

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 291



Lea Katharina Kumkar

Private Ordnung
virtueller Räume

Mohr Siebeck

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (Projekt-
nummer 559278652) sowie des Vereins zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Ver-
gleichenden Wirtschaftsrechts e. V.

ISBN 978-3-16-164837-3 / eISBN 978-3-16-164838-0

DOI 10.1628/ 978-3-16-164838-0

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen National-
bibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2026.

© Lea Katharina Kumkar.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kom-
merziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Ver-
sion des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung
des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum
Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer 2024 von der Technischen Universität München (TUM), School of Social Sciences and Technology als Habilitationsschrift angenommen. Ihre Anfänge reichen zurück in meine Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Medien- und Informationsrecht, Abt. I: Privatrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau; fertig gestellt wurde die Arbeit im Laufe meiner Tätigkeit als Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsfragen der Digitalisierung an der Universität Trier. Das Manuskript befindet sich auf dem Stand Anfang 2024; später erschienene Literatur konnte teilweise noch in den Fußnoten berücksichtigt werden. Die Open-Access-Publikation wurde durch die großzügige Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft sowie des Vereins zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts ermöglicht.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Prof. Dr. Boris P. Paal, der diese Arbeit mit großer Offenheit und dem nötigen kritischen Sachverstand begleitet hat. Seine klugen Anregungen und die stets exzellente Betreuung haben wesentlich dazu beigetragen, die Arbeit in ihrer heutigen Gestalt zu vollenden. Für die fortwährende Unterstützung, die ich nicht nur als Teil seines Freiburger Lehrstuhl-Teams, sondern auch noch weit darüber hinaus erfahren durfte, bin ich unendlich dankbar. Für die Übernahme der Zweitgutachten danke ich Herrn Prof. Dr. Benjamin Raue und Herrn Prof. Dr. Dirk Heckmann, die mit wertvollen Hinweisen zu einer weiteren Schärfung des Manuskripts beigetragen haben.

Besonders verbunden fühle ich mich dem Direktorenkollegium am Institut für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT), namentlich Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Benjamin Raue und Prof. Dr. Thomas Rüfner. Die dort erlebte Arbeitsatmosphäre, die produktiven Diskussionen – nicht selten bei einem gemeinsamen Mittagessen – und der stets offene Austausch haben die Entstehung der Arbeit in entscheidender Weise geprägt. Aus dem Kolleg:innenkreis haben mir weiterhin Prof. Dr. Wiebke Voß, Prof. Dr. Moritz Hennemann und Prof. Dr. Thomas Lobinger wertvolle Anregungen gegeben; dafür sei ihnen herzlich gedankt. Ein ganz persönlicher Dank gilt zudem meinem großartigen Bruder, Prof. Dr. David Roth-Isigkeit, der von der ersten Minute an mit unverrückbarem Vertrauen in meine wissenschaftlichen Fähigkeiten an meiner Seite stand.

Dem Team meiner Juniorprofessur danke ich für die tatkräftige Unterstützung bei der Vorbereitung der Drucklegung. Stellvertretend seien an dieser Stelle Julia Fenzky, Niklas Köny, Tim Hopperdietzel, Till Gouverneur, Felix Ostermann und Silvia Gieg-

befumwen genannt, die durch unermüdlichen Einsatz und umsichtiges Mitdenken dazu beigetragen haben, dass das Manuskript in dieser Form erscheinen konnte.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Familie: meinen Eltern, meinem Ehemann, besten Freund und Unterstützer Dr. Jan-Felix Kumkar sowie unseren wunderbaren Kindern Theodor Anton und Maja Sophie, die mit großer Gelassenheit die familiären Herausforderungen getragen haben, die mit der Erstellung einer so umfassenden Arbeit unvermeidlich verbunden sind. Ihr seid meine größte Freude!

Trier, im September 2025

Lea Katharina Kumkar

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Einleitung.....	3

Erster Teil

Vorüberlegungen

§ 1 Technische Grundlagen, Entwicklungen und Begriffe.....	18
§ 2 Vertragsrechtliche Überformung des Digitalsektors.....	36
§ 3 Zusammenfassung <i>Erster Teil</i>	92

Zweiter Teil

Private Regelsetzung

§ 4 Begriff und Erscheinungsformen.....	96
§ 5 Rechtstheoretische Einordnung.....	100
§ 6 Rezeptionsmechanismen.....	123
§ 7 Legitimation.....	133
§ 8 Zusammenfassung <i>Zweiter Teil</i>	138

Dritter Teil

Regelsetzung durch subjektive Rechte

§ 9 Das subjektive Recht.....	141
§ 10 Theorieansätze zur Regelsetzung durch subjektive Rechte.....	170
§ 11 Grundlagen einer <i>Theorie der bedingten Gestattung</i>	182
§ 12 Anwendungsstudie.....	217
§ 13 Zusammenfassung <i>Dritter Teil</i>	247

Vierter Teil

Private Ordnung im virtuellen Raum

§ 14 Virtuelles Hausrecht?	251
§ 15 Digitalgüter zwischen Körperlichkeit und Immaterialität	272
§ 16 Digitalzugriffe als Schutzbereichseingriff	305
§ 17 Ausübung der Regelsetzung durch bedingte Gestattung	356
§ 18 Inhalt und Grenzen der Regelsetzungsbefugnis	371
§ 19 Zusammenfassung <i>Vierter Teil</i>	418

Fünfter Teil

Anwendbares Recht

§ 20 Anwendbares Recht	421
§ 21 Zusammenfassung <i>Fünfter Teil</i>	450

Sechster Teil

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

Literaturverzeichnis	457
Verzeichnis der Dokumente und Online-Quellen	519
Sach- und Personenregister	521

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Einleitung.....	3
A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit.....	4
I. Rechtsverletzungen Dritter und Anbieterhaftung.....	4
II. Verhaltensregeln als Steuerungsinstrument.....	6
III. Dominanz des Vertragsrechts.....	7
IV. Außervertragliche Regelungsetzung als Untersuchungsgegenstand.....	7
1. Regelsetzung durch Private.....	8
2. Subjektive Rechte und das Instrument der bedingten Gestattung.....	8
3. Private Ordnung virtueller Räume.....	9
4. Eingrenzung der Forschungsfrage.....	10
B. Stand der Forschung.....	11
I. Private Regelungsetzung.....	12
II. Elemente einer Güterzuweisungsordnung.....	12
III. Gestattung (Volenti non fit iniuria).....	13
IV. Privates Hausrecht (analog und virtuell).....	13
V. Außervertragliche private Regelungsetzung im Digitalsektor.....	13
C. Gang der Untersuchung.....	14

Erster Teil

Vorüberlegungen

§ 1 Technische Grundlagen, Entwicklungen und Begriffe.....	18
A. Daten und Digitalisierung.....	18
B. Computer, Hard- und Software.....	19
C. Netzwerke.....	19
I. Entwicklung des Internets.....	20
II. Grundlagen der Netzwerkkommunikation.....	21
1. Architektur von Computernetzwerken.....	21
2. Client-Server-Modell.....	22

