

AMÉLIE HELDT

Intensivere Drittwirkung

Internet und Gesellschaft

30

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von

Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettemann,
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer
und Wolfgang Schulz

30



Amélie Heldt

Intensivere Drittwirkung

Die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit
in Öffentlichkeiten der digitalen Gesellschaft

Eine verfassungsrechtliche, rechtsvergleichende
und interdisziplinäre Analyse

Mohr Siebeck

Amélie Heldt, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften in Paris, Potsdam und Hamburg (Promotion); Design-Thinking-Studium in Potsdam; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Leibniz-Institut für Medienforschung/Hans-Bredow-Institut; Assoziierte Forscherin am Humboldt-Institut für Internet und Gesellschaft; Fellowships an der University of Haifa, Yale Law School, Weizenbaum-Institut; Referentin für Grundsatzfragen der Digitalpolitik im Bundeskanzleramt.

orcid.org/0000-0002-1910-9925

Die Open Access-Veröffentlichung des vorliegenden Bandes wurde ermöglicht durch eine Förderung des Humboldt-Instituts für Internet und Gesellschaft, Berlin.

ISBN 978-3-16-161938-0 / eISBN 978-3-16-161940-3

DOI 10.1628/978-3-16-161940-3

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen aus der Times New Roman gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Oktober 2021 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Wolfgang Schulz, für seine engagierte Betreuung meines Promotionsvorhabens. Die anregenden Gespräche und fundierten Ratschläge von der Themensuche bis zum Abschluss haben maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Prof. Dr. Marion Albers danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die damit verbundenen weiterführenden Hinweise. Der Heinrich-Böll-Stiftung danke ich für die großzügige Förderung durch ein Promotionsstipendium, sowohl finanzieller als auch ideeller Art. Prof. Dr. Natali Helberger möchte ich für die Zweitempfehlung für das Promotionsstipendium danken. Das Stipendium ermöglichte mir unter anderem Forschungsaufenthalte am University of Haifa Center for Cyber Law & Policy sowie an der Yale Law School, die diese Arbeit mannigfaltig bereichert haben. Mein Dank für ihre Betreuung jeweils vor Ort gilt daher Prof. Dr. Niva Elkin-Koren und Prof. Dr. Jack Balkin. Ich danke ebenfalls der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg für die Aufnahme in das Magdalene-Schoch-Programm für Nachwuchswissenschaftlerinnen. Die damit verbundenen vielfältigen Austauschmöglichkeiten mit anderen Rechtswissenschaftlerinnen habe ich als besonders gewinnbringend empfunden.

Den Herausgebern Prof. Dr. Jeanette Hofmann, Prof. Dr. Matthias C. Kettemann, Prof. Dr. Björn Scheuermann, Prof. Dr. Thomas Schildhauer und Prof. Dr. Wolfgang Schulz danke ich herzlich für die Aufnahme in die Schriftenreihe Internet und Gesellschaft. Dem Humboldt-Institut für Internet und Gesellschaft danke ich für den gewährten Open-Access-Zuschuss.

Meine Promotionszeit am Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI) verbringen zu dürfen, habe ich als großes Glück empfunden. Der Zusammenhalt und die Kollegialität am HBI haben mich durch die Promotionsphase getragen, dafür möchte ich mich bei allen Kolleginnen und Kollegen sehr bedanken. Dort habe ich nicht nur akademische Inspiration, sondern auch Freunde gefunden. Meinem Forschungsprogrammleiter Dr. Stephan Dreyer danke ich ganz besonders für seine konstante Unterstützung, seinen unübertroffenen Humor und seine klugen Ratschläge. Ebenso dankbar bin ich für die

vielen bereichernden Gespräche am Humboldt-Institut für Internet und Gesellschaft, dem ich durch eine Zweitaffiliation verbunden war.

Nicht zuletzt bin ich meinen Freunden äußerst dankbar, die fachlich und persönlich stets mit einem offenen Ohr für mich da waren – ob durch kreative Ablenkung oder seriösen Austausch, ob nah oder fern.

Meinen Eltern und meinen Geschwistern möchte ich von Herzen für ihre Unterstützung während aller Phasen meines akademischen Werdegangs danken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet. Schließlich danke ich meinem Freund Moritz für die ermunternden Worte zur Themenwahl sowie die liebevolle Begleitung in der Phase der Fertigstellung dieser Arbeit.

Berlin, Februar 2023

Amélie Heldt

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
<i>A. Kommunikation in der digitalen Gesellschaft</i>	1
<i>B. Fragestellung und Gang der Untersuchung</i>	3
Teil 1: Theoretischer Teil	7
Kapitel 1: Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung	9
<i>A. Die Genese der mittelbaren Drittwirkung in der Rechtsprechung</i>	10
<i>B. Jüngere Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG</i>	26
<i>C. Die Meinungsfreiheit und ihre Ausstrahlungswirkung</i>	50
<i>D. Bewertung und Zwischenergebnis</i>	81
Kapitel 2: Die mittelbare Drittwirkung im Rechtsvergleich	85
<i>A. Einleitung: Die USA als Vergleichsland</i>	85
<i>B. Funktionales Äquivalent: Die state action doctrine</i>	95
<i>C. Intermediäre als neue Akteure in der Free Speech Infrastruktur</i>	125
Kapitel 3: Meinungsfreiheit als Teilnahme am kommunikativen Geschehen – Erkenntnisgewinn durch Interdisziplinarität	139
<i>A. Einleitung: Das Leitbild des öffentlichen Forums</i>	139
<i>B. Öffentlichkeitstheorien</i>	140
<i>C. Öffentlichkeit und Kommunikation im Internet</i>	146
<i>D. Zwischenergebnis aus theoretischer Perspektive</i>	157

