 f.).

von sogenannter Hassrede, also diffamierende Meinungsäußerungen, die jedoch noch nicht die Schwelle der Strafbarkeit erreichen.²

Auch die Legislative identifizierte digitale Plattformen und ihre jeweiligen Aktionsbereiche als Arenen, die reguliert werden sollten. Im Vordergrund steht nunmehr der Legislativakt der Europäischen Union in Form des Digital Services Act³. Eine maßgebliche Begründung für die Gesetzgebungstätigkeit der Europäischen Union ist, dass (große) digitale Plattformen als wirtschaftlich und sozial mächtige (Privatrechts-)Akteure wahrgenommen werden.⁴ Auch im Privatrechtsdiskurs wird digitalen Plattformen soziale Mächtigkeit zugeschrieben.⁵ Wenn es speziell um Kommunikationsplattformen und die Löschung von nicht-rechtswidrigen Inhalten geht, wird oftmals gleichzeitig über die Frage einer (stärkeren) Grundrechtsbindung aufgrund ihrer gesellschaftlichen Stellung diskutiert.⁶ Das mag auf einen ersten Blick irritieren: Zumindest nach einem klassischen Verständnis des Privatrechts, in dem sich die Privatrechtsakteure als freie Gleiche gegenüberstehen, mit einem formellen Verständnis von Privatautonomie könnte es überraschen, dass so intensiv über die Machtpositionen eines Privatrechtsakteurs und ihre adäquate Beschreibung diskutiert wird. Unter dem traditionellen Dogma einer „nur“ mittelbaren Drittwirkung⁷ von Grundrechten mag man sich ebenfalls über die Begründung einer intensiveren Grundrechtswirkung bzw. -bindung wundern.

Dieser Beitrag beantwortet vor dem Hintergrund des Tagungsthemas „Disruptionen im Privatrecht“ daher die Forschungsfrage, ob es sich bei den beiden – durch das Aufkommen von digitalen Plattformen ausgelöst – Diskurssträngen der sozialen Mächtigkeit von Plattformen sowie der Frage einer daran anknüpfenden (intensiven) Grundrechtsbindung um solche Disruptionen handelt.

Die Forschungsfrage soll aus der Perspektive des Gesellschaftlichen Konstitutionalismus (II.) beantwortet werden. Dabei wird die These aufgestellt, dass es sich – retrospektiv – sowohl beim Diskursstrang der sozialen Mäch-

2 Grundlegend BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20 – *Facebook*.

3 Verordnung (EU) 2022/2065 vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

4 Vgl. ErwGr. 48 zum DSA: „besondere Rolle“; ErwGr. 3 zum DMA: „beträchtliche wirtschaftliche Macht“.

5 Siehe unten III.

6 Siehe unten IV.

7 Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958]; die klassische Perspektive zusammenfassend *F. Michl*, Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2017, 1062.

tigkeit (III.) als auch beim Diskursstrang der intensiveren Grundrechtsbindung (IV.) um bereits bekannte und untersuchte Phänomene in der Privatrechtswissenschaft handelt – es liegt Kontinuität und keine Disruption vor. Disruptives Potential hat jedoch – prospektiv – der Regelungszugriff des Art. 14 Abs. 4 DSA: Er zwingt uns dazu, über konkrete Gewährleistungsgelände der Unionsgrundrechte im Privatrecht nachzudenken – jenseits abstrakter Grundrechtsbindungsfragen (V.).

II. Gesellschaftlicher und digitaler Konstitutionalismus

Da die Frage nach einer Disruption nur relational bewertet und beantwortet werden kann,⁸ nimmt dieser Beitrag die Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus⁹ ein. Dabei handelt es sich um eine wissenschaftlich interdisziplinäre Strömung, insbesondere der Rechts- und Sozialwissenschaften. Sie operiert dabei insbesondere mit der gesellschaftstheoretischen Prämisse der funktionalen Differenzierung: Damit wird die moderne Gesellschaft dahingehend beschrieben, dass sie auf der Makroebene in unterschiedliche, eigenständige soziale Systeme differenziert ist, die jeweils unterschiedliche Funktionen für den Rest der Gesellschaft erfüllen. Wichtige soziale Systeme sind beispielsweise das Recht, die Wirtschaft, die Kunst oder die Öffentlichkeit.

Inhaltlich operiert diese Theorie auf zwei Ebenen: Sie beschreibt zum einen die gesellschaftlichen Prozesse, die zur Ausbildung, Verfestigung und Gefährdung dieser selbstständigen sozialen Systeme führen, insbesondere durch sozial mächtige Privatrechtsakteure. Da die Gesellschaft nicht vor den Grenzen der Nationalstaaten Halt macht, werden besonders transnationale Phänomene betrachtet.

In normativer Hinsicht geht es primär darum, diese gesellschaftlichen Machtkonstellationen derart einzuhegen, dass eine zu starke Beeinflussung der sozialen Systeme durch die jeweils anderen Systeme verhindert wird. Dazu denkt sie die innerhalb von Nationalverfassungen gegenüber dem politischen System etablierten Prinzipien wie Rechtsstaatlichkeit, Demo-

8 H. Greschke et al., Konzeptionelle Grundlagen zur Erforschung von Disruption und Disruptivität, abrufbar unter: https://tu-dresden.de/gsw/ressourcen/dateien/tudisc/TUDiSC_Konzeptpapier.pdf?lang=de.

9 Jüngst konzis A. Golia/G. Teubner, Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates, ICL Journal 2021, 357.

kratienprinzip sowie Grundrechte generalisierend und re-spezifiziert sie auf einzelne soziale Teilsysteme.

Mit dem gesellschaftlichen Konstitutionalismus als Hintergrundtheorie hat sich in den letzten Jahren eine neue Spielart dieses Denkansatzes ausdifferenziert – der digitale Konstitutionalismus. Er greift sowohl die deskriptive als auch die normative Ebene des Ansatzes auf und fragt sich insbesondere, wie konkrete institutionelle Settings in der digitalen Sphäre aussehen können und sollen. Dabei wird besonders die Notwendigkeit von limitativen Regeln identifiziert, die sich gegen die digitale Macht von bestimmten Unternehmen richtet.¹⁰

III. Soziale Mächtigkeit

Der erste Diskursstrang, der sich im Privatrechtsdiskurs identifizieren lässt und eine Disruption verursacht haben könnte, ist die Beschreibung von digitalen (Kommunikations-)Plattformen als mächtige Privatrechtsakteure. Neu und möglicherweise disruptiv kann dabei allgemein der Machttopos im Privatrecht sein und/ oder die spezifische Form der Macht, die Plattformen innehaben und ausüben.