D.	Internetdienste und -anwendungen	23
I.	Klassische Webseiten	24
II.	Webanwendungen	25
III.	Mobile Apps	25
E.	Digitale Einrichtungen	26
F.	Virtuelle Räume	27
G.	Dezentralisierung und Internationalität	29
I.	Dezentralisierung	29
1.	Cloud-Computing	30
2.	Arten von Cloud-Diensten	31
3.	Flexibler Ressourceneinsatz	32
4.	Risiken durch Steuerungsverluste	32
II.	Internationalität	33
§ 2	Vertragsrechtliche Überformung des Digitalsektors	36
A.	Kontraktualisierung	36
B.	Vertragsverhältnis	38
I.	Begriff des Schuldverhältnisses	38
1.	Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen	39
2.	Vertragliche Leistungspflicht	40
a)	Haupt- und Nebenpflichten	40
b)	Ein- und zweiseitig verpflichtende Verträge	41
II.	Vertragsschluss und Vertragsbindung	41
1.	Faktische Austauschverhältnisse	43
2.	Rechtsfolgewille	46
a)	Ermittlung durch Auslegung	46
b)	Indizien	47
3.	Rechtsbindung und Gefälligkeit	48
C.	Entwicklungstendenzen im Digitalsektor	50
I.	Vertragsbeziehungen im Digitalsektor	50
1.	Entgeltliche Angebote	51
2.	Unentgeltliche Angebote	52
3.	Exkurs: Finanzierungsmodelle der Digitalökonomie	52
II.	Kontraktualisierung im Bereich der unentgeltlichen Dienste	54
1.	Anfänge	54
2.	Weitere Entwicklung	55
3.	Gesetzliche Neuregelungen zum Bezahlen mit Daten	57
a)	Rechtliche Anerkennung des „Bezahlens mit Daten“	57
aa)	Art. 3 Abs. 1 DI-RL	58
bb)	Nationale Umsetzung	59

b)	Vertragsschluss beim „Bezahlen mit Daten“	61
aa)	Gesetzgeberische Erwägungen zum Vertragsschluss.....	62
bb)	Abgesenkte Hürden für Vertragsschlüsse im virtuellen Raum	62
cc)	Verbraucherschutz als Leitmotiv.....	64
4.	Zwischenergebnis	65
D.	Bewertung	65
I.	Abgrenzung zur Gefälligkeit	65
II.	Leistungsversprechen	67
1.	Vorrang der individuellen Auslegung.....	67
2.	Anbieterseite.....	68
a)	Datenbereitstellung als Leistungspflicht?	69
aa)	Verhältnis zwischen Datenschutz- und Vertragsrecht	69
bb)	Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung.....	70
cc)	Einwilligung des Betroffenen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)	70
(1)	Freiwilligkeit der Einwilligung	71
(2)	Freie Widerruflichkeit der Einwilligung	72
(3)	Zwischenergebnis.....	73
dd)	Berechtigte Interessen eines Verantwortlichen.....	73
b)	Implikationen für den Verpflichtungswillen der Anbieter.....	75
aa)	Ungleichgewicht zwischen Anbieter- und Nutzer- interessen.....	75
bb)	Rückwirkung auf den Bindungswillen der Anbieter	75
3.	Nutzerseite.....	76
a)	Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes	76
b)	Fehlende Anknüpfungspunkte für eine Vertrags- erklärung.....	77
c)	Zwischenbefund zum Rechtsbindungswillen.....	80
4.	Fehlendes vertragsrechtliches Steuerungspotenzial.....	80
III.	Zwischenergebnis	81
E.	Exkurs: Grenzen der „Digitalregulierung durch Vertragsrecht“	82
I.	Plattformnutzungsverträge und AGB-Kontrolle.....	83
1.	Plattformnutzungsvertrag	83
2.	Anwendbarkeit deutschen Rechts.....	85
3.	AGB-Kontrolle.....	85

II. Grenzen der vertragsrechtlichen Kontrollinstrumente	86
1. Referenzmodell für die Klauselkontrolle	86
2. Abgrenzung zur Leistungsbeschreibung	87
3. Facebooks Gemeinschaftsstandards	89
III. Ergebnis	90
§ 3 Zusammenfassung <i>Erster Teil</i>	92

Zweiter Teil

Private Regelsetzung

§ 4 Begriff und Erscheinungsformen	96
A. „Privatheit“ der Regelsetzer	96
B. Erscheinungsformen	97
§ 5 Rechtstheoretische Einordnung	100
A. Norm	100
B. Recht	101
I. Vielfalt der Rechtsbegriffe	102
II. Imperativ – Sanktion – Zwang	105
III. Geltung	107
IV. Anerkennungsprärogative des Staates	108
V. Zusammenfassung	112
C. Rechtsnorm	112
I. Einfachgesetzliche Definitionen	113
II. Theoretischer Diskurs	114
1. Abstrakt-generelle Regelungen	114
2. Heteronome Geltung	116
III. Exkurs: Rechtsnormcharakter privater Regelwerke	117
IV. Keine relevanten Erkenntnisgewinne	120
V. Zusammenfassung	122
D. Regelung	122
§ 6 Rezeptionsmechanismen	123
A. Integration privater Normen in staatliches Recht	124
I. Inkorporation	124
II. Verweisung	125
B. Anerkennung durch staatlichen Geltungsbefehl	127
I. Anerkennung bestimmter Rechtssatzformen	129
II. Anerkennung bestimmter Organisationsformen	129
III. Anerkennung bestimmter subjektiver Rechte	131

§ 7 Legitimation	133
A. Demokratische Legitimation	133
B. Legitimation gegenüber den Normadressaten	134
§ 8 Zusammenfassung <i>Zweiter Teil</i>	138

Dritter Teil

Regelsetzung durch subjektive Rechte

§ 9 Das subjektive Recht	141
A. Begriff, Wesensmerkmale und Klassifizierungen	143
I. Begriff des subjektiven Rechts	143
II. Wesensmerkmale subjektiver Rechte	145
III. Klassifizierungen	147
1. Inhaltsbezogene Klassifizierungen	147
2. Absolute und relative Rechte	149
3. Ausschluss- und Zuweisungsgehalt als Merkmal	150
4. Exkurs: Einflüsse der Imperiventheorie	153
B. Das subjektive Recht als „Rechtebündel“	154
I. Hohfelds Theorie zum Rechtebündel	155
II. Sprachliche Implikationen	157
III. Schutzbereich und Schranken	158
IV. Individuelle Schutzbereichsbestimmung	158
V. Objektbezug	159
C. Güterzuordnung durch subjektive Rechte	160
I. Privatrechtlicher Güterbegriff	161
II. Ökonomische Bedeutung der Güterzuweisung	162
III. Zuweisung und Zuweisungsschutz	163
1. Zuweisungsebene	164
2. Durchsetzungs- und Schutzebene	166
3. Primäre und sekundäre subjektive Rechte	167
IV. Ausschließlichkeitsrechte als alternative Begriffskategorie	167
§ 10 Theorieansätze zur Regelsetzung durch subjektive Rechte	170
A. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (<i>Bucher</i>)	170
I. Subjektive Rechte als Normsetzungsbefugnisse	170
II. Kritik	172
B. Rechtsetzung durch Ausübungsregeln (<i>F. Kirchhof</i>)	174
I. Ausschlussbefugnis und Gestattung	174
II. Ausübungsregeln	175
III. Geeignete subjektive Rechte	176
IV. Kritik	177
1. F. Kirchhofs Normenverständnis	177
2. Ausschlussbefugnis als Grundlage der Regelsetzung?	178