Teil 2: Anwendungsbezogener Teil	159
Kapitel 4: Soziale Netzwerke und die Kontrolle über digitale Kommunikation	161
<i>A. Untersuchungsobjekt: soziale Netzwerke</i>	161
<i>B. Teilöffentlichkeiten innerhalb sozialer Netzwerke</i>	169
<i>C. Soziale Netzwerke im Grundrechtsgefüge</i>	173
<i>D. Fazit</i>	191
 Kapitel 5: Inhaltmoderation und die intensivere Drittwirkung	193
<i>A. Sachverhalt: Inhaltmoderation auf sozialen Netzwerken</i>	193
<i>B. Rechtliche Bewertung</i>	213
<i>C. Fazit</i>	246
 Zusammenfassung	249
<i>A. Kapitel 1: Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung</i>	250
<i>B. Kapitel 2: Die mittelbare Drittwirkung im Rechtsvergleich</i>	251
<i>C. Kapitel 3: Meinungsfreiheit als Teilnahme am kommunikativen Geschehen – Erkenntnisgewinn durch Interdisziplinarität</i>	252
<i>D. Kapitel 4: Soziale Netzwerke und die Kontrolle über digitale Kommunikation</i>	253
<i>E. Kapitel 5: Inhaltmoderation und intensivere Drittwirkung</i>	254
 Ausblick	257
<i>A. Wiederherstellung entfernter Nutzerinhalte</i>	258
<i>B. Schutz für Daten und automatisierte Kommunikation</i>	258
<i>C. Automatisierung der Inhaltmoderation</i>	259
<i>D. Verlagerung öffentlicher Kommunikation</i>	259
<i>E. Privatisierte Anwendung der intensiveren Drittwirkung</i>	260
<i>F. Intensivere Drittwirkung im globalen Kontext</i>	260
 English Summary	263
<i>A. Research Question</i>	263

<i>B. Findings</i>	263
<i>C. A more intensive horizontal effect: Main features</i>	264
<i>D. Outlook</i>	266
Literaturverzeichnis	267
Register	295

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
<i>A. Kommunikation in der digitalen Gesellschaft</i>	1
<i>B. Fragestellung und Gang der Untersuchung</i>	3
Teil 1: Theoretischer Teil	7
Kapitel 1: Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung	9
<i>A. Die Genese der mittelbaren Drittwirkung in der Rechtsprechung</i>	10
I. Die Rechtsprechung des BAG: die unmittelbare Drittwirkung	10
1. Schutz des Arbeitnehmers in Art. 118 WRV	10
2. Die Weiterführung durch das BAG	11
3. Abkehr von der unmittelbaren Drittwirkung	13
II. Rechtsprechung des BVerfG: Lüth-Urteil und mittelbare Drittwirkung	13
1. Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung	14
2. Das Lüth-Urteil	15
3. Weitere Konkretisierung der Überprüfung	17
a) Blinkfuer-Beschluss	17
b) Mephisto-Beschluss	18
c) Bürgerschaftsverträge-Beschluss	19
III. Kritische Argumente der Literatur	20
1. Kritik an der „dirigierenden Verfassung“	20
2. Einheitliche Abwägung innerhalb der Rechtsordnung	22
3. Unzureichende Systematisierung der Lehre	22
4. Schutzpflichten als eigentliches Kernproblem	24
5. Zwischenfazit	25
<i>B. Jüngere Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG</i>	26
I. Das Fraport-Urteil	27

1. Sachverhalt und Rechtsfrage	27
2. Lösung des BVerfG	28
a) Wirkung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit	28
b) Ort der Meinungsäußerung im Fraport-Urteil	29
3. Analyse	30
II. Der Nibelungen-Beschluss	31
1. Sachverhalt und Rechtsfrage	31
2. Lösung des BVerfG: Funktionsnachfolge	32
3. Analyse	33
III. Stadionverbot-Beschluss	34
1. Sachverhalt und Rechtsfrage	34
2. Lösung des BVerfG	34
3. Analyse	35
a) Teilhabe am gesellschaftlichen Leben	36
b) Die spezifische Konstellation	37
c) Zwischenfazit	38
IV. Der III.-Weg Beschluss	39
1. Sachverhalt und Rechtsfrage	39
2. Lösung des BVerfG	40
3. Analyse	42
V. Hausverbot im Hotel	42
1. Sachverhalt und Rechtsfrage	43
2. Lösung des BVerfG	43
3. Analyse	44
VI. Exkurs: Das Recht auf Vergessenwerden	45
1. Hintergrund	45
2. Der Beschluss: Recht auf Vergessen I	46
a) Sachverhalt und Verfahren	46
b) Die Entscheidung	47
3. Bedeutung für die hiesige Fragestellung	47
VII. Zwischenfazit zur mittelbaren Drittwirkung	48
C. Die Meinungsfreiheit und ihre Ausstrahlungswirkung	50
I. Schutzbereich der Meinungsfreiheit	50
1. Der Schutzbereich	50
2. Schutzdimensionen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	51
a) Subjektiv-rechtliche Schutzgehalte	51
b) Schutz des Ortes der Meinungsbildung und -äußerung	53
c) Das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GG	53
II. Status positivus und Drittwirkung der Meinungsfreiheit	55
1. Objektiv-rechtliche Gehalte: Abgrenzung vom <i>status negativus</i>	56
2. Objektiv-rechtliche Gehalte der Meinungsfreiheit	57
a) Terminologie	57
b) Inhalt	57

c) Lehre der Schutzpflichten (Abgrenzung)	59
3. Mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit im Mietrecht und Arbeitsrecht	60
a) Meinungsäußerungen im Mietrecht	60
b) Meinungsäußerungen im Arbeitsrecht	62
aa) Im digitalen Kontext	63
bb) Whistleblowing	63
c) Zwischenfazit	65
III. Einfallsnormen für die Meinungsfreiheit im Zivilrecht	65
1. Generalklauseln	65
2. Kollision von Grundrechtsbestimmungen	66
3. Die Herstellung praktischer Konkordanz	67
a) Der Grundsatz	67
b) Operationalisierung	68
c) Evolution	68
4. Wechselwirkung i. S. d. Art. 5 Abs. 1–2 GG	69
5. Keine absolute Privilegierung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	70
a) Verfassungsgerichtliche Position	70
b) Ablehnung eines „in dubio pro libertate“-Prinzips	71
6. Zwischenfazit: Von der Kollision zum Ausgleich	72
IV. Keine materiell-verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG	73
1. Notwendigkeit einer eigenen Auswertung	73
2. Methode	74
a) Auf der Internet-Seite des Bundesverfassungsgerichts	74
b) In der Juris-Datenbank	75
3. Ergebnis	75
4. Zwischenergebnis	76
V. Fazit zur Drittwirkungslehre und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	78
1. Bestandsanalyse	78
2. Das Tatbestandsmodell: Pro und Contra	79
<i>D. Bewertung und Zwischenergebnis</i>	<i>81</i>
I. Bewertung	81
II. Voraussetzungen für eine intensivere Drittwirkung	81
 Kapitel 2: Die mittelbare Drittwirkung im Rechtsvergleich	 85
<i>A. Einleitung: Die USA als Vergleichsland</i>	<i>85</i>
I. Rückblick	85
II. Anknüpfungspunkte	86
1. Globalisierung, Digitalisierung und Privatisierung	86
2. Grundrechtseinschränkungen zwischen Privaten	86
III. Schwerpunkte des Rechtsvergleichs	89