1. Soziale Macht digitaler Plattformen im Privatrechtsdiskurs

Ein wesentlicher Topos, der sich bei der übergeordneten Frage, wie digitale Plattformen reguliert werden können und sollen, stets wiederfindet, ist der Begriff der Macht. Digitalen Plattformen wird eine wirtschaftliche und gesellschaftliche Machtposition zugeschrieben, die einen Regelungsbedarf auslöse.¹¹ Diese Macht zeichne sich u.a. durch die Verwendung von Technik aus: „Die neue Technik eröffnet für die einen neue Handlungsmöglichkeiten und schränkt die Handlungsspielräume von anderen ein.“¹² Digitale Kommunikationsplattformen lösen mehr und mehr klassische Kommunikationswege ab, sodass sie als „mächtige Kommunikationsintermediäre“¹³

10 G. Teubner/A. Golia, Digitalverfassung, JZ 2023, 625 (626).

11 So M. Kettemann et al., Anspruch und Wirklichkeit der Plattformregulierung, ZRP 2021, 138 (138, 141).

12 A. Roßnagel, Technik, Recht und Macht, MMR 2020, 222 (222).

13 J. Buchheim, Rechtfertigungszentrierte Grundrechtslehren, in: D. Müller/ L. Dittrich (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, Berlin 2022, S. 3 (18).

bezeichnet werden, die „in weitem Umfang private Kontrolle über digitale Infrastruktur ausüben“, sodass es zu einer „Ballung sozialer Macht“ komme.¹⁴ Dominanten Plattformen wie Facebook, X oder YouTube wird eine „enorme Macht“ zugeschrieben, darüber zu entscheiden, ob Nutzer*innen Zugang zu diesen demokratisch relevanten Räumen haben und inwieweit sie dort partizipieren können.¹⁵

Digitale Macht zeichne sich hier primär dadurch aus, dass Plattformen ihren jeweiligen Wirkungsbereich gestalten, regeln und regulieren.¹⁶ Dabei verknüpfen Plattformen die bereitgestellten technischen Möglichkeiten der Nutzer*innen auf der Plattform mit der Einrichtung spezifischer Institutionen und Regeln, die die Interaktionen auf der Plattform regulieren: Digitale Plattformen treten als private Gesetzgeber auf.¹⁷ *Hornkohl* hat insbesondere digitale (Kommunikations-)Plattformen im Blick, wenn sie diese mithilfe der politischen Theorie von Unternehmen als „mächtige privatrechtliche Unternehmen als intermediäre Gewalt“ beschreibt.¹⁸

2. Bewertung

Bei diesen Beschreibungen von digitalen Plattformen als sozial mächtige Privatrechtsakteure handelt es sich nicht um kategorisch neue Phänomene des Privatrechts. Vielmehr ist Macht und die Frage der adäquaten rechtlichen Regelung von Macht ein Grundproblem des Rechts.¹⁹ Längere Zeit hat man diese Frage jedoch überwiegend in der Domäne des Öffentlichen Rechts verortet: Als maßgebliche Fragen der Zeit wurde über die Herrschaftsbegründung und -begrenzung der Staatsgewalt von Nationalstaaten gesprochen.²⁰ Diese Fragen sind im Wesentlichen ausdiskutiert. Relevante Machtprobleme stellen sich heute vor allem in privatrechtlichen Kontexten,

14 *Buchheim*, Grundrechtslehren (Fn. 13), S. 4 f.

15 United Nations, A/HRC/41/41, 17.05.2019.

16 *J. Mendelsohn*, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857 (858 – 860).

17 *H. Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1 (3 – 6).

18 *L. Hornkohl*, Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen, in: J. Croon-Gestefeld et al. (Hrsg.), Das Private im Privatrecht, Baden-Baden 2022, 129 (137).

19 *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, Baden-Baden 2011, S. 106 ff.

20 *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt 1994, S. 34.

sodass sich der Machtdiskurs im Recht ebenfalls auf das Privatrecht verlagert.²¹

a) Machtdiskurs innerhalb der Privatrechtswissenschaft

Die Fragen von wirtschaftlicher und sozialer Macht werden seit einiger Zeit auch innerhalb der Privatrechtswissenschaft diskutiert. In Bezug auf wirtschaftliche Machtpositionen haben sich im Wettbewerbsrecht die Begriffe der Marktmacht und des Marktmachtmissbrauchs als dogmatisch feststehende Topoi etabliert.²² Seit der Bürgschaftsentscheidung des BVerfG, die maßgeblich auf die strukturelle Unterlegenheit einer Partei abgestellte,²³ gehören Machtfragen in gewissem Umfang zu einer materiell verstandenen Privatautonomie. Auch die Verbändediskussion der 70er Jahre war stark durch den Machttopos geprägt: Maßgebliche Frage der Zeit war, wie die wahrgenommene Machtposition von Verbänden rechtlich eingehegt werden konnte.²⁴ Im Privatrecht hat sich dogmatisch im Zuge dieser Diskussion der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch als besondere Form des allgemeinen Kontrahierungszwangs ausdifferenziert.²⁵ Begrifflich operieren wir noch heute mit der wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung eines Verbandes als wesentliches Tatbestandsmerkmal des Aufnahmeanspruchs.²⁶ Diese gesellschaftliche Machtposition von (Sport-)Verbänden wurde ebenfalls auf der Ebene des Unionsrechts dogmatisch reflektiert: Im Zuge der Frage der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten wurde u.a. vorgeschlagen, die Verbände wegen ihrer Normsetzungsmöglichkeit als „intermediäre Gewalten“ zu beschreiben.²⁷ Die soziale Machtstellung als Auslöser der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten hat sich nicht durchgesetzt.²⁸ Es

21 T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2013, S. 291.

22 Siehe dazu A. Fuchs, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2 *GWB*, 6. Aufl., München 2020, § 18 Rn. 18 – 29.

23 BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaft* [1993].

24 Überblick dazu bei E.-W. Böckenförde, *Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie*, *Der Staat* 15 (1976), 457.

25 Siehe dazu R. Birk, *Der Aufnahmezwang bei Vereinen und Verbänden*, *JZ* 1972, 343 (343); G. Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen 1978, S. 274 – 277.