C.	Weiterer Meinungsstand	179
D.	Bedeutung für die weitere Untersuchung	180
§ 11	Grundlagen einer <i>Theorie der bedingten Gestattung</i>	182
A.	Gestattung des Rechtsinhabers	182
I.	Dispositionsbefugnis	183
1.	Inhalt und Begründung	183
2.	Reichweite	184
a)	Rechtsinhaberschaft	185
b)	Immanente Schranken	185
c)	Externe Schranken	187
d)	Ausübungsmodalitäten	187
II.	Die Gestattung und ihre Rechtswirkungen	188
III.	Stufenleiter der Gestattungen	191
IV.	Die Einwilligung	191
1.	Gegenstand der Einwilligung	192
2.	Rechtsnatur	194
3.	Erteilungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen	195
4.	Ausübung durch Dritte	197
a)	Gesetzliche Zuweisung der Dispositionsbefugnis	197
b)	Einwilligungsunfähigkeit	198
c)	Stellvertretung	198
d)	Ermächtigung	200
5.	Rechtswirkungen	201
6.	Widerruf	203
B.	Bedingte Gestattungen	206
I.	Inhalt und Grenzen der erteilten Einwilligung	207
II.	Gestattungsbedingungen	208
III.	Keine Bedingungen gem. § 158 BGB	209
IV.	Ermittlung durch Auslegung	211
V.	Durchsetzbarkeit	212
1.	Partizipation am Geltungsanspruch des subjektiven Rechts	212
2.	Grenzen der Durchsetzbarkeit	214
C.	Anforderungen an das subjektive Recht	215
D.	Ergebnisse zu § 11	216
§ 12	Anwendungsstudie	217
A.	Nutzungsordnungen	217
B.	Das „private Hausrecht“ in Rechtsprechung und Lehre	219
I.	Ursprünge und Begriff	219
II.	Inhaberschaft und Ausübung	221
1.	Gestattung von Zutritt und Aufenthalt	222
2.	Hausverbot und Hausverweis	223

III. Grenzen	224
1. Vertragliche Bindungen	224
2. Vorrangiges Gesetzesrecht	225
C. Eigenständiges Rechtsinstitut oder reiner Ordnungsbegriff?	226
I. Das Hausrecht als dingliches Gebrauchsschutzrecht	226
II. Kritik	227
III. Ordnungsbegriffliche Verwendung?	228
D. Haus- und Nutzungsordnungen als Gestattungsbedingungen	229
I. Regelungsbefugnis und Sacheigentum	230
1. Eigentum: Begriff und Befugnisse	230
2. Entscheidung über Zutritt und Aufenthalt	233
3. (Bedingte) Gestattung	235
a) Gestattungsformen	235
b) Gestattungsbedingungen	236
4. Zwischenergebnis	237
II. Regelungsbefugnis und Sachbesitz	237
1. Originäre Regelungsbefugnisse	239
a) Besitz: Begriff und Befugnisse	239
b) Ordnungsbefugnis auf Grundlage der §§ 858 ff. BGB?	240
c) Problem des fehlenden Zuweisungsgehalts	241
d) Exkurs: Besitz als subjektives Recht?	243
2. Abgeleitete Regelungsbefugnisse	244
3. Zwischenergebnis	245
E. Ergebnisse zu § 12	246
§ 13 Zusammenfassung <i>Dritter Teil</i>	247

Vierter Teil

Private Ordnung im virtuellen Raum

§ 14 Virtuelles Hausrecht?	251
A. Grundlegung durch das LG Bonn (1999)	251
B. Die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung	252
I. Chats- und Internetforen	253
II. Zugriff auf Webseiten und Online-Shops	253
1. Zugriffe durch Mitbewerber	254
a) LG Hamburg (2007)	254
b) OLG Hamburg (2007)	254
c) OLG Hamm (2007, 2008)	255
2. Zugriffe durch Kunden	255
3. Zugriffe technischer Art	256
a) OLG Frankfurt a. M. (2009)	256
b) LG München I/OLG München (2018)	257

III.	Online-Spiele	258
IV.	Soziale Netzwerke	260
V.	Virtuelle Hausrechte in der Verwaltungsgerichtspraxis	262
1.	Webseiten/Internetportale	262
2.	Facebook-Fanpages	263
VI.	Zusammenfassung	264
C.	Breiter Meinungsstand im Schrifttum.....	264
I.	Wider die Anerkennung sachbezogener Befugnisse	266
II.	Einordnung	267
D.	Stellungnahme und Ausblick auf die weitere Untersuchung.....	268
I.	Begriffswahl und -verwendung	269
II.	Deduktiver Analyseansatz	269
III.	Erkenntnisse für die weitere Untersuchung.....	271
§ 15	Digitalgüter zwischen Körperlichkeit und Immaterialität	272
A.	Körperliche Gegenstände und ihre Zuordnung	273
I.	Sachbezogener Eigentumsbegriff des BGB.....	273
II.	Merkmal der „Körperlichkeit“	274
III.	Alternative Eigentumskonzeptionen	276
IV.	Erweiterter Sachbegriff de lege ferenda?	276
B.	Immaterielle Gegenstände und ihre Zuordnung.....	278
I.	Historische Verankerung	279
II.	Struktur der Immaterialgüterrechte	281
C.	Die Zuordnungsregime im Vergleich.....	284
I.	Ökonomische Eigenschaften immaterieller Güter.....	284
II.	Rivale vs. nicht-rivale Nutzungen	286
III.	Dinglichkeit vs. Verdinglichung	287
D.	Informationsgüter zwischen Körperlichkeit und Immaterialität	289
I.	Kategorisierungen von Information (Zech).....	290
II.	Duales Zuweisungsregime für strukturelle Information	291
III.	Streit um die Sachqualität von Software.....	293
1.	Software als Sache?.....	294
2.	Notwendigkeit differenzierter Betrachtung.....	295
IV.	Zuordnungsproblematiken bei Digitalgütern.....	296
1.	Körperliche Dimensionen digitaler Datenverarbeitung	297
2.	Ubiquität digitaler Information.....	299
E.	Digitale Einrichtungen als Zuweisungsgegenstand	300
I.	Eigentum am körperlichen Trägermedium.....	301
II.	Immaterialgüterrechte	301
III.	Zuweisung des virtuellen Raums?.....	302
F.	Ergebnisse zu § 15	304

§ 16 Digitalzugriffe als Schutzbereichseingriff	305
A. Methodische Vorüberlegungen	305
I. Schutzbereich	306
II. Eingriff	306
III. Tatsächliches Anknüpfungsmoment	307
IV. Private Nutzung digitaler Einrichtungen	308
B. Immaterialgüterrechte (Urheberrecht).....	309
I. Schutzfähiges Werk	309
1. Schutz der gestalterischen Elemente.....	310
2. Schutz als Computerprogramm.....	310
3. Schutz als Datenbank(werk).....	311
II. Urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung.....	313
III. Ergebnis	315
C. Eigentum	315
I. Exkurs: Schutzbereich und Schranken.....	317
1. Wesen der Eigentumsschranken	318
2. Die Schrankenregelungen im Einzelnen	320
3. Einheitliche Schrankensystematik?	322
II. Die Problematik unkörperlicher Nutzungen.....	323
1. Anfertigung und Verwertung von Fotografien	323
a) Entscheidungen des I. Zivilsenats des BGH zu Schloß-Tegel (1974) und Friesenhaus (1989)	323
b) Entscheidungen des V. Zivilsenats des BGH zu Preußische Gärten und Parkanlagen (2010 und 2013).....	324
c) Kritik des Schrifttums.....	325
d) Bewegliche Sachen.....	327
2. Löschen, Verändern und Kopieren von Daten	328
III. Notwendige Grenzziehungen auf Schutzbereichsebene.....	330
1. Konstruktion entlang der physischen Sachgrenzen?	331
2. Rivalität der Nutzung	334
IV. Lösung der Beispielfälle	337
1. Anfertigung von Abbildungen	337
2. Kommerzielle Verwertung der Abbildungen	339
3. Auslesen und Kopieren von Daten	342
V. Digitalzugriffe als rivale Sachnutzung.....	342
1. Rivalität der Nutzungshandlung.....	343
2. Gegenargumente gegen die Zuweisung?	344
a) Publizität der Güterzuordnung	344
b) Das Internet als dezentrales und diskriminierungsfreies Netzwerk	346
3. Reichweite der Zuweisung.....	348