1. Vergleichbarkeit von <i>state action doctrine</i> und mittelbarer Drittwirkung	89
2. Fokus auf die Meinungsfreiheit und das First Amendment	89
IV. Methode: Rechtsvergleich	91
1. Vorab: Der Rechtsvergleich im Verfassungsrecht	91
2. Methoden des Rechtsvergleichs	92
3. Funktionaler Vergleich	93
B. Funktionales Äquivalent: Die <i>state action doctrine</i>	95
I. Definition und Entwicklung der <i>state action doctrine</i>	96
1. Historischer Kontext	96
a) Naturrecht in der US-amerikanischen Tradition	97
aa) Naturrecht in der Unabhängigkeitsbewegung	97
bb) Lockes Natural Law Theory	97
cc) Naturrecht und Verfassung	98
b) Der <i>Bill of Rights</i> (1789)	99
2. Die Lehre der <i>state action doctrine</i>	100
a) Aus der Rechtsprechung des US-Supreme Courts	100
b) Ausnahme: Die <i>public function exception</i>	101
c) Anwendungsbereiche der <i>public function exception</i>	101
aa) <i>Marsh v. Alabama</i> (1946)	102
bb) <i>Jackson v. Metro. Edison Co.</i> (1974)	102
cc) Zwischenfazit	103
d) Abweichende Entscheidungen	103
aa) <i>Terry v. Adams</i> (1953)	104
bb) <i>Evans v. Newton</i> (1966)	104
3. <i>State action doctrine</i> und <i>public function exception</i> in der Literatur	105
4. Ausblick: Entwicklung der <i>state action doctrine</i> ?	107
II. Die <i>state action doctrine</i> im Kontext der Meinungsfreiheit	107
1. Einleitung	107
2. Der Schutz des <i>First Amendment</i>	108
a) Wortlaut der <i>Free Speech Clause</i> des <i>First Amendment</i>	108
b) Das <i>First Amendment</i> als Abwehrrecht	109
3. Abgestufter Schutz	110
4. Die Grenzen des Schutzbereichs	111
a) Keine materiellen Schranken	111
b) Der unbegrenzte Markt der Meinungen?	113
c) Der Schutz digitaler Inhalte	114
5. Ort der Meinungsäußerung: Die <i>public forum doctrine</i>	115
a) Definition der Doktrin und Anwendungsbereich	115
b) Außerhalb des Anwendungsbereichs	116
c) Die einschränkende Wirkung der Lehre	118
d) <i>Public forum</i> und <i>state action doctrine</i>	118
e) Ausnahme: Kalifornien	120

6. Zwischenfazit	120
III. Ergebnis des funktionalen Rechtsvergleich	121
1. Funktionales Äquivalent	121
2. Gemeinsamkeiten der <i>state action doctrine</i> und der mittelbaren Drittwirkung	122
3. Unterschiede	122
4. Gründe für Überschneidungen und Divergenzen	124
C. <i>Intermediäre als neue Akteure in der Free Speech Infrastruktur</i>	125
I. New fora	126
1. Stand der Rechtsprechung des SCotUS	126
a) <i>Reno v. ACLU</i> (1997)	126
b) <i>United States v. Am. Library Ass'n</i> (2003)	127
c) <i>Packingham v. North Carolina</i> (2017)	128
2. Auf Ebene der Fachgerichtsbarkeit	129
a) <i>Prager University v. Google</i> (2018)	129
b) <i>Knight First Amendment Institute v. Donald J. Trump</i> (2018)	131
c) <i>Davison v. Randall</i> (2019)	132
II. New actors	133
1. Mehr Verantwortung für digitale Diensteanbieter	134
2. Nicht als <i>state actors</i>	134
III. Ausblick	135
1. Lösungsansätze für die USA	135
2. Bedeutung für das deutsche Recht	136

Kapitel 3: Meinungsfreiheit als Teilnahme am kommunikativen Geschehen – Erkenntnisgewinn durch Interdisziplinarität 139

A. <i>Einleitung: Das Leitbild des öffentlichen Forums</i>	139
B. <i>Öffentlichkeitstheorien</i>	140
I. Öffentlichkeit als (normativ-unabhängiges) Konzept	140
II. Eine normative Definition der Öffentlichkeit	141
1. Das Leitbild der Öffentlichkeit in der Verfassung	141
2. Diskurstheorie und deliberative Demokratie	142
3. Öffentlichkeitsebenen	144
III. Die Akklamationsfunktion der Öffentlichkeit	145
C. <i>Öffentlichkeit und Kommunikation im Internet</i>	146
I. Der Wandel der Öffentlichkeit im Zuge der Digitalisierung	147
1. Rückblick auf das Social Web	147
2. Informationsintermediäre	148
3. Vielschichtigkeit und Durchlässigkeit	149
II. Öffentlichkeit(en) in der digitalen Gesellschaft: Ansätze in der Theorie	149