26 OLG München, Urt. v. 24.01.2019, 29 U 1781/18 Kart – *Taekwondo*, Rn. 18; BGH NJW-RR 1986, 583 – *Aikido*.

27 T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen 2004, S. 769.

28 Grundlegend EuGH, Urt. v. 06.06.2000, C-281/98 – *Angonese*, Rn. 34 – 36.

überrascht auch nicht, dass sich die Begriffe strukturelles Ungleichgewicht, soziale Macht oder intermediären Gewalten²⁹ auch für die Beschreibung von digitalen Plattformen wiederfinden lassen.³⁰

Jenseits dieser speziellen Felder, in denen die Rechtsdogmatik responsiv auf wirtschaftliche oder soziale Macht reagiert, wird seit einiger Zeit auch auf einer höheren Abstraktionsebene über die Relevanz und den Umgang mit Macht im Privatrecht nachgedacht: Bereits das Tagungsthema der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft aus dem Jahr 2012 stand unter dem Oberthema *Macht im Zivilrecht*³¹ und die diesjährige Tagung der SECOLA stand unter dem Titel „*contract and power*“.³² Der Sammelband „Private Macht“ aus dem Jahr 2016 bildet den aktuellen Forschungsstand innerhalb der deutschen Privatrechtswissenschaft ab und zeigt, dass Macht in einer Vielzahl von Teilrechtsgebieten relevant wird.³³ Auf der Ebene der Rechtstheorie kann dabei Macht als Reflexionsbegriff angesehen werden.³⁴ Renner hat – in Anlehnung an die soziologische Klassifikation von Machtphänomenen – eine Matrix zur Beschreibung und Einordnung von Machtphänomenen für die (Privat-)Rechtswissenschaft vorgeschlagen:³⁵ Macht kann dabei innerhalb von Interaktionen oder in Bezug auf gesellschaftliche Strukturen ausgeübt werden. Weiter kann diese Machtbeziehung jeweils kausal (ich setze X gegenüber Y durch) oder modal (ich kann die Handlungsmöglichkeiten anderer steuern) wirken. Diese vier Begriffe sind gut geeignet, um Machtphänomene auf der Ebene der Rechtstheorie zu beschreiben.

b) Modal-strukturbezogene Machtposition digitaler Kommunikationsplattformen

Macht allgemein ist damit kein neues Phänomen für die und in der Privatrechtswissenschaft. Neu und möglicherweise disruptiv kann dann lediglich die konkrete Machtposition sein, die digitale Plattformen innehaben, und

29 Jüngst L. *Kroemer*, *Drittwirkung der Grundrechte*, Tübingen 2024, S. 89 ff.

30 Beispielsweise bei S. *Knebel*, *Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten*, Baden-Baden 2018, S. 40 – 42; 106 – 109; 282 – 287.

31 M. Hauer et al. (Hrsg.), *Macht im Zivilrecht*, Stuttgart 2013.

32 <https://www.secola.org/contract-and-power-2/>.

33 F. Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2016.

34 M. Renner, *Private Macht zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie*, in: F. Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (506).

35 Renner, *Private Macht* (Fn. 34), S. 511 – 519.

die spezifische Art und Weise, wie diese ausgeübt wird bzw. wie sich diese auf andere Privatrechtsakteur*innen auswirkt.

Legt man die oben genannten Begriffe zur Spezifizierung der Machtposition von Kommunikationsplattformen an, kann diese als modal-strukturbezogene Macht beschrieben werden: Indem Plattformen insbesondere über ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen die relevanten Verhaltensregeln auf der Plattform aufstellen und diese durchsetzen, legen sie die Möglichkeiten fest, innerhalb derer die Nutzer*innen agieren können (modale Komponente). Aus der Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus ist diese Form der Machtausübung keine Neuheit: Insbesondere unter dem Begriff des Globalen Konstitutionalismus werden mächtige, global agierende Privatrechtsakteur*innen beschrieben, die einseitig die relevanten Verhaltensregeln in ihrem Wirkungsbereich festlegen.³⁶ Aus soziologisch differenzierungstheoretischer Perspektive kann auch die strukturelle Komponente dieser modalen Machtposition beschrieben werden:³⁷ Im Zuge gesellschaftlicher Differenzierung hat die Regelsetzung von Nationalstaaten in Form von nationalen Gesetzen an Bedeutung verloren. Innerhalb einzelner sozialer Systeme und Sub-Systeme (z.B. einzelne Wirtschaftsbranchen) besteht jedoch Bedarf an der Setzung von Regeln, um das Verhalten einzelner Akteur*innen innerhalb eines sozialen Systems erwartbar zu machen. Funktional differenzierte, fragmentierte Gesellschaften bilden damit teilsystemspezifisch eigene Regelordnungen aus. Meistens sind es dabei korporative Akteur*innen, also (größere) Organisationen, die diese Regeln von oben nach unten aufstellen.³⁸

Diese Regelsetzungsmacht ist auch Gegenstand der Privatrechtstheorie. Unter dem Begriff der privaten Ordnung³⁹ werden diese Regelsetzungsprozesse einerseits beschrieben, andererseits aber auch darüber nachgedacht, welche Voraussetzungen solche privat geschaffenen Ordnungen erfüllen sollten, um vom Recht als legal bzw. legitim akzeptiert werden zu können und welche rechtlichen Regulierungsmöglichkeiten diesbezüglich bestehen.⁴⁰ Hinsichtlich der Beschreibung solcher privaten Ordnungen halte ich die Begriffe von *Ellickson* für sehr gut geeignet, da er zwischen un-

36 G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, Berlin 2012, S. 72 ff.

37 R. Michaels/N. Jansen, *Private Law Beyond the State?*, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State*, Tübingen 2008, S. 69 (97).

38 Vgl. T. Sagy, *What's So Private about Private Ordering?*, *Law & Society Review* 2011, 923 (931 – 944).

39 G. Bachmann, *Private Ordnung*, Tübingen 2006.

40 Vgl. A. Röthel, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica*, *JZ* 2007, 755 (761 f.).

terschiedlichen Akteuren der Regelsetzung, der Art der Regel sowie unterschiedlichen Formen von Sanktionen differenziert.⁴¹

In normativer Hinsicht werden neben materiellen Anforderungen⁴² im Diskurs vor allem prozedurale Sicherungsmöglichkeiten diskutiert, um die Regelungsunterworfenen vor einer einseitigen Interessenausübung der Regelsetzenden zu schützen.⁴³ Genau vor diesem Hintergrund können die Entscheidungen des BGH im Fall Facebook⁴⁴ – ebenso wie die dem vorangegangene Entscheidung des BVerfG zu Stadionverboten⁴⁵ – gelesen werden: Wenn der BGH aus Art. 3 Abs. 1 GG prozedurale Pflichten in Form der Sachverhaltsaufklärung, Begründung und (vor einer Ausschlussentscheidung) einer vorherigen Anhörung dem Plattformbetreiber auferlegt,⁴⁶ sind dies Gegenrechtspositionen⁴⁷ der Nutzer*innen bei der Durchsetzung der von der Plattform selbst einseitig aufgestellten Verhaltensregeln. In der Terminologie *Ellicksons* kann auch davon gesprochen werden, dass im Regelungsregime der Plattformen zuvor ausreichende Verfahrensanforderungen vor Sanktionsentscheidungen (*procedural rules*)⁴⁸ fehlten. Dieser prozedurale Ansatz findet sich nunmehr auch im DSA wieder.⁴⁹

c) Zwischenfazit

Damit ist die Beschreibung digitaler (Kommunikations-)Plattformen als sozial mächtige Privatrechtsakteure keine Neuheit und somit auch keine Disruption im Privatrechtsdiskurs. Macht ist ein allgegenwärtiges Thema im Privatrecht. Auch die spezielle Form der modal-strukturbezogenen Machtausübung von Plattformen ist der Sache nach nicht neu. Die Phänomene der Regelsetzung und -durchsetzung auf Plattformen können mit dem rechtstheoretischen Begriff der privaten Ordnung eingefangen werden.