4.	Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung?	349
a)	§ 906 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog)?	349
b)	Ungeschriebene Erheblichkeitsschwelle?	351
c)	Keine Anwendung bei Substanzeinwirkungen	352
D.	Ergebnisse zu § 16	354
§ 17	Ausübung der Regelsetzung durch bedingte Gestattung	356
A.	Gestattungsberechtigung	356
I.	Besitz als Alternative?	357
II.	Delegierte Gestattungsbefugnisse	360
B.	Art und Form der Gestattung	362
I.	Vertragliche und „schlichte“ Nutzungsgestattungen	363
II.	Adressat und Form der Erklärung	364
1.	Erstes Aufrufen	364
2.	Weitere Einwirkungshandlungen	365
a)	Vermutung zugunsten der Nutzungsfreiheit	365
b)	Vorrang technischer Schutzmaßnahmen	366
c)	Grenzen: Technische Steuerbarkeit und Zumutbarkeit	369
§ 18	Inhalt und Grenzen der Regelsetzungsbefugnis	371
A.	Immanente und äußere Grenzen	371
I.	Dispositionsbefugnis als absolute Grenze	371
II.	Vertragsrechtliche Wertungen	372
III.	Gesetzliche Grenzen	374
B.	Sachliche Konvergenz	374
C.	Der Rechtsrahmen für die digitale Plattform-Kommunikation	376
I.	Löschen und Sperren von Inhalten	378
II.	Grundrechtswirkungen zwischen Privaten	380
1.	Keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	380
2.	Situationsbedingt gesteigerte Grundrechtsbindung	384
a)	Entwicklung der neueren Drittwirkungs-Judikatur	384
b)	Kritik	386
3.	Erweiterung auf „virtuelle Kommunikationsräume“?	387
III.	Multipolare Grundrechtskollisionen	390
1.	Betreiberinteressen	390
a)	Wirtschaftsgrundrechte	391
b)	Kommunikationsfreiheiten	392
aa)	Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 11 GrCh)	393
bb)	Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)	393
2.	Nutzerinteressen	396
3.	Drittinteressen	397

IV. Regelsetzung durch Kommunikationsstandards	398
1. BGH, Ur. vom 29.07.2021 – III ZR 179/20	398
a) Betroffene Grundrechtspositionen auf Nutzerseite	398
b) Betroffene Grundrechtspositionen auf Betreiberseite	399
c) Sonstige Abwägungsgesichtspunkte	400
d) Interessenabwägung	400
2. Die europäische Dimension: Art. 14 DSA	402
a) Exkurs: Eine positive Ordnung für die Netzwerk- Kommunikation	403
b) Gestaltungsfreiheit und Transparenzvorgabe (Art. 14 Abs. 1 DSA)	405
c) Grundrechtsbindung von Vermittlungsdiensten (Art. 14 Abs. 4 DSA)	406
aa) (Un-) oder Mittelbare Drittwirkung?	406
(1) Unmittelbare Drittwirkung im Unionsrecht?	406
(2) Wortlaut von Art. 14 Abs. 4 DSA	408
(3) Normenhierarchische Überlegungen	408
(4) Grundrechtskonforme Auslegung anhand eines „gleitenden Maßstabs“	409
bb) Geltung auf Gestaltungsebene	411
cc) Privatrechtsgestaltende Wirkung	412
dd) Zwischenergebnis	413
3. Bedeutung für die außervertragliche Regelsetzung	414
§ 19 Zusammenfassung <i>Vierter Teil</i>	418

Fünfter Teil

Anwendbares Recht

§ 20 Anwendbares Recht	421
A. Prüfung des anwendbaren Rechts	422
B. Internationales Sachenrecht im EGBGB	423
I. Exkurs: Der kollisionsrechtliche Sachbegriff	424
II. Belegenheitsregel, Art. 43 Abs. 1 EGBGB	425
III. Ausweichklausel, Art. 46 EGBGB	427
1. Grundlagen	427
2. Voraussetzungen	428
3. Fallgruppen	430
C. Digitaldiskurs im Internationalen Sachenrecht	432
I. Daten	434
1. Daten als Sachen i. S. v. Art. 43 EGBGB	434
2. Anknüpfung unter dem Sachstatut	435

II.	Digitale Vermögenswerte (insbesondere Kryptotoken)	438
1.	Sachen i. S. v. Art. 43 EGBGB	440
2.	Anknüpfung unter dem Sachstatut	441
III.	Zwischenergebnis	443
D.	Anwendbares Recht bei bedingter Gestattung	444
I.	Sachen i. S. v. Art. 43 EGBGB	444
II.	Anknüpfung im Rahmen der Art. 43 ff. EGBGB	445
1.	Dezentrale Infrastrukturen	445
2.	Unangemessenheit der Belegenheitsregel	446
3.	Anwendung von Art. 46 EGBGB	446
4.	Kein Ausschluss wegen Ermittlungsschwierigkeiten	448
§ 21	Zusammenfassung <i>Fünfter Teil</i>	450

Sechster Teil

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

Literaturverzeichnis	457
Verzeichnis der Dokumente und Online-Quellen	519
Sach- und Personenregister	521

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AE	American English
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift)
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift), Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA) (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArbR	Arbeitsrecht
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
arg. e contr.	Umkehrschluss, Gegenschluss
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BRJ	Bonner Rechtsjournal (Zeitschrift)
BSG	Bundessozialgericht
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDG	Digitale-Dienste-Gesetz
DENIC	Deutsches Network Information Center
DesignG	Designgesetz
DI-RL	Digitale Inhalte-Richtlinie
DIN	Deutsches Institut für Normung
DJT	Deutscher Juristentag
DMA	Digital Markets Act
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRSC	Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee
DS	Der Sachverständige (Zeitschrift)
DSA	Digital Services Act
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DSRITB	Tagungsband Herbstakademie (DSRI-Tagungsband)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
EJRR	European Journal of Risk Regulation
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EPLJ	European Property Law Journal (Zeitschrift)
ERCL	European Review of Contract Law (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law (Zeitschrift)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
eWpG	Gesetz über elektronische Wertpapiere
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HeimG	Heimgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
InTer	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
ITRB	IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (Zeitschrift)
jM	juris – Die Monatsschrift (Zeitschrift)
JPIL	Journal of Private International Law (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
KritV	Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung (Zeitschrift)
KUG	Kunsturhebergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
Ls.	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVO	Luftverkehrs-Ordnung
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
MStV	Medienstaatsvertrag
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtssprechungs-Rapport Zivilrecht (Zeitschrift)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
ProstSchutzG	Prostituiertenschutzgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDi	Recht Digital (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJ	Rechtshistorisches Journal (Zeitschrift)
RJ	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
RL	Richtlinie/n
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RuZ	Recht und Zugang (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassung-Ordnung
TA Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TPG	Transplantationsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
UFITA	Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft (Zeitschrift)
UK	United Kingdom
UR	UmsatzsteuerRundschau (Zeitschrift)
UrhG	Urhebergesetz
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VDI	Verein deutscher Ingenieure
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)

Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

„With great power there must also come – great responsibility“

Spiderman

Einleitung

Normsetzung ist keinesfalls ausschließlich staatlichen Stellen vorbehalten. Vielmehr werden auch private Akteure als Regelsetzer aktiv und nehmen auf diese Weise Einfluss auf das Verhalten innerhalb der Rechtsgemeinschaft. Ist in diesem Sinne von privater Regelsetzung die Rede, geht es nach klassischem Verständnis um Verhaltensnormen, die durch Private oder unter deren Mitwirkung geschaffen wurden, wie z. B. Tarifverträge, Verbandssatzungen oder das von privaten Normungsgremien geschaffene „Expertenrecht“. Neuartige Erscheinungsformen privater Regelsetzung haben sich unter dem Einfluss der digitalen Transformation gebildet: Der technologische Fortschritt hat zu einer Erweiterung individueller Handlungs- und Interaktionsmöglichkeiten geführt, aus denen sich zugleich neue Gefährdungslagen für die Rechte und Interessen Dritter ergeben. Um die eigene Haftung für von Dritten begangene Rechtsverletzungen zu vermeiden und den jeweiligen Dienst für die Nutzer attraktiv zu halten, sind viele Anbieter digitaler Dienste dazu übergegangen, ihre Nutzer durch spezifische Nutzungsregeln zu einem rechts- und sozialkonformen Verhalten anzuhalten. Besonders prominent vertreten sind solche Verhaltensvorgaben auf Webseiten mit Kommentierungsfunktion, innerhalb von Meinungsforen und sozialen Netzwerken, wenn und wo etwa keine urheberrechtsverletzenden oder anzüglischen Inhalte geteilt werden dürfen oder die Anbieter bestimmte Ausdrucksformen (z. B. Hassrede) untersagen. Bei Zuwiderhandlungen drohen den Nutzern Löschungen bis hin zu dauerhaften Accountsperrern.

Vor allem die kommunikationsbezogenen Regelsetzungsaktivitäten einiger marktstarker Plattformen haben intensive Diskussionen über die Reichweite privatautonomer Gestaltungsmacht im Digitalbereich hervorgerufen, bei der sich nicht zuletzt die Frage nach einer direkten oder mittelbaren Grundrechtsbindung der großen digitalen Diensteanbieter stellt. Auffällig ist, dass sich die rechtliche Befassung mit der privaten Ordnung virtueller Räume bisher fast ausschließlich auf die vertragsrechtlichen Gesichtspunkte konzentriert. Der außervertragliche Bereich wird hingegen in großem Umfang ausgeblendet. Damit ergibt sich ein rechtlicher Graubereich: Denn längst nicht in allen Fällen, bei denen im Internet Dienste in Anspruch genommen werden, erfolgt die Bereitstellung auf Grundlage einer vertraglichen Beziehung zwischen Anbieter und Nutzer. Auch bei diesen außervertraglichen Kontakten stellt sich aber die Frage, ob und inwieweit der Diensteanbieter befugt ist, das Handeln seiner Nutzer durch individuelle Verhaltensregeln normativ zu steuern.

Diese Forschungslücke will die vorliegende Arbeit in Ansehung der erheblichen rechtspraktischen Bedeutung schließen: Es wird untersucht, ob und in welchem Um-

fang digitale Diensteanbieter jenseits von Vertragsverhältnissen verbindliche Vorgaben für das Nutzerverhalten im virtuellen Raum formulieren können. Zur Einführung werden zunächst Gegenstand und Ziel der Arbeit dargelegt sowie der zugrundeliegende Forschungsstand und weitere Gang der Untersuchung umrissen.

A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit

Der technologische Fortschritt hat im Zuge der digitalen Transformation neue Handlungs- und Interaktionsmöglichkeiten hervorgebracht. Insbesondere durch das Internet hat sich die Art und Weise, wie wir unsere Lebens- und Arbeitswelt organisieren, Geschäfte abschließen, mit anderen in Kontakt treten und interagieren, radikal verändert. Diese – zunächst positive – Erweiterung individueller Handlungsspielräume bringt zugleich neue Gefährdungen für die Rechte und Interessen Dritter mit sich (I.). Über sanktionsbewehrte Verhaltensregeln versuchen die Digitalanbieter ihre Nutzer vor diesem Hintergrund zu einer rechts- und sozialkonformen Nutzung ihrer Dienste anzuhalten (II.). Die rechtliche Auseinandersetzung mit diesen Verhaltensregeln ist bisher überwiegend vertragsrechtlich geprägt (III.). Auch für den außervertraglichen Bereich stellt sich indes die Frage, ob und in welchem Umfang die Diensteanbieter das Nutzerverhalten durch Regelsetzung steuern können; dies ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung (IV.).

I. Rechtsverletzungen Dritter und Anbieterhaftung

Die systematische Verbreitung urheberrechtsverletzender oder strafbarer Inhalte, Persönlichkeitsverletzungen in sozialen Netzwerken, Cyber-Attacken und Online-Betrug sind nur einige Beispiele für individual- und gemeinschädliche Verhaltensweisen, die erst durch die massenhafte Verbreitung digitaler Netzinfrastrukturen und darauf gründender Digitaldienste ermöglicht wurden. Die Bewertung des Nutzens digitaler Dienste fällt vor diesem Hintergrund gemischt aus: Einerseits profitieren Gemeinschaften und Individuen von den erweiterten Handlungsspielräumen, andererseits können sie zunehmend durch die negativen Folgen dieser neu gewonnenen Möglichkeiten belastet sein.¹

Diese differenzierte Bewertung und das gemischte Bild spiegeln sich auch auf Ebene der Haftung wider: Diensteanbieter, die fremde Information speichern und zum Abruf anbieten, werden im europäischen Recht im Ausgangspunkt haftungsmäßig

¹ Vgl. insoweit auch ErwGr 1 DSA: „Dienste der Informationsgesellschaft und insbesondere Vermittlungsdienste sind mittlerweile ein wichtiger Bestandteil der Volkswirtschaft der Union und des Alltags ihrer Bürgerinnen und Bürger. [...] Der digitale Wandel und die verstärkte Nutzung dieser Dienste haben jedoch auch neue Risiken und Herausforderungen mit sich gebracht, und zwar für den einzelnen Nutzer des jeweiligen Dienstes, die Unternehmen und für die Gesellschaft als Ganzes.“

privilegiert.² Für Rechtsverletzungen Dritter haften diese Diensteanbieter grundsätzlich nur, soweit sie von einer Rechtsverletzung positive Kenntnis haben oder diese Rechtsverletzung aufgrund der Umstände offensichtlich war (sog. Notice and Take Down-Verfahren).³ Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Zielsetzung eines möglichst freien und ungehinderten Informationsaustauschs gefährdet wäre, müssten Diensteanbieter für jede beliebige im Netz von Dritten begangene Rechtsverletzung eintreten.⁴ Einschränkungen dieser Privilegierung ergeben sich vor dem Hintergrund der Beschränkung auf fremde Inhalte⁵ und passive Tätigkeiten⁶; ausgenommen bleibt zudem die negatorische Haftung, die auf eine Entfernung oder Sperrung von Inhalten für die Zukunft gerichtet ist.⁷