1. Herausforderungen für die Öffentlichkeitstheorien	150
2. Theoretische Ansätze zur Einordnung von sozialen Netzwerken als Öffentlichkeit	151
a) Medienanalogie: Integrierte Netzöffentlichkeit	151
b) Marktplatzanalogie: Persönliche Öffentlichkeit	152
c) Öffentlichkeit als Beziehungskonfiguration: Semiöffentlichkeit	153
III. Bedeutung von sozialen Netzwerken für die öffentliche Meinungsbildung	153
1. Beobachtbarkeit der Kommunikation auf sozialen Netzwerken	154
2. Empirische Befunde	155
a) Erhebungen zur Nutzung von Intermediären	155
b) Bewertung hinsichtlich der Bedeutung	156
<i>D. Zwischenergebnis aus theoretischer Perspektive</i>	<i>157</i>
Teil 2: Anwendungsbezogener Teil	159
Kapitel 4: Soziale Netzwerke und die Kontrolle über digitale Kommunikation	161
<i>A. Untersuchungsobjekt: soziale Netzwerke</i>	<i>161</i>
I. Einleitung: Herausforderungen für das Recht	161
1. Globales Netzwerk als privates Angebot	161
2. Kulturelle, soziale und rechtliche Unterschiede	162
II. Angebotscharakteristika von sozialen Netzwerken	163
1. Vermittlung von fremden Inhalten	163
2. Informations- und Identitätsmanagement	164
3. Das Geschäft mit der Aufmerksamkeit	165
III. Der Einfluss sozialer Netzwerke auf Kommunikation im Internet	166
1. „Winner-Takes-It-All“-Effekt	166
2. „Bottleneck-Effekt“	167
3. Zwischenfazit	168
<i>B. Teilöffentlichkeiten innerhalb sozialer Netzwerke</i>	<i>169</i>
I. Ausdifferenzierte Teilöffentlichkeiten	169
II. Beschreibung und Einordnung der Module	170
1. Newsfeed	170
2. Gruppen	171
3. Private Nachrichten	172
4. Zwischenergebnis	173
<i>C. Soziale Netzwerke im Grundrechtsgefüge</i>	<i>173</i>
I. Einleitung	173
II. Definition der Inhaltmoderation	174

1. Inthemoderation als „Moving Target“	175
2. Private Regeln für die Inthemoderation	176
a) Private Ordering	176
b) Vorrang von Private Ordering zulässig	177
III. Grundrechtsträger	178
1. Aus der Perspektive der Nutzer	178
2. Aus der Perspektive der sozialen Netzwerke	179
a) Inländische juristische Person gemäß Art. 19 Abs. 3 GG	179
b) Tangierte Grundrechte	180
IV. Grundrechtsschutz für soziale Netzwerke	181
1. Inthemoderation als Ausdruck einer Ausrichtung der Plattform	182
2. Medienfreiheiten	182
3. Abgeleitete Meinungsfreiheit	184
4. Spezifischer Grundrechtsschutz für digitale Plattformen	185
V. Ausrichtungsschutz zur Herstellung praktischer Konkordanz	186
1. Teleologische Herleitung	186
2. Kein Rückgriff auf Widmung- und Tendenzschutz	187
a) Die kommunikative Widmung	188
b) Der Tendenzschutz der Presse	188
3. Keine Einrichtungsgarantie	189
4. Ausrichtungsschutz für soziale Netzwerke in concreto	190
D. Fazit	191
Kapitel 5: Inthemoderation und die intensivere Drittwirkung	193
A. Sachverhalt: Inthemoderation auf sozialen Netzwerken	193
I. Facebook als Anwendungsfall	193
1. Beteiligte	194
a) Nutzerinnen und Nutzer	194
b) Menschliche Moderatoren und Commercial Content Moderation	195
c) Automatisierte Moderation: Algorithmen und Künstliche Intelligenz	196
2. Was wird gelöscht?	197
3. Werteorientiertes Löschen: Nicht illegale aber unerwünschte Inhalte	198
a) Facebooks Gemeinschaftsstandards	198
b) Facebooks Generalklausel	199
c) Subkategorien	200
aa) Verbot von Hassrede	201
bb) Verbot von Nacktheit	202
4. Sanktionierung: Durchsetzung der Entscheidung gegen Inhalte	205
a) Entfernen als Sanktion	205
b) Ausschluss (Zugangssperre)	206

c) Algorithmische Benachteiligung (Downgrading und Shadowbanning)	207
d) Eingeschränkte Nutzungsrechte (Quarantäne)	208
e) Zwischenfazit	209
II. Nach der Sanktionierung: Widerspruchsmöglichkeit	210
1. Interne „Berufung“	210
a) Kenntnis über die Sanktionierung	210
b) Berufungsrecht bei Facebook	211
2. Zweite Instanz: „Revision“ bei Facebook	212
III. Zwischenfazit	213
<i>B. Rechtliche Bewertung</i>	213
I. AGB-Kontrolle: Anwendbarkeit der §§ 305 f. BGB i. w. S.	214
1. Abgrenzung vom virtuellen Hausrecht	214
2. Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen	216
3. Anwendbarkeit der §§ 305 f. BGB i. e. S.	216
II. Vorliegen von AGB i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB	217
1. Der Prüfungsgegenstand	217
2. Einbeziehung in den Vertrag	218
a) Vorliegen eines Vertrags	218
b) Wirksames Einbeziehen der AGB	219
c) Keine überraschende Klausel	220
III. Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB	220
1. Zivilrechtliche Generalklausel	220
2. Eröffnung gemäß § 307 Abs. 3 BGB	220
3. Kein Klauselverbot gemäß §§ 308, 309 BGB	221
4. Inhaltskontrolle i. e. S.	221
a) Unangemessene Benachteiligung	221
b) § 307 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB	222
c) § 307 Abs. 1 S. 2 BGB: Transparenzgebot	224
5. Interessenabwägung im Einzelfall: das Ableiten von Kriterien	224
6. Kriterien der intensiveren Drittwirkung	225
a) Das Kriterium des „öffentlichen Kommunikationsraumes“	226
b) Das Kriterium der Angewiesenheit	227
c) Das Kriterium der Ausrichtung	228
7. Interessenabwägung: Schutzebenen	229
a) Schutz des Zugangs	229
b) Schutz der Äußerungsmöglichkeit	231
c) Schutz des Äußerungsinhalts	232
8. Facebook als konkretes Anwendungsbeispiel	233
a) Zugang zu Facebook	233
b) Angewiesenheit	234
c) Schutz einer Äußerung auf Facebook	234
aa) Keine unbestimmte Generalklausel	235