41 R. Ellickson, *Order without Law*, Cambridge MA 1991, S. 123 – 136.

42 Beispielsweise *Bachmann*, *Private Ordnung* (Fn. 39), S. 184 f.; 294 – 225.

43 L. Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, *Weilerswist* 2013, S. 221 f.; C. Engler, *Private Regelsetzung*, Berlin 2017, S. 143 – 147; 150 – 181.

44 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20 – *Facebook*.

45 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41, 46.

46 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 80 – 89; dies ordnen M. Hennemann/A. Heldt, *Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke*, ZUM 2021, 891 (890 f.) zutreffend in den Prozeduralisierungsdiskurs ein.

47 Grundlegend C. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, S. 381 – 388.

48 Ellickson, *Order* (Fn. 41), S. 132 – 135.

49 Vgl. unten VI.

Eine Besonderheit von digitalen Kommunikationsplattformen kann jedoch darin erblickt werden, dass hier ein Privatrechtsakteur auftritt, der nicht nur für einen ganz bestimmten, spezialisierten Bereich Regeln aufstellt, wie z.B. Sportverbände für Sportler*innen⁵⁰. Die Aufmerksamkeit, die der Privatrechtsdiskurs der Machtposition digitaler Plattformen zuwendet, kann dadurch erklärt werden, dass es hier nicht um die Einhegung von Macht in eng umgrenzten sozialen, insbesondere wirtschaftlichen, Bereichen geht. Vielmehr regeln Kommunikationsplattformen die Kommunikation allgemein. Die Kommunikationsregeln betreffen umfassend die neue Form der Kommunikation der Öffentlichkeit⁵¹ und anderer sozialer Systeme, soweit die dort relevante Kommunikation auf Plattformen stattfindet. Damit ist nunmehr Kommunikation als Grundlage für Sozialität und deren Regelung durch Privatrechtsakteure Gegenstand der Forschung.

Es müssen jedoch keine grundlegend neuen Begriffe in der Forschung für die Beschreibung und Regulierung von Kommunikationsplattformen gefunden werden. Mit der Klassifizierung unterschiedlicher Machttypen, dem Begriff der privaten Ordnung und den Begriffen der Differenzierungstheorie stehen adäquate Begriffe zur Verfügung, um die private Macht von digitalen Kommunikationsplattformen nicht nur irgendwie zu beschreiben, sondern auch so, dass wir als Jurist*innen damit operieren können.

IV. Grundrechtsbindung

1. Macht und Grundrechte

Wie die Diskussion von Macht im Privatrecht soeben schon angedeutet hat, hängt die Frage der Grundrechtswirkung im Privatrecht häufig untrennbar mit den Diskursen über die Relevanz von sozialer Macht im Privatrecht zusammen: In der Bürgerschaftsentscheidung wurde die vertragliche Inhaltskontrolle aus Art. 2 Abs. 1 GG mit dem strukturellen (Macht-)Ungleichgewicht begründet.⁵² Die identifizierte soziale Macht von Verbänden war einer der Treiber der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grund-

50 Dafür steht exemplarisch der Fall Pechstein, zuletzt BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*.

51 Zum Begriff der Öffentlichkeit *O. Hoffmann/H.-J. Arlt*, Die nächste Öffentlichkeit, Wiesbaden 2015, S. 7 – 34.

52 BVerfGE 89, 214 (232) – *Bürgerschaft* [1993].

rechte.⁵³ Die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten wurde versucht mit dem Tatbestandsmerkmal der „intermediären Gewalten“ zu erfassen.⁵⁴ Die „soziale Mächtigkeit“ war – zumindest im Maßstäbeteil – ein wesentliches Argumentationskriterium im Stadionverbotsbeschluss des BVerfG, das erstmals Art. 3 Abs. 1 GG zur Mediatisierung eines Privatrechtskonfliktes aktivierte.⁵⁵ Dabei ist jedoch festzuhalten, dass sich – bis auf wenige Ausnahmen in der Literatur zur Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG⁵⁶ – der Begriff der (sozialen) Macht nicht als Auslöser für die Privatrechtswirkung von Grundrechten durchgesetzt hat: Der Begriff der Macht ist lediglich – aber immerhin – ein Abwägungstopos innerhalb der Grundrechtsabwägung.⁵⁷

2. Drittwirkungsdebatte reloaded

Der Stadionverbotsbeschluss des BVerfG hat aber jenseits des Machttopos dazu geführt, dass erneut intensiv und grundlegend über die Frage der Privatrechtswirkung von Grundrechten nachgedacht worden ist. Die prozeduralen Anforderungen, die das BVerfG aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitete, erinnerten an klassische Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsrechts,⁵⁸ sodass eine „staatsgleiche Grundrechtsbindung“ Privater postuliert wurde.⁵⁹ Bei den vom Gericht verwendeten Begriffen der sozialen Mächtigkeit⁶⁰ und der erheblichen Bedeutung für die Teilhabe am sozialen Leben⁶¹ wurde schnell vermutet, dass die gewählten Begriffe – zumindest auch – digitale

53 F. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 (407); zum Kontext K. Stern, StaatsR III/1, München 1988, S. 1586 – 1595.

54 Siehe oben III.2.a.

55 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot, Rn. 33.

56 Vor dem Stadionverbotsbeschluss: V. Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 3 Rn. 71; F. Wollenschläger, in: vMKS-GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 62; aufgegriffen von BGH, Urt. 15.01.2013, XI ZR 22/12.

57 Wie hier K. Stern, StaatsR III/1, 1988, S. 1595; I. Hensel/G. Teubner, Matrix Reloaded, KJ 2014, 152 (160).

58 Zu einem darauf aufbauenden Ansatz der Privatrechtswirkung P. Wiater, Verwaltungsverfahren durch Private?, JZ 2020, 379 (384).

59 C. Smets, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (36); Roßnagel, Technik (Fn. 12), 223; Wiater, Verwaltungsverfahren (Fn. 58), 382 – 384.

60 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot, Rn. 33.

61 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot, Rn. 41.