Schon um diese negatorische Haftung zu vermeiden, haben die Anbieter daher grundsätzlich ein Interesse, dass die Nutzer sich im Rahmen der Nutzung ihrer Dienste rechtskonform verhalten, d. h. keine Rechte Dritter verletzen oder sich in sonstiger Weise rechtswidrig verhalten. Hinzu kommen die Gefahren möglicher Reputationsverluste: Besteht innerhalb der Nutzerschaft eine große Gefahr für opportunistische, missbräuchliche oder rechtswidrige Verhaltensweisen, wirkt dies auf andere Nutzer häufig abschreckend. Es besteht die Gefahr, dass sich Nutzer von dem Dienst abwen-

² Diese Haftungsprivilegierung für Diensteanbieter der Informationsgesellschaft war bisher in den Art. 12 bis 15 der RL 2000/31/EG (sog. E-Commerce-Richtlinie) enthalten, wurde mit Inkrafttreten des DSA zum 17. Februar 2024 aber in diesen neuen Rechtsakt überführt. Insoweit bringt die Neuregelung in den Art. 4 ff. DSA einige Ergänzungen und Modifikationen mit sich, hält an der bereits bekannten Struktur des unionsrechtlichen Haftungsregimes aber fest, vgl. insoweit auch *Cauffman/Goanta* EJR 2021, 758 (763); *Holzengel* CR 2021, 123 (124 ff.); *Janal ZeuP* 2021, 227 (231 ff.); *Kumkar*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 105 (120 f.).

³ Vgl. Art. 6 DSA.

⁴ Vgl. zu dieser „Gratwanderung“ bei der Ausgestaltung der Vermittlerhaftung bereits *Kumkar*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 105 (108 f.) sowie ferner *Hofmann* ZfPW 2021, 385 (386); *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2024, § 823 BGB Rn. 940.

⁵ Die Privilegierung gilt unter dem DSA nur für die „von einem Nutzer bereitgestellten Informationen“.

⁶ Unter Geltung der E-Commerce-RL hatte der EuGH die Privilegierung in Anknüpfung an ErwGr 42 der Richtlinie auf Dienste „technischer, automatischer und passiver Art“ beschränkt, die „weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information“ besitzen, vgl. EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 113 f.; dazu auch *Kumkar*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 105 (110 f.). Nicht nur ergaben sich vor diesem Hintergrund komplexe Abgrenzungsfragen zur Unterscheidung von aktivem und passivem Verhalten. Befürchtet wurde auch, diese Rechtsprechung könnte falsche Anreize setzen: Diensteanbieter könnten von proaktiven Maßnahmen aus Angst vor einem Verlust der Privilegierung zurückscheuen. Der DSA adressiert diese Bedenken mit der Einführung einer *Good-Samaritan*-Regelung in Art. 7 DSA sowie Konkretisierungen zu den mit der Privilegierung vereinbaren „neutralen“ Verhaltensweisen in ErwGr 18 ff., vgl. hierzu auch *Janal ZeuP* 2021, 227 (238 ff.).

⁷ Unter der E-Commerce-RL ließ sich dies aus einer Zusammenschau von Art. 14 Abs. 3 und ErwGr 46 ableiten (dazu *Kumkar*, in: Köhler/Korch [Hrsg.], *Schwärme im Recht*, 2022, S. 105 [111]; *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2024, § 823 BGB Rn. 966), unter dem DSA wird ein solcher Vorbehalt für die negatorische Haftung hingegen ausdrücklich normiert, vgl. Art. 4 Abs. 4 DSA.

den und das Geschäftsmodell des Anbieters beschädigt wird.⁸ Diensteanbieter sind daher auch aus wirtschaftlichen Gründen daran interessiert, sicherzustellen, dass ihre Nutzerschaft sich rechtskonform und sozialverträglich verhält.

II. Verhaltensregeln als Steuerungsinstrument

Um ein rechtskonformes und sozialverträgliches Verhalten der Nutzer zu gewährleisten, stehen den Anbietern verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung.⁹ Zunächst kann der Diensteanbieter unerwünschte Verhaltensweisen auf technischem Wege unterbinden, indem er die Rahmenbedingungen des zulässigen Gebrauchs über die Architektur des betreffenden Dienstes definiert. Zulässig sind dann von vornherein nur solche Verhaltensweisen, die sich innerhalb der *Grenzen des Möglichen* bewegen.¹⁰

Scheiden technische Lösungen aber aus, etwa weil es dem Diensteanbieter am entsprechenden Know-How bzw. der erforderlichen Infrastruktur fehlt, oder lassen sich die betreffenden Verhaltensweisen technisch nicht sinnvoll regulieren, z. B. weil die eingesetzten Systeme zu fehleranfällig sind, können Verhaltensregeln Abhilfe schaffen. Den Nutzern wird der Gebrauch des Dienstes hiernach nur innerhalb individuell festgelegter Schranken bzw. in den *Grenzen des Erlaubten* gestattet: Der Anbieter einer Videoplattform bestimmt, dass sein Dienst nicht für urheberrechtsverletzende Inhalte genutzt werden darf. Ein soziales Netzwerk erlaubt Beiträge nur, sofern diese Beiträge nicht anstößig oder diskriminierend sind. Ein Webseiten-Betreiber verbietet die Webseiten-Benutzung unter Verwendung von Werbeblocker-Software. Bei Zuwiderhandlung gegen die vorgegebenen Verhaltensregeln droht in der Regel ein abgestuftes Sanktionssystem, das – je nach Schwere und Häufigkeit der Verstöße – Lösungen bis hin zu einem dauerhaften Ausschluss von den angebotenen Diensten umfasst. Vor

⁸ Besonders drängend stellt sich dieses Problem für Vermittlungsplattformen, die in Reaktion auf das im Internet vorherrschende *Überangebot* an Information entstanden sind und insoweit der Vorsortierung und Aufbereitung von Information sowie einem einfacheren Zusammenfinden (*Matching*) zwischen den verschiedenen interaktionsbereiten Nutzergruppen dienen. Bereits heute wird ein beachtlicher Anteil der kommerziellen, aber auch der nicht-kommerziellen – sozialen – Kontakte über diese digitalen Vermittlungsplattformen orchestriert. *Facebook, Instagram, YouTube, TikTok, Amazon Marketplace, Kleinanzeigen, Spotify* und *Airbnb* sind nur einige Beispiele für Unternehmen, die als digitale Plattformen organisiert sind. Das Geschäftsmodell der Vermittlungsplattform verspricht zwar große Effizienzgewinne, geht aber auch mit einem Kontrollverlust – und damit besonderen Risiken – einher: Denn in ihrer Rolle als neutrale Vermittler sind die Plattformen im Regelfall weder Partei der zwischen den Parteien angestrebten Interaktion noch können sie die Rahmenbedingungen dieser Drittbeziehungen vollumfänglich und unmittelbar beeinflussen. Damit steigt innerhalb der Nutzerschaft die Gefahr für opportunistische Verhaltensweisen.