bb) Klare und verständliche Definition von Hassrede	235
cc) Den Kontext der Äußerung beachten	236
d) Facebooks Ausrichtungsschutz	237
9. Rechtsfolge gemäß § 306 BGB	238
IV. Rechtsfolge der intensiveren Drittwirkung	238
1. Ansprüche der Nutzer	238
a) Anspruch auf Zugang	238
b) Anspruch auf Wiederherstellung („Put-Back“)	239
2. Antizipatorische Effekte der intensiveren Drittwirkung	240
3. Rechtsprechung der Fachgerichte (2018–2021)	241
a) Bestandsaufnahme	241
b) Analyse	244
c) BGH-Entscheidungen (2021)	245
C. Fazit	246
Zusammenfassung	249
A. Kapitel 1: Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung	250
B. Kapitel 2: Die mittelbare Drittwirkung im Rechtsvergleich	251
C. Kapitel 3: Meinungsfreiheit als Teilnahme am kommunikativen Geschehen – Erkenntnisgewinn durch Interdisziplinarität	252
D. Kapitel 4: Soziale Netzwerke und die Kontrolle über digitale Kommunikation	253
E. Kapitel 5: Inhaltmoderation und intensivere Drittwirkung	254
I. Verpflichtete der intensiveren Drittwirkung	254
II. Wirkung der intensiveren Drittwirkung	255
Ausblick	257
A. Wiederherstellung entfernter Nutzerinhalte	258
B. Schutz für Daten und automatisierte Kommunikation	258
C. Automatisierung der Inhaltmoderation	259
D. Verlagerung öffentlicher Kommunikation	259
E. Privatisierte Anwendung der intensiveren Drittwirkung	260
F. Intensivere Drittwirkung im globalen Kontext	260
English Summary	263
A. Research Question	263

<i>B. Findings</i>	263
<i>C. A more intensive horizontal effect: Main features</i>	264
I. Requirements	264
II. Effects	265
<i>D. Outlook</i>	266
Literaturverzeichnis	267
Register	295

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abl.	ablehnend
AG	Amtsgericht
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
d.	der/des
DSA	Digital Services Act
FrHSchV D-USA	Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zw. der BRD und den USA v. 29.10.1954
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
krit.	kritisch
LG	Landgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NB	nota bene
o. g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
s. a.	siehe auch
SCotUS	Supreme Court of the United States
s. o.	siehe oben
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s. u.	siehe unten
u.	und
u. a.	unter anderem/und andere
Verf.	Verfasserin
vgl.	vergleiche
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. Bsp.	zum Beispiel
zw.	zwischen

Einleitung

A. Kommunikation in der digitalen Gesellschaft

Der Ruf nach Konzepten für das Recht der globalen und digitalen Gesellschaft hat in den letzten Jahren nicht abgenommen, obwohl er schon Beginn der 2000er Jahre prominent geäußert wurde.¹ Das hängt zum einen damit zusammen, dass bisherige Strukturmerkmale und Gegebenheiten, wie bspw. die grenzüberschreitende Durchsetzung des Rechts und die Autorität nationaler Gerichte, wegen der Digitalisierung und der Globalisierung in Frage gestellt werden. Zum anderen kann die Digitalisierung eine Transformation des anwendbaren Rechts mit sich bringen, weil neue Sachverhalte entstehen. Kaum ein Phänomen hat das Internet so verändert wie Informationsintermediäre, die sich nach und nach als Infrastruktur für Online-Kommunikation etabliert haben.² Sie bündeln verschiedene Medienlogiken und Kommunikationsformen, weshalb ihnen in vielen Ländern eine Schlüsselrolle als Infrastruktur des Internets zukommt.³ In manchen Regionen der Welt werden sie sogar als „Das Internet“ wahrgenommen.⁴ Die hohen Nutzerzahlen auf einigen wenigen Plattformen und deren Geschäft mit der Aufmerksamkeit der Nutzer und deren Daten werfen Fragen auf. Wie ist mit asymmetrischen Verhältnissen zwischen Privaten im Internet umzugehen, ist das Verhältnis zwischen privaten Akteuren im Internet und der öffentlichen Gewalt vergleichbar,⁵ inwieweit werden Menschenrechte wie die Meinungsfreiheit geschützt und welche Verantwortung schreibt man großen Intermediären zu?⁶

Digitale Kommunikationsplattformen sind keine neutralen Akteure. Von Google, das Anzeigen in Russland sperrt und YouTube-Videos entfernt, die den Krieg verharmlosen, über Twitter, das sich weigert, Tweets zu empfehlen, die

¹ *Hoffmann-Riem*, Der Staat 2003, 193 (214): „Die Kommunikationsordnung der Zukunft [...] hat noch keinen angemessenen Rechtsrahmen erhalten.“

² *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre.

³ *Dijck*, NM&S 2020, 1 (9); *Zimmer/Kunow*, Medienintermediäre und Meinungsbildung, S. 45.

⁴ *Taub/Fisher*, Where Countries Are Tinderboxes and Facebook Is a Match.

⁵ Vgl. *Marti*, in: Mastronardi, Das Recht im Spannungsfeld utilitaristischer und deontologischer Ethik, S. 107 (111); *Hoffmann-Riem*, Der Staat 2004, 203 (231).

⁶ *Kaye*, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.

auf russische Staatsmedien verweisen, bis hin zu TikTok, das als Reaktion auf das russische Fake News-Gesetz alle Video-Uploads aus dem Land aussetzte – alle großen Social Media-Plattformen haben seit dem 24.02.2022 Ad-hoc-Maßnahmen ergriffen, die über ihre bisherige Politik hinausgehen oder ihr widersprechen. Soziale Netzwerke sind eindeutig Teil des Informationskonflikts. Für diese Technologieunternehmen, die *de facto* zu Verwaltern von Online-Informationen geworden sind, ist es unerlässlich, schnell auf globale Ereignisse zu reagieren und gegebenenfalls ihre Regeln zu ändern. Vor über zehn Jahren bezeichnete die US-amerikanische Rechtswissenschaftlerin *Rebecca Tushnet* den Einfluss von Informationsintermediären auf die Meinungsfreiheit als „Power without Responsibility“.⁷ Verantwortung ist keine rechtliche Kategorie und dennoch blieb es über viele Jahre sozialen Medien überlassen, den normativen Rahmen ihrer Plattform zu bestimmen – verantwortungsvoll oder nicht.