Plattformen adressieren sollten.⁶² Das BVerfG übertrug anschließend selbst die im Stadionverbotsbeschluss entwickelten Maßstäbe auf die Sperrung von Accounts im digitalen Kontext – ließ jedoch die wesentlichen Fragen offen.⁶³ Wie bereits oben dargestellt, war dies die Grundlage für den BGH, der diese Maßstäbe konkret auf die Löschung von *hate speech* auf Facebook anwendete.⁶⁴

Auch die (Privat-)Rechtswissenschaft sah die Notwendigkeit einer dogmatischen Aufarbeitung dieser neuen Dimension der Grundrechtswirkung im Privatrecht. Auch wenn der Stadionverbotsbeschluss der Auslöser war, hat sich der Diskurs hinsichtlich möglicher Anwendungsfelder einer neuen Privatrechtswirkungsdogmatik schwerpunktmäßig auf digitale (Kommunikations-)Plattformen verschoben.⁶⁵ Diskutiert werden begrifflich insbesondere eine (unmittelbare) Grundrechtsbindung⁶⁶ allgemein, eine situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung,⁶⁷ eine gesteigerte Grundrechtsbindung⁶⁸ oder eine intensivere Drittwirkung⁶⁹.

Daher können Kommunikationsplattformen grundsätzlich als Auslöser für einen erneuten Grundsatzdiskurs über das „richtige“ dogmatische Konzept der Privatrechtswirkung der Grundrechte angesehen werden. Aber folgt daraus auch, dass es sich hierbei um eine Disruption handelt?

62 Q. Weinzierl, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWissBlog Nr. 48/2018 v. 24.05.2018, <https://www.juwiss.de/48-2018/>.

63 BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, 1 BvQ 42/19 – III. Weg, Rn. 15.

64 Ausdrückliche Bezugnahme bei BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – Facebook, Rn. 83 f.

65 Deutlich bei M. Seyderhelm, Grundrechtsbindung Privater, Baden-Baden 2021, S. 231 ff.; A. Heldt, Intensivere Drittwirkung, Tübingen 2023, S. 193 ff.; Kroemer, Drittwirkung (Fn. 29), S. 7 ff.

66 S. Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11; Seyderhelm, Grundrechtsbindung (Fn. 65), S. 182 – 230; Kroemer, Drittwirkung (Fn. 29), S. 137 ff.

67 F. Michl, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910; Roßnagel, Technik (Fn. 12), 223; in diese Richtung auch Hornkohl, Politische Theorie (Fn. 18), S. 129.

68 B. Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209.

69 Heldt, Drittwirkung (Fn. 65), insb. S. 81 – 83.

3. Privatrechtswirkung jenseits von Drittwirkung und Grundrechtsbindung

Mich hat dieser Hype bezüglich der grundsätzlichen Fragen der Privatrechtswirkung von Grundrechten überrascht. Vor kurzem untersuchte *Kulick* eingehend die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze zur Horizontalwirkung der Grundrechte und kam zu dem Ergebnis, dass sie – zwar von unterschiedlichen Prämissen und Konstruktionen ausgehend – im Wesentlichen zu äquivalenten Ergebnissen kommen oder kommen können.⁷⁰ *Kumm* bringt es auf den Punkt: „*The practical difference between indirect and direct effect, however, is negligible. It concerns merely the formal construction of the legal issue and has no implications whatsoever for questions relating to substantive outcomes [...]*“⁷¹

Warum also hat der Stadionverbotsbeschluss des BVerfG und die darauf folgende Übertragung der dort entwickelten Grundsätze auf digitale (Kommunikations-)Plattformen dazu geführt, dass erneut ein Streit über die „richtige“ dogmatische Einordnung der jüngeren Entscheidung entbrannt ist? Wurden hier die Grenzen der anerkannten mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte überschritten, sodass tatsächlich eine Disruption hinsichtlich der Grundrechtsdogmatik auszumachen ist?

Das ist meiner Ansicht nach nicht der Fall. Neu ist zwar, dass in den vorgenannten Entscheidungen erstmals der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Privatrechtswirkung herangezogen worden ist.⁷² Eine grundlegende Verschiebung der Privatrechtswirkungsdogmatik der Grundrechte ist damit aber nicht verbunden. Dass sich trotzdem so viele Publikationen der letzten Jahre intensiv mit dieser Frage beschäftigen, liegt meiner Meinung nach an einem zu engen Verständnis der mittelbaren Drittwirkung:

Die klassische Sicht auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte ist dadurch geprägt, dass – in Abgrenzung zu einer unmittelbaren Drittwirkung – zwischen den an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien kein Grundrechtsverhältnis besteht. Ein solches besteht jeweils zum Staat, insbesondere zur Richter*in, die den Grundrechten dadurch Wirkung verleiht,

70 *A. Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Tübingen 2020, S. 153 – 183.

71 *M. Kumm*, Who is afraid of The Total Constitution?, German Law Journal 2006, 341 (352).

72 Siehe dazu ausführlich *A. Reinelt*, Soziale Inklusion, Baden-Baden 2023, S. 352 ff.

indem sie diese – nicht nur innerhalb der Generalklauseln⁷³ – bei der Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts berücksichtigt (sog. Auslegungskonstruktion).⁷⁴ In der Rechtsprechung des BVerfG kann dieser dogmatische Ansatz seit *Lüth*⁷⁵ bis heute gesehen werden.⁷⁶ Alternativ kann dieses Verständnis der mittelbaren Drittwirkung auch durch die normalen Grundrechtsdimensionen – der Abwehr-,⁷⁷ der Schutzpflichtendimension⁷⁸ oder beider⁷⁹ – begründet werden.

Nach beiden dogmatischen Konstruktionen sei somit – und das bleibt manchmal unausgesprochen – das einfache Recht der Anknüpfungspunkt und gleichzeitig die Grenze der Grundrechtswirkung im Privatrecht. Dieses zu enge Verständnis der mittelbaren Drittwirkung ist der Grund, warum manche in der Stadionverbotsentscheidung eine unmittelbare Drittwirkung erblickt haben:⁸⁰ Das Gericht hat nicht nur lediglich einen bereits im einfachen Recht vorhandenen Rechtsbegriff ausgelegt, sondern durch das Erfordernis prozeduraler Anforderungen an den Ausschluss – namentlich eine eigenen Sachverhaltsaufklärung, eine vorherigen Anhörung sowie eine Begründung der Entscheidung – eine eigene, selbstständige Rechtsfolge geschaffen, die die Privatrechtsakteur*in befolgen muss, wenn sie rechtmäßig handeln möchte. *Kulick* bezeichnet dieses Vorgehen als „Auslegungskonstruktion plus“:⁸¹ Zwar bleibt es in einem ersten Schritt bei einer Auslegung des einfachen Rechts. Falls dieses jedoch nicht ausreichende Begriffe bereitstellt, die „grundrechtsmediatisierend“ ausgelegt werden können, leitet das Gericht unmittelbar aus den Grundrechtspositionen bestimmte Rechtsfolgen ab. Das kann man natürlich auf einer Wertungsebene – insbe-

73 St. Rspr. BVerfGE 112, 332 (358); 129, 78 (102); 142, 74 (101); zuletzt BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 76: „insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe“.