⁹ Vgl. zu den verschiedenen Quellen dieser „digitale[n] Normativität von Plattformen“ auch *Wiesch*, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (64 f.).

¹⁰ Grundlegend *Lessig*, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999; vgl. ferner *Hoffmann-Riem* *AöR* 137 (2012), 509 (534) sowie aus vertragsrechtlicher Perspektive *Specht*, *Diktat der Technik*, 2017, S. 58 ff. und passim.

allem soziale Netzwerke¹¹ haben in der Vergangenheit in großem Umfang versucht, über ausformulierte Verhaltensregeln Einfluss auf die von Nutzern veröffentlichten Kommunikationsinhalte zu nehmen. Prominent diskutiert wurde etwa das Verbot von Hassrede in den „Gemeinschaftsstandards“ von Facebook, über dessen Wirksamkeit im Jahr 2021 der Bundesgerichtshof (BGH) zu befinden hatte.¹²

III. Dominanz des Vertragsrechts

Die bisherige rechtliche Auseinandersetzung mit diesen Verhaltensregeln für Digitaldienste ist überwiegend vertragsrechtlich geprägt: So qualifizierte der BGH in der Facebook-Entscheidung (2021) die kommunikationsregelnden Gemeinschaftsstandards als Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des sozialen Netzwerks¹³ – mit der aus Klägerperspektive zunächst vorteilhaften Konsequenz, dass die Gemeinschaftsstandards dem rechtlichen Kontroll- und Sanktionsregime der AGB-Kontrolle gem. §§ 307 ff. BGB unterworfen werden konnten.¹⁴ Zwar ist die Annahme eines Vertragsverhältnisses für soziale Netzwerke wie Facebook, die auf eine längerfristige Interaktion zwischen Diensteanbieter und Nutzer angelegt sind, im Ergebnis durchaus überzeugend.¹⁵ Dieser Befund trifft aber längst nicht auf alle Kontakte und Nutzungsbeziehungen im Internet zu.

Dennoch lässt sich im Digitalbereich insgesamt eine starke Fokussierung auf die Vertragsbeziehung beobachten: Deutlich umfassender und weitreichender als in der analogen Welt ist im Internet die Annahme verbreitet, dass Rechtsbeziehungen in die Form eines Vertrages eingebunden sind.¹⁶ In der Rechtsgeschäftslehre findet dieser Trend zur *Kontraktualisierung*¹⁷ allerdings nur eingeschränkt Rückgehalt. Denn bei Orientierung an den allgemeinen Prinzipien zu Abschluss und Zustandekommen von Verträgen liegt vor allem bei solchen unentgeltlichen Leistungen, die weder eine Registrierung erfordern noch auf längerfristige Nutzung angelegt sind, ein Vertragsschluss grundsätzlich fern.¹⁸ Daran zeigt sich, dass es auch und gerade für digitale Dienste lohnend ist, die Möglichkeiten privater Ordnung im *außervertraglichen* Bereich in den Blick zu nehmen.

IV. Außervertragliche Regelsetzung als Untersuchungsgegenstand

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zu untersuchen, ob und in welchem Umfang private Diensteanbieter im Digitalsektor auch jenseits von Vertragsverhältnissen verbind-

¹¹ Zum Begriff aus kommunikationswissenschaftlicher und rechtlicher Sicht *Müller-Terpitz*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 45 ff.

¹² BGH, Urt. vom 29.07.2021 – III ZR 179/20, NJW 2021, 3179 – Hassrede.

¹³ BGH NJW 2021, 3179 Rn. 32 – Hassrede. Dazu *infra* § 2.E.I.3.

¹⁴ Zu den besonderen Fallstricken der AGB-Kontrolle im Digitalbereich siehe *infra* § 2.E.II.

¹⁵ Dazu *infra* § 2.C.II.2. und E.I.1.

¹⁶ Vgl. *infra* § 2.C.

¹⁷ Zum Begriff *infra* § 2.A.

¹⁸ Hieran hat sich richtigerweise auch durch die gesetzliche Anerkennung des „Bezahlens mit Daten“ in den §§ 312 Abs. 1a, 327 ff. BGB nichts grundlegend geändert, vgl. *infra* § 2.D.

liche Vorgaben für das Nutzerverhalten formulieren dürfen. Es geht damit um die Befugnis zur *außervertraglichen Regelsetzung* im Bereich digitaler Dienste.

1. *Regelsetzung durch Private*

Soweit die Digitalanbieter verbindliche Verhaltensregeln für die Nutzung ihrer Dienste formulieren, handeln sie nicht im staatlichen Auftrag, sondern als Private in Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. Dies wirft die Frage auf, innerhalb welcher Rahmenbedingungen die Rechtsordnung überhaupt eine „Regelsetzung durch Private“ erlaubt.

Ist im allgemeinen Sprachgebrauch von einer „Norm“ bzw. „Regelung“¹⁹ die Rede, sind damit rechtliche und soziale Verhaltensmaßstäbe gemeint. Es handelt sich um Bestimmungen, die ein Sollen zum Ausdruck bringen und insoweit „verhaltensleitend“²⁰ sind.²¹ In den Bereich privater Regelsetzung fallen grundsätzlich solche Regelungen, die nicht durch den Staat in dem dafür vorgesehenen Verfahren autoritativ gesetzt, sondern durch private Akteure in Ausübung grundrechtlicher Freiheiten geschaffen werden.²² Anders als das staatliche Recht, das bereits durch seinen autoritativen Setzungsakt rechtsverbindlich wird, setzt die rechtliche Geltung privater Regeln grundsätzlich einen staatlichen Anerkennungsakt voraus.²³

Ein möglicher²⁴ Weg, die erforderliche Anerkennung zu erteilen, besteht darin, dass der Staat Rechtsinstitute für die private Regelsetzung zur Verfügung stellt und die zwangsweise Durchsetzung der auf diese Weise errichteten Regelwerke garantiert, wie z. B. durch die Anerkennung bestimmter Rechtsatzformen, Organisationsformen oder subjektiver Rechte.²⁵ Die Regelsetzung vollzieht sich dann in zwei Schritten: durch die privat-autonome Regelbildung einerseits und den staatlichen Geltungsbefehl andererseits.

2. *Subjektive Rechte und das Instrument der bedingten Gestattung*

Mit Blick auf die Zielsetzungen dieser Arbeit ist insbesondere die Anerkennungsform der *Regelsetzung durch subjektive Rechte* vielversprechend, die im Digitalsektor eine Normgeltung potenziell auch jenseits individuell-vertraglicher Zustimmungserklärungen der Normadressaten erlaubt.

Grundlage dieser Form der Regelsetzung ist das subjektive Recht. Mit dem Begriff „subjektives Recht“ wird die Rechtsmacht beschrieben, die einem Individuum von

¹⁹ Vor dem Hintergrund der vielen Kontroversen um die Reichweite des Rechtsnormbegriffs wird im Rahmen dieser Arbeit anstelle des Begriffs der „Norm“ die alternative Begrifflichkeit der „Regel“ bzw. „Regelung“ bevorzugt, vgl. dazu *infra* § 5.D.

²⁰ *Augsberg*, Rechtssetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 29.

²¹ *Raiser*, Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 173 ff. m. w. N. Vgl. zum Normenbegriff auch *infra* § 5. A.

²² Zur privaten Regelsetzung siehe *infra* § 4.

²³ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 2 Rn. 55 f.; vgl. ferner *infra* § 5.B.IV.