Heute sind unterschiedliche Regulierungsvorhaben jeweils gegen Phänomene wie Hasskriminalität und Desinformation in sozialen Netzwerken zu beobachten (bspw. das Netzwerkdurchsetzungsgesetz), aber (noch) kein einheitlicher Umgang auf EU-Ebene.⁸ In der Diskussion um neue Regulierungsvorhaben kann aus dem Blick geraten, dass bereits vorhandene rechtliche Instrumente und allem voran die Menschenrechte (in unterschiedlichen Erklärungen und Chartas) ein gesellschaftliches Fundament bilden, auf dessen Grundlage die rechtlichen Instrumente von morgen geformt werden können.

Unbeantwortet ist u. a. bisher die Frage, wie der Umgang sozialer Netzwerke mit legalen jedoch unerwünschten Meinungsäußerungen im Internet rechtlich zu bewerten ist, d. h. ob das Sanktionieren von solchen Nutzerinhalten auf der Grundlage von privaten Nutzungsbedingungen mit der Meinungsfreiheit vereinbar ist. Die Inhaltmoderation durch soziale Netzwerke wurde lange nicht als rechtliches Problem wahrgenommen, weil die Frage der Durchsetzung gesetzlicher Verbote im Internet priorisiert wurde (bspw. durch das NetzDG). Doch unerwünschte, verletzende oder sogar demokratieschädigende Inhalte erfüllen oftmals nicht den objektiven Tatbestand eines gesetzlichen Verbots. Daraus folgt, dass soziale Netzwerke überwiegend durch ihre eigenen Regeln (bspw. „Gemeinschaftsstandards“) darüber entscheiden, welches Nutzerverhalten „erlaubt“ ist. Dieser Einfluss über öffentliche Kommunikation im Internet ist dann nicht unproblematisch, wenn solche Dienste Öffentlichkeit herstellen und Bedeutung für die Meinungsbildung erlangen, aber gleichzeitig den Zugang willkürlich verwehren. In diesem Kontext muss auf die Frage eingegangen werden, ob die Betreiber sozialer Medien die Kommunikationsfreiheiten ihrer Nutzer beachten sollten, und wenn ja, wie sie mit den Rechten und Freiheiten der Betreiber und Dritten vereinbar sind.⁹ Muss das Kuratieren von digitalen

⁷ *Tushnet*, Geo. Wash. L. Rev. 2008, 101.

⁸ Aller Voraussicht nach mit dem Digital Services Package der Europäischen Union.

⁹ S. a. *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, S. 684–685: in Bezug auf die „Ausweitung

Öffentlichkeiten auch grundrechtlich geschützt sein? Ziel dieser Arbeit ist es, verfassungsrechtliche Leitplanken zu identifizieren, die den Gerichten bei der Urteilsfindung als Unterstützung dienen können und die darüber hinaus auch in der Praxis der Inhaltemoderation der angesprochenen Unternehmen integriert werden können.

B. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Informationsintermediäre und ihre Bedeutung für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung beschäftigen diverse Wissenschaftszweige, auch die Rechtswissenschaften. Intermediäre des Typs „soziale Netzwerke“ ermöglichen es Nutzerinnen und Nutzern, Medieninhalte sowie nicht-journalistisch-redaktionelle Inhalte zu rezipieren und sich innerhalb eines algorithmisch auf den einzelnen zugeschnittenen Informationsumfelds zu äußern. Welche Konsequenzen hat es, wenn Informationsintermediäre den Zugang zu Kommunikationsmöglichkeiten verhindern oder Meinungsäußerungen „verbieten“, die keinen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot darstellen? Diese Frage ist der Anlass für die grundsätzliche Überlegung, inwieweit private Akteure wie soziale Netzwerke an die Meinungsfreiheit gebunden sein können.¹⁰ Sollen sie ohne weiteres die Inhalte ihrer Nutzer löschen dürfen, wenn diese nicht rechtswidrig sind, aber gegen ihre Nutzungsbedingungen verstoßen? Die Arbeit kombiniert Fragen der Grundrechtsdogmatik, die sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur umfassend besprochen wurden und dennoch nicht an Relevanz verloren haben. Seit dem Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts 1958 wird die Lehre der mittelbaren Drittwirkung angewandt. Demnach strahlen Grundrechte – neben ihrem subjektiv-rechtlichen Gehalt – durch Einbruchstellen in private Rechtsverhältnisse aus. Folglich müsse bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen der Verfassung gefolgt werden. Wie steht es um die Maßstäbe für die ordentliche Gerichtsbarkeit, wenn die vertragliche Gestaltungsfreiheit von privaten Diensten mit Blick auf die Meinungsfreiheit der Nutzer beurteilt werden muss?¹¹

Zur Beantwortung dieser Frage ist die Arbeit der Lehre der mittelbaren Drittwirkung gewidmet und befasst sich mit deren Entwicklung in der digitalen Gesellschaft. Forschungsgegenstand dieser Arbeit ist hauptsächlich deutsches Verfassungsrecht, insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieser Schwerpunkt kann zunächst wie ein Widerspruch zu

semi-öffentlicher Räume“ und dem Desiderat rechtlicher Regelungen für „die Ausübung der Grundrechte“ gegenüber „privaten Betreiber semi-öffentlicher Räume“.

¹⁰ Vgl. *Kuczerawy*, *Intermediary liability and freedom of expression in the EU*, S. 328 (Ausblick).

¹¹ Vgl. *Holznagel*, CR 2018, 369 (378).

den gestellten Forschungsfragen wirken, denn das Internet und die Plattformregulierung sind Themen, die inhärent global sind und sich nicht auf nationale Sachverhalte reduzieren lassen. Dennoch gibt es verschiedene Anknüpfungspunkte an die deutsche Rechtsordnung: zum einen die Lehre der mittelbaren Drittwirkung, die hierzulande eine prominente Rolle spielt, und zum anderen die Betroffenheit individueller Nutzer, die ihre Rechte vor deutschen Gerichten geltend machen. So kommt es bis dato beim Streit zwischen Plattformen und Nutzern auf die nationale Perspektive an. Deutsche Gerichte entscheiden, inwieweit Grundrechte zu beachten und angemessen abzuwägen sind.