74 *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 70), S. 84 ff.; vgl. auch *Michl*, Grundrechte (Fn. 7), 1064.

75 BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958].

76 Vgl. zuletzt die großen Entscheidungen BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 32; BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 76 – 78.

77 *Michl*, Grundrechte (Fn. 7), 1066 f.

78 *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 252 f.

79 C.-W. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999, S. 30 – 79.

80 So insbesondere *A. Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 (904, 910); vgl. dazu auch *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung (Fn. 65), S. 91 f. Fn. 226.

81 *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 70), S. 194 – 201.

sondere aus der Perspektive der Gewaltenteilung oder aus dem Wunsch der Eigenständigkeit des Privatrechts – problematisch oder sogar falsch finden. Es ist jedoch konsequent: Es gibt keine normative Vorgabe, dass die Grundrechtswirkung im Privatrecht *ausschließlich* mediatisierend über konkrete einfachgesetzliche Normen erfolgt. Vielmehr fordern die normenhierarchisch über dem einfachen Recht stehenden Grundrechtspositionen, dass im Falle der Abwesenheit von mediatisierenden Rechtsnormen notfalls Rechtspositionen und anwendbare Rechtssätze – unmittelbar – aus den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten (fort-)entwickelt werden. Das bedeutet nicht, dass die Grundrechtswirkung „am einfachen Recht vorbei“ erfolgt: Soweit einfaches Recht vorhanden ist, erfolgt die Grundrechtswirkung mediatisierend über diese Rechtsnormen.

So lag es in den Fällen des Stadionverbots und Facebook: Die Gerichte sind unter Abwägung der Gewährleistungsgehalte der einzelnen Grundrechte, namentlich Art. 3 Abs.1, 5 Abs.1 GG, 12 Abs.1 sowie 14 Abs.1 GG, zu dem Ergebnis gekommen, dass prozedurale Anforderungen an die Löschungs- bzw. Ausschlussentscheidung notwendig sind, um die Grundrechtspositionen der betroffenen Nutzer*innen zu schützen. Für solche prozeduralen Pflichten gab es jedoch keinen Anknüpfungspunkt im einfachen Recht – die grundrechtliche Gewährleistung fordert dann, dass diese prozeduralen Anforderungen unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet werden. Hieran kann man zwar die konkret abgeleiteten Anforderungen kritisieren und keine, andere, abgeschwächte oder weitergehende prozedurale Anforderungen für einen angemessenen Grundrechtsausgleich bevorzugen. Das ist jedoch eine Kritik an den konkreten Gewährleistungen der Grundrechte, nicht an der Privatrechtswirkung der Grundrechte als solcher.

4. Zwischenfazit

Die Ausführungen zeigen, dass die Frage nach der „richtigen“ grundrechtlichen Bewertung von digitalen Plattformen einen intensiven Diskurs darüber ausgelöst hat, welche dogmatische Konstruktion der Privatrechtswirkungsfrage überzeugend ist. Dies ist jedoch nicht die relevante Frage, um Privatrechtsfälle mithilfe der Grundrechte zu lösen. Entscheidend ist nicht die – sich auf einem hohen Abstraktionsniveau befindliche – Frage der Privatrechtswirkung an sich, sondern die Frage welche grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte ganz konkret im Privatrecht Wirkung entfalten

(sollen). Dafür bietet sich die dogmatische Arbeit mit Grundrechtsdimensionen an.

Vor diesem Hintergrund stellt der Privatrechtsdiskurs um die Privatrechtswirkung von Grundrechten in Fällen, in denen digitale (Kommunikations-)Plattformen beteiligt sind, keine Disruption dar. Bereits in der Vergangenheit waren als mächtig wahrgenommene Privatrechtsakteure – Verbände – Treiber des Diskurses. Aber auch inhaltlich kann kein Bruch ausgemacht werden: Der aktuelle Diskurs greift die alte dogmatische Frage nach der „richtigen“ formalen Konstruktion einer Privatrechtswirkung auf, obwohl dies nicht die Ebene ist, um die heutigen Sachprobleme zu lösen. Die vorgeschlagenen Konzepte der Grundrechtsbindung, der (un)mittelbaren Drittwirkung oder einer intensiveren Grundrechtswirkung stellen weder die bisherige Grundrechtsdogmatik in Frage, noch helfen sie auf der Sachebene. Der Diskurs hat hier an der falschen Stelle angeknüpft: Wenn sich die wesentlichen Fragen auf der Ebene der grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte stellen, dann sollte sich der Diskurs vermehrt auf diese Ebene mit einem etwas geringeren Abstraktionsniveau konzentrieren.

V. Unionsgrundrechte und Digital Services Act

Der Diskurs um die soziale Macht von digitalen (Kommunikations-)Plattformen und der Privatrechtswirkung in den Fällen, an denen sie beteiligt sind, wurde bisher in diesem Beitrag retrospektiv betrachtet. Da in den bisherigen Fällen die nationalen Grundrechte als Maßstäbe relevant wurden, hat sich der Diskurs bislang schwerpunktmäßig auf die Grundrechte des Grundgesetzes fokussiert. Mit Inkrafttreten des Digital Services Act (DSA) haben sich jedoch die wesentlichen Maßstäbe auf die Ebene des Unionsrechts verschoben.

In diesem letzten Teil zeigt der Beitrag aus einer prospektiven Perspektive, dass sich hier in Bezug auf Grundrechtspositionen offene Fragen ergeben. Anhand eines Beispiels – der Löschung von Kunst, die Nacktheit als ästhetisches Kommunikationsmittel wählt – soll demonstriert werden, welches produktive Potential die dogmatische Arbeit an konkreten Grundrechten gegenüber einer lediglich abstrakten Diskussion der Horizontalwirkungsfrage haben kann.⁸² Disruptives Potential erblickt der Beitrag darin,

82 Im europäischen Diskurs bereits vorbildlich G. Frosio/C. Geiger, Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime, European Law

dass durch die ausdrückliche Inkorporierung der Grundrechtsabwägung in Art. 14 Abs. 4 DSA die Horizontalwirkung der (Unions-)Grundrechte endgültig zum Kanon privatrechtswissenschaftlichen Arbeitens werden kann und diese Fragen nicht mehr schwerpunktmäßig der Domäne des Öffentlichen Rechts überlassen werden.