²⁴ Für einen Überblick über die verschiedenen Rezeptionsmechanismen für privates Recht vgl. *infra* § 6.

²⁵ *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987, S. 138 ff.; vgl. zum Ganzen auch *infra* § 6.

der Rechtsordnung zur Befriedigung bestimmter Interessen verliehen wurde.²⁶ Absolut geschützte subjektive Rechte markieren einen Bereich, der dem Einzelnen zur freien Verfügung ausschließlich zugewiesen und der Einwirkung Dritter entzogen ist.²⁷ Über dieses subjektive Recht darf der Rechtsinhaber grundsätzlich frei disponieren: Insbesondere kann der Rechtsinhaber einem Dritten die Einwirkung auf den geschützten Bereich gestatten und damit die Rechtswidrigkeit der Einwirkung beseitigen.²⁸ Über das Instrument der Gestattung hat es der Rechtsinhaber auf diese Weise selbst in der Hand, zu entscheiden, welche Einwirkungen als verbotene Verletzungen seines Rechts zu qualifizieren sind.²⁹

Es ist insoweit Ausdruck der mit dem subjektiven Recht verbundenen Handlungsfreiheit, dass der Rechtsinhaber seine Gestattung räumlichen, zeitlichen und sachlichen Beschränkungen unterwerfen kann. Die Gestattung, auf den vom subjektiven Recht geschützten Bereich einzuwirken, wird in diesen Fällen nur *bedingt* erteilt. Auf diese Weise schließt sich sodann der Kreis zur normativen Gestaltungsbefugnis: Denn über die Gestattungsbedingungen kann der Rechtsinhaber das Verhalten Dritter im Rahmen der Einwirkung steuern. Insoweit vermittelt das subjektive Recht eine – durch die Grenzen seines Wirkungsbereichs inhärent beschränkte – Regelsetzungsmacht.³⁰

3. Private Ordnung virtueller Räume

Das Instrument der bedingten Gestattung kann – so die zentrale These dieser Arbeit – auch im Digitalsektor fruchtbar gemacht werden. Außervertragliche Ordnungsbefugnisse der Digitalanbieter wurden in der Vergangenheit insbesondere unter dem Gesichtspunkt eines *virtuellen Hausrechts* diskutiert,³¹ das aber auf erhebliche begriffliche und methodische Bedenken stößt und daher keine geeignete Grundlage für außervertragliche Ordnungsbefugnisse der Digitalanbieter bietet.³² Ergiebig erweist sich aber (auch) im Digitalsektor der Gedanke einer *Regelsetzung durch bedingte Gestattung*.

Ob über die bedingte Gestattung eine Steuerung des Nutzerverhaltens im virtuellen Raum möglich ist, hängt entscheidend davon ab, ob sich ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht mit einem entsprechenden Zuweisungsgehalt identifizieren lässt. Für die Wahl des „richtigen“ Zuweisungsregimes ist im deutschen Recht die Beschaffenheit des betreffenden Gegenstandes entscheidend: Körperliche Gegenstände unterliegen den Regelungen des Sachenrechts im Dritten Buch des BGB, unkörperliche Gegen-

²⁶ So die heute vorherrschende „erweiterte Kombinationsformel“; dazu *infra* § 9. A.I.

²⁷ Vgl. zur Unterscheidung absoluter und relativer subjektiver Rechte *infra* § 9. A.III.2.

²⁸ Instruktiv *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, 2002, S. 25 ff.; dazu auch *infra* § 11. A.II.

²⁹ Hierfür stehen dem Rechtsinhaber verschiedene Gestaltungsformen zur Verfügung, die zueinander in einem Stufenverhältnis stehen; die frei widerrufliche Einwilligung bildet die schwächste Gestaltungsform, vgl. *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, 2002, S. 141 ff.; dazu auch *infra* § 11. A.III.

³⁰ Vgl. dazu *infra* § 11.B.

³¹ Grundlegend LG Bonn NJW 2000, 961; vgl. für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung *infra* § 14.B.

³² Dazu *infra* § 14.D.

stände können Gegenstand einer ausschließlichen Zuweisung durch die Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte sein.³³ Im Bereich der Digitalgüter droht diese klare Grenzziehung zu verschwimmen: Während Trägermedien – als körperliche Gegenstände i. S. v. § 90 BGB – dem bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff unterfallen, unterliegen die auf dem Trägermedium verkörperten „geistigen“ Inhalte dem Zuordnungsregime für unkörperliche Güter. Hier kommt es damit zu einer mehrschichtigen Zuweisung aus Sacheigentum und Immaterialgüterrechten.³⁴

Relevante Ordnungsbefugnisse stehen dem Rechtsinhaber richtigerweise nur zu, soweit sich das betreffende Verhalten als Eingriff in den Schutzbereich seines subjektiven Ausschließlichkeitsrechts darstellt. Insbesondere für die Nutzung digitaler Infrastrukturen ist insoweit auf die Abgrenzung der kollidierenden Schutzregime zu achten: Hierfür orientiert sich die Arbeit an den ökonomischen Funktionen der Güterzuweisung und geht davon aus, dass vom Zuweisungsgehalt des Sacheigentums ausschließlich *rivale Handlungsmöglichkeiten* zum Umgang mit der Sache erfasst werden.³⁵ Die Untersuchung kommt insoweit zu dem Ergebnis, dass für die Nutzung digitaler Infrastrukturen mit Blick auf die technische Funktionsweise des Internets eine solche rivale Sachnutzung grundsätzlich zu bejahen ist, da jeder Nutzungsvorgang körperliche Ressourcen des Servers in Form von Rechenleistung und Speicherkapazitäten in Anspruch nimmt.³⁶ Damit steht dem Eigentümer dem Grunde nach die Befugnis zu, über das Institut der bedingten Gestattung die Bedingungen für die Nutzung der bereitgestellten digitalen Dienste vorzugeben.

Diese Befugnis zur außervertraglichen Regelsetzung ist aber – so die weiteren zentralen Thesen dieser Arbeit – gleich in mehrfacher Hinsicht beschränkt: Zum einen gebietet der Anschluss an das Netzwerk, dass der Eigentümer grundsätzlich in Einklang mit den technischen Grundprinzipien der Netzwerkkommunikation agiert; es besteht danach ein (beschränkter) Vorbehalt zugunsten technischer Schutzmaßnahmen.³⁷ Zum anderen werden die sachbezogenen Regelsetzungsbefugnisse des Eigentümers insbesondere im Bereich der Kommunikation über marktstarke soziale Netzwerke durch übergeordnete grundrechtliche Wertentscheidungen und regulatorische Vorgaben überlagert.³⁸

4. Eingrenzung der Forschungsfrage

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Frage, ob und in welchem Umfang subjektive Ausschließlichkeitsrechte digitalen Diensteanbietern eine Befugnis zur normativen Steuerung des Nutzerverhaltens vermitteln können. Die Untersuchung konzentriert sich vor diesem Hintergrund auf die Regelsetzung im außervertraglichen Bereich. Nicht in der

³³ Dazu *infra* § 15. A. und B.

³⁴ Dazu *infra* § 15.D.

³⁵ Dazu *infra* § 15.C. und § 16.C.III.

³⁶ Dazu *infra* § 16.C.V.

³⁷ Zu Art und Form der Gestattung siehe *infra* § 17.B.

³⁸ Zu Inhalt und Grenzen der Regelsetzungsbefugnis siehe *infra* § 18.