Im ersten Schritt der Arbeit werden die Grundlagen der Drittwirkungslehre aufgearbeitet, um womöglich dort erste Hinweise auf die Anwendung der Lehre auf eine *de facto* meinungsfreiheitseinschränkende Vereinbarung zwischen Privaten zu finden. Insbesondere aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich, dass – unter bestimmten Voraussetzungen – Private zunehmend wie der Staat an die Meinungsfreiheit gebunden sein können. Im zweiten Schritt wird ein Vergleich mit den USA angestrengt. Grund hierfür ist der Verweis des Bundesverfassungsgerichts auf die US-amerikanische Doktrin des „public forum“ sowie die Tatsache, dass die sozialen Netzwerke in der hier untersuchten Konstellation in der Regel aus den USA kommen und daher dem dortigen Verfassungsverständnis folgen – auch wenn ihr Angebot global ist. Damit soll das Thema aus verschiedenen Blickwinkeln verfassungsdogmatisch beleuchtet werden.

Die Untersuchung befasst sich im Anschluss mit dem Begriff der Öffentlichkeit, der für die Frage der Drittwirkung so zentral ist. Die mittelbare Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG soll nicht nur Kommunikation innerhalb *öffentlicher* Räume im rechtlichen Sinne, sondern innerhalb einer sich im Internet wandelnden Form von *Öffentlichkeit* schützen. Der Rückgriff auf den Begriff der Öffentlichkeit in der Rechtswissenschaft ist selbstverständlich nicht neu. Dafür ist ein nicht unbedeutender Transfer zwischen der Kommunikations- und der Rechtswissenschaft erforderlich. Diese interdisziplinäre Rückkopplung unterliegt ebenfalls dem digitalen Wandel. Fraglich ist also, wie der Wandel der Öffentlichkeit sich auf deren Schutz durch Rechtsnormen und innerhalb des Rechtssystems auswirkt. Diese drei theoretischen Schritte werden im zweiten Teil der Arbeit übereinandergelegt: Im vierten Kapitel wird untersucht, wie soziale Netzwerke im Öffentlichkeitsgefüge einzuordnen sind und wie ihr Einfluss auf Kommunikation und Meinungsbildung tatsächlich zu bemessen ist. Schließlich wird im fünften Kapitel der konkrete Anwendungsfall der Inthaltungsmoderation durch soziale Netzwerke am Beispiel von Facebook erläutert und geprüft. Fraglich ist, ob eine unangemessene Benachteiligung dann anzunehmen ist, wenn soziale Netzwerke sich das Recht vorbehalten, Inhalte zu löschen, die in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fallen. Es geht dabei einerseits um die Anforderungen, die an eine vertragliche Grundlage für das Sanktionieren von

Nutzerverhalten gestellt werden können. Andererseits stellt sich die Frage, ob es ein legitimes und schutzwürdiges Interesse der Plattform gibt, rechtmäßige Inhalte zu entfernen, wenn sie mit der Werteordnung des Grundgesetzes und der generellen Ausrichtung der Plattform nicht vereinbar sind.

Aus der vorliegenden Untersuchung ergibt sich ein den individuellen Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verstärkendes Konzept, das auf die Wirkung der Meinungsfreiheit im Zivilrecht umfassend eingeht, denn beim Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geht es nicht nur um die Abwehr staatlicher Gewalt, im Gegenteil: die objektiv-rechtlichen Gehalte der Kommunikationsfreiheiten gewinnen umso mehr an Bedeutung, desto weniger deutlich die Grenzen zwischen privaten und öffentlichen Kommunikationsorten gezogen werden können. Vom Leitbild der deliberativen Demokratie ausgehend ist es Aufgabe des Rechts, den Schutz der freien Meinungsbildung umfassend gegenüber den Konsequenzen einer materiellen Privatisierung des Raumes für öffentliche Kommunikation zu schützen, wenn sie eine Gefahr für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung darstellt.¹² Aus dieser verfassungsrechtlichen Perspektive zeigt die Arbeit einen neuen dogmatischen Lösungsansatz auf (neben der bisher vorrangig regulierungsfokussierten Debatte),¹³ der die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts an die Lehre der mittelbaren Drittwirkung, den gesellschaftlichen Stellenwert der Meinungsfreiheit und die Besonderheiten der Öffentlichkeit in einer digitalen Gesellschaft verbindet.

¹² Zum Begriff der materiellen Privatisierung: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 655; *Masing*, in: Bäuерle/Wallrabenstein/Bryde, Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, S. 409 (422) spricht von einem „folgenreichen Paradigmenwechsel“.

¹³ U. a. von *Schemmel*, Der Staat 2018, 501 (521) als Desiderat identifiziert.

Teil 1

Theoretischer Teil

Kapitel 1

Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung

Die öffentliche Gewalt – Legislative, Exekutive, Judikative – ist an die Grundrechte gebunden. Diese unmittelbare Bindung wirkt nicht nur im Rahmen der Aufgaben der jeweiligen Organe, sondern verleiht dem individuellen Grundrechtsträger ein Abwehrrecht gegen den Staat, wenn jener in dessen Grundrechte eingreift.¹ Der subjektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte bedeutet, dass jeder Einzelne, wenn er sich durch eine Handlung der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten verletzt glaubt, zur Beschwer gegen den Staat befugt ist. Dieses Verständnis der Grundrechte ist für die freiheitlich-demokratische Grundordnung fundamental, weshalb der Verfassungsgeber die Bindung der öffentlichen Gewalt an die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG an zwei Stellen festgeschrieben, sowie in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG den Rechtsweg der Verfassungsbeschwerde geebnet hat.

Die Verfassungsbeschwerde kann gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG auch gegen Urteile der ordentlichen Gerichtsbarkeit gerichtet werden, wenn eine der beteiligten Parteien sich durch das Urteil in seinen Grundrechten eingeschränkt fühlt.² Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob das angegriffene Urteil den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten verletzt, weil das ordentliche Gericht die (Dritt-)Wirkung der Grundrechte nicht erkannt oder nicht ausreichend beachtet hat. So entfalten Grundrechte auch in Privatrechtsverhältnissen mittelbar eine Schutzwirkung. Grundsätzlich ist die Anwendung der Lehre stark von der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung geprägt, aber dieses Verständnis ist keineswegs Konsens in der Rechtswissenschaft, sondern wurde sowohl von Gerichten, als auch von der Literatur kritisiert. Daher soll zunächst ein Überblick über die Genese der mittelbaren Drittwirkung gegeben werden (A.). Um darzulegen, wie konzeptionell offen für eine Weiterentwicklung und Anpassungen an die Rechtsrealität die Lehre der mittelbaren Drittwirkung ist, werden im nächsten Schritt einschlägige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (seit dem Fraport-Urteil) vorgestellt und analysiert (B.). Da sich die Arbeit auf den Schutz der Meinungsfreiheit konzentriert, wird anschließend auf die Schutzgehalte von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und das Verhältnis zwischen objektiv-rechtlichen Gehalten jener und mittelbarer Drittwirkung eingegangen (C.).