1. Status quo und offene Fragen

Art. 14 Abs. 4 DSA schlägt ein neues Kapitel des Themas der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung auf.⁸³ Mit der Norm wurde eine klare Entscheidung dahingehend getroffen, dass Plattformen im Grundsatz auch solche Inhalte löschen können, die nicht die Schwelle zur Rechtswidrigkeit überschreiten.⁸⁴ Zudem gestaltet der DSA die Rechte der Nutzer*innen primär prozedural aus. Art. 14 Abs. 1 bis 3, 5 und 6 DSA ordnet weitgehende Transparenzpflichten bezüglich AGB an. Art. 17 DSA fordert eine Begründung, wenn Plattformen Moderationsentscheidungen treffen. Nach Art. 20 DSA müssen Online-Plattformen ein nachträgliches Beschwerdeverfahren bereitstellen.

Gleichzeitig wird jedoch nicht komplett auf eine materiell-rechtliche Kontrolle der Content Moderation verzichtet: Art. 14 Abs. 4 DSA ordnet ausdrücklich an, dass Plattformen die Grundrechte der Nutzer*innen berücksichtigen müssen. Bei diesen Grundrechten handelt es sich um die Unionsrechtsgrundrechte:⁸⁵ Wenn mitgliedstaatliche Stellen den DSA anwenden, ist der Anwendungsbereich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eröffnet. Zwar prüfen der EuGH und das BVerfG jeweils nach unterschiedlichen Maßstäben, ob darüber hinaus auch nationale Grundrechte Anwendung

Journal 2023, 31; *J. Quintais et al.*, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, *German Law Journal* 2023, 881.

83 *T. Mast/C. Ollig*, The Lazy Legislature: Incorporating and Horizontalising the Charter of Fundamental Rights through Secondary Union Law, *European Constitutional Review* 2023, 462 (462 f.).

84 *R. Janal*, Impacts of the Digital Services Act on the Facebook “Hate Speech” decision by the German Federal Court of Justice, in: A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Content Regulation in the European Union*, Trier 2023, S. 119 (125 f.).

85 Davon als Selbstverständlichkeit ausgehend *Appelman et al.*, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation, *VerfBlog*, 2021/9/01, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-06/>.

finden.⁸⁶ Da Art. 14 Abs. 4 DSA die Frage der Vereinbarkeit von AGB mit höherrangigem einfachen Recht abschließend regelt, ist nach beiden Ansätzen der Rückgriff auf nationale Grundrechte ausgeschlossen.⁸⁷ Dies gilt nicht nur bei der Ausübung von Moderationsentscheidungen aufgrund der Plattform-AGB,⁸⁸ sondern gegenüber Verbrauchern jedenfalls aufgrund der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (§ 307 Abs. 1 BGB) und gegenüber Unternehmen aufgrund Art. 3 Abs. 1 lit. c P2B-VO⁸⁹ auch für die Aufstellung der Verhaltensregeln als solche.⁹⁰ Damit steht ein ausdrücklicher normativer Anknüpfungspunkt zur Verfügung, um die Grundrechte im Horizontalverhältnis zur Wirkung zu bringen,⁹¹ wobei die Norm aus normhierarchischen Gründen die Horizontalwirkung nicht anordnet, sondern sie voraussetzt.⁹² Diese neue Regelungstechnik ist bemerkenswert: Anstatt selbst eine Abwägung vorzunehmen, referiert die Gesetzgebung auf die EU-Grundrechte, um die Pflichten von Privatrechtsakteur*innen zu adressieren, anstatt diese Rechte selbst zu spezifizieren.⁹³

Eine offene Frage ist in diesem Zusammenhang, ob den Plattformen ein Entscheidungsspielraum bei der Definitionshoheit ihrer jeweiligen Verhaltensregeln zukommt.⁹⁴ Zudem verschiebt sich nunmehr die relevante Wertungsebene auf die Ebene der Unionsgrundrechte. Dort fehlt es jedoch – aufgrund der *case law*-Geprägtheit des EuGH – bis heute an einer gesicher-

86 Siehe dazu *T. Wischmeyer/P. Meißner*, Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte, NJW 2023, 2673 (2674).

87 *Wischmeyer/Meißner*, Horizontalwirkung (Fn. 86), 2674; *B. Raue*, in: F. Hofmann/ B. Raue (Hrsg.), NK-DSA, Baden-Baden 2023, Art. 14 Rn. 89.

88 Zu Plattform-AGB eingehend *D. Wielsch*, Die Ordnungen der Netzwerke, in: M. Eifert/T. Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, Baden-Baden 2018, S. 61 (64 – 71); *M. Hennemann*, Die Kuratierung virtueller Räume durch Verträge, in: B. Köhler/S. Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, Tübingen 2022, S. 15 (22 – 30); *T. Mast*, AGB-Recht als Regulierungsrecht, JZ 2023, 287.

89 Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz vom 22.06.2019.

90 So überzeugend *Janal*, Impacts (Fn. 84), S. 126.

91 *A. Röhling/J. Weil*, Die Grenzen privater Normsetzung durch soziale Netzwerke, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 148 (2023), S. 6 f.

92 So auch *Wischmeyer/Meißner*, Horizontalwirkung (Fn. 86), 2677.

93 *Mast/Ollig*, Lazy Legislature (Fn. 83), 463.

94 Siehe dazu *M. Denga*, Plattformregulierung durch europäische Werte, EuR 2021, 569 (593).

ten Dogmatik der Horizontalwirkung.⁹⁵ Dies kann natürlich als Nachteil gesehen werden, weil nicht auf die bereits zu den nationalen Grundrechten entwickelte Dogmatik zurückgegriffen werden kann. Aus der Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus kann dies aber auch als Vorteil gesehen werden: Die normative Verschiebung führt dazu, dass wir jenseits einer allgemeinen Horizontalwirkungsdogmatik über den konkreten Gehalt einzelner Grundrechte im Privatrecht nachdenken können. Der Beitrag möchte das offene, kreative Potenzial beispielhaft anhand der Löschung von künstlerischen Darstellungen von Nacktheit skizzieren. Auf das Problem eines – nicht ausdrücklich im DSA vorgesehenen – Anhörungserfordernisses kann der Text nicht mehr eingehen.⁹⁶

2. Löschung von Kunst mit Darstellungen von Nacktheit

a) Problemaufriss

Es stellt sich die Frage, ob in manchen Fällen der Löschung von Inhalten aufgrund der Verhaltensregeln einer Plattform neben einem sachlichen Grund auch ein materieller Maßstab berücksichtigt werden muss. Bisher dominiert in der Diskussion die Löschung von *hate speech* den juristischen Diskurs. Dabei kann leicht vergessen werden, dass die Verhaltensregeln der Kommunikationsplattformen eine Vielzahl von Kommunikationsregeln enthalten, die sich nicht auf *hate speech* beziehen. Der Beitrag möchte daher die Aufmerksamkeit auf ein bislang kaum betrachtetes Problemfeld lenken: die Löschung künstlerischer Inhalte von Nacktheit.

Dabei enthalten die Verhaltensregeln der großen, in den USA ansässigen, Plattformen weitgehend übereinstimmende Regelungen zu Darstellungen von Nacktheit und ihrer Verwendung im künstlerischen Kontext: So stellen beispielsweise Facebook und Instagram (Meta) den Grundsatz auf, dass Darstellungen von Nacktheit im Grundsatz nicht gestattet sind. Lediglich ausnahmsweise – wenn z.B. die Darstellungen zu Bildungszwecken oder als Form von Protest verwendet werden – werden Darstellungen realer

95 Vgl. dazu E. Frantziou, The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *European Law Journal* 2015, 657; A. Ciacchi, The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review* 2019, 294.

96 Siehe dazu holzschnittartig einerseits C. Unseld, Effektiver Rechtsschutz jenseits von *effet utile*? – Art. 47 GRCh stärkt den Zugang zum Recht, *EuZW* 2024, 556 (559) und andererseits Raue, in: NK-DSA (Fn. 87), Art. 14 Rn. 87.

Kunstwerke mit nackten Figuren gestattet, wie z.B. Fotos von Gemälden oder Skulpturen.⁹⁷ Speziell in diesem Bereich setzen Plattformen auf die Erkennung durch KI-gestützte Systeme.⁹⁸ Weil beispielsweise Meta mehrere historische Nacktdarstellungen Wiener Museen auf seinen Plattformen löschte, schlossen sich diese zusammen und erstellten 2021 als Zeichen des Protests einen OnlyFans-Account.⁹⁹ Das Projekt Don't Delete Art (DDA) führt auf ihrer Internetseite eine ganze Galerie von gelöschten Inhalten mit näheren Informationen.¹⁰⁰ Der Facebook-Account der Filmwerkstatt Düsseldorf wurde wegen Filmstills gesperrt, auf denen nahezu gänzlich nackte indigene Personen zu sehen waren.¹⁰¹

b) Wertungsebene

Aus der differenzierungstheoretischen Perspektive des gesellschaftlichen Konstitutionalismus bildet die Kunst ein eigenständiges soziales System mit dem Kommunikationscode der Ästhetik.¹⁰² Nacktheit war und ist ein wesentliches Ausdrucksmittel in der Kunst und findet sich sowohl in der klassischen Portraitmalerei als auch im modernen Theater oder der Fotografie.¹⁰³ Durch digitale Kommunikationsplattformen hat sich auch die künstlerische Kommunikation verändert: Zum einen wird analog erzeugte Kunst auch im digitalen Raum beworben. So präsentieren Künstler*innen ihre Werke auf Instagram, TikTok oder Twitch. Zum anderen hat sich auch die Kunstschaftung selbst auf Plattformen verlagert. Plattformen und deren Code wird als künstlerische Arena bespielt.

Beide Aspekte werden durch die restriktiven Nacktheitsregeln eingeschränkt, da die vorgesehenen Ausnahmen in den Verhaltensregeln lediglich klassische Kunstformen – Gemälde und Skulpturen – erfassen. Doch selbst hier ist es in der Vergangenheit zu Löschungen gekommen, wie

97 Facebook-Gemeinschaftsstandards: Nacktheit und sexuelle Handlungen von Erwachsenen.

98 Dazu *Riccio et al.*, *Exposed or Erased: Algorithmic Censorship of Nudity in Art*, CHI'24.

99 <https://onlyfans.com/viennatouristboard>.

100 <https://www.dontdelete.art/gallery>.

101 LG Düsseldorf, Urt. v. 18.04.2024, 14d O 1/23.

102 *N. Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*, Frankfurt 1995.

103 Vgl. *K. Toepfer*, *Nudity and Textuality in Postmodern Performance*, *Performing Arts Journal* 1996, 76; *R. Leppert*, *The Nude*, New York 2007; *P. Meecham/J. Sheldon*, *Modern Art: A Critical Introduction*, 2. Aufl., London 2005, S. 109 ff.

der Fall der Wiener Museen zeigt.¹⁰⁴ „Moderne“ ästhetische Darstellungsformen wie die Photographie oder Filme fallen von vornherein nicht unter die selbst gesetzte Ausnahme. Aus der Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus besteht hier die Gefahr, dass sich das Kunstsystem nicht mehr autonom selbst konstituieren kann. Um das klarzustellen: Alle sozialen Systeme sind den Einflüssen und (Anpassungs-)Zwängen anderer sozialer Systeme als ihre Umwelt ausgesetzt. Es kann daher nicht darum gehen, soziale Systeme – wie hier die Kunst – von allen externen Einflüssen abzuschirmen. Die hier eingenommene Perspektive ermöglicht es uns aber, auf einer normativen Ebene über die noch zulässigen Grenzen zu verhandeln. Konkret ist der Fremdeinfluss durch die Wertevorstellungen der Plattform stark ausgeprägt. Indiz dafür ist, dass sich Akteur*innen innerhalb des Kunstsystems gegen die „Zensur“ von künstlerischen Nacktdarstellungen einsetzen. Was als ästhetisch „zeigbar“ gilt, entscheiden immer weniger die eigentliche Akteur*innen im Kunstsystem, sondern die strukturellen Vorgaben der Plattformen.

c) Dogmatische Re-Konstruktion

Naheliegend ist ein dogmatischer Zugriff über eine Horizontalwirkung von Art. 13 S.1 GRCh, der Kunstfreiheit. Dieses Grundrecht spielte jedoch bislang in der Rechtsprechung des EuGH in Privatrechtsfällen – vom Urheberrecht abgesehen¹⁰⁵ – keine große Bedeutung. Auch in der Literatur finden sich bislang nur allgemeine Ausführungen zur Kunstfreiheit, meistens im Kontext der Meinungsfreiheit.¹⁰⁶ Dies zeigt das enorme dogmatische Konstruktionspotential, den Gewährleistungsgehalt der Kunstfreiheit zu schärfen. Die Maßstäbe des gesellschaftlichen Konstitutionalismus können dabei die Dogmatik anleiten.

104 Vgl. auch zur Ungenauigkeit dieser Facebook-Verhaltensregel *M. Fasel/S. Weerts*, Can Facebook's community standards keep up with legal certainty? Content Moderation governance under the pressure of the Digital Services Act, Policy & Internet 2024, 1 (8).

105 EuGH, Urt. v. 29.07.2019, C-476/17 – *Metall-auf-Metall*, Rn. 34, 72.

106 *Frosio/Geiger*, Fundamental Rights (Fn. 82), 50 – 53.