¹ BVerfGE 6, 386 (387).

² Zur Zulässigkeit der Individualverfassungsbeschwerde: *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, Rn. 123.

Dieses *tour d'horizon* der Lehre der mittelbaren Drittwirkung wird abschließend bewertet und im Hinblick auf die weiteren Schritte der Arbeit fruchtbar gemacht (D.).

A. Die Genese der mittelbaren Drittwirkung in der Rechtsprechung

Die Lehre der mittelbaren Drittwirkung wird nicht *unisono* angewandt, vielmehr erfährt sie substanzielle Kritik auf unterschiedlichen Ebenen. Teilweise wird die Mittelbarkeit ihrer Wirkung in Frage gestellt, im Sinne eines umfassenderen Grundrechtsschutzes sei es gerechtfertigt, einzelne Freiheitsrechte im Rahmen bestimmter Privatrechtsverhältnisse unmittelbar anzuwenden. Zu den Vertretern dieser Ansicht zählte lange das Bundesarbeitsgericht, dessen Rechtsprechung daher einer Vorstellung bedarf (I.). Das Bundesverfassungsgericht – hingegen – hat sich im Lüth-Urteil für die Mittelbarkeit der Drittwirkung im Privatrecht ausgesprochen und ist von dieser Linie nicht abgewichen (II.). Die Kritik an der Lehre i. e. S. vermengt sich mit der an ihrer Anwendung durch das Bundesverfassungsgericht, sowie an der vermeintlichen Vermengung des Verfassungsrechts mit dem Privatrecht (III.). Die kritischen Argumente der Literatur sind wichtig, um ein vollständiges Bild zu zeichnen, aber auch um die Vor- und Nachteile der Offenheit der Lehre nachvollziehen zu können.

I. Die Rechtsprechung des BAG: die unmittelbare Drittwirkung

1. Schutz des Arbeitnehmers in Art. 118 WRV

Der Grundsatz, dass Grundrechte auch zwischen Privaten und sogar unmittelbar wirken können, galt bereits partiell in der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Art. 118 Abs. 1 S. 2 WRV regelte die unmittelbare Bindung der Arbeitgeber an die Meinungsfreiheit folgendermaßen: „An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.“. Des Weiteren sah die Weimarer Reichsverfassung noch zwei andere Fälle der unmittelbaren Drittwirkung vor: Art. 159 S. 2 (Vereinigungsfreiheit) und 160 S. 1 (Freistellung für die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und für öffentliche Ehrenämter) WRV. Die sozialen Grundrechte aus Art. 119 ff. WRV wurden in der Weimarer Reichsverfassung eher als Programmsätze oder Staatszielbestimmungen verstanden.³ Die individuellen Grundrechte (Art. 109 bis 118 WRV) wurden kon-

³ Poscher, S. 23 (27); Scheuner, in: Forsthoff/Weber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, 164.

Register

- Abwägung
 - Ablehnung 107
 - einzelfallbezogen 24, 77
 - materiell-verfassungsrechtliche Vorgaben 73
 - Systematisierung 73
- Abwägungsfehler 47, 74, 75
- Abwägungskriterien 61, 224
- AGB-Kontrolle 214 f.
 - Inhaltskontrolle 220 f.
 - Transparenzgebot 224
 - Unangemessene Benachteiligung 221, 232, 246
- Agenda-Setting 151
- Agora 140
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 23, 45, 46, 243
- Angemessenheit 69
- Angewiesenheit, Grad der 38, 41, 139, 157, 166, 227, 234
- Anwendbares Recht 216, 237
- Aufdeckung 64
- Aufmerksamkeitsökonomie 1, 165, 186
- Aushandlungsprozess 143
- Auslegung
 - ergänzende 23
 - Fehler 17, 18, 19
- Ausrichtung der Plattform 41, 182, 228
- Ausrichtungsschutz 186, 237
- Äußerung 52
- Äußerungsrecht 45, 79, 231, 234
- Ausstrahlungswirkung 15, 16, 26, 57, 59, 66, 135

- Bayer-Aktionäre-Beschluss 76
- Berichterstattung, Zulässigkeit der 46
- Bethge, Herbert 65, 78
- Bierdosen-Flashmob 31
- Bill of Rights 99, 123

- Black lives matter 87
- Blinkfuer-Beschluss 17
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 20
- Bottleneck-Effekt 167
- Boycott-Aufruf 15, 17, 18
- Brandenburg v. Ohio 112
- Brokdorf-Beschluss 54
- Bundesarbeitsgericht 10, 12
- Bundesgerichtshof 245 f.
- Bundesverfassungsgericht
 - Einfluss 24
 - Karlsruhe-Effekt 261
 - Kompetenz 21
 - Rechtsprechung 36, 74
- Bürgerschaftsverträge-Beschluss 19

- Cambridge-Analytica-Skandal 165, 199, 210
- Chancengleichheit 14, 18
- Cheap speech 114
- Chilling effects 121
- Civil Rights Act Cases 100
- Commercial content moderation 195
- Counterspeech 209
- Cyber-libertär 177

- Daseinsvorsorge 105
- Davison v. Randall 132
- Deliberative Demokratie 5, 73, 139, 141, 145
- Deliberative Öffentlichkeit 141, 143
- Demonstration/ s. Versammlung
- Digitale Gesellschaft 1, 5, 257
- Digitale Kommunikationsplattformen 1, 126
- Digitale Kommunikationsplattformen/
Einfluss von 2, 3, 90, 166, 175
- Digitalisierung 1, 80, 86
 - Recht der 47

- Diskriminierungsverbot 100, 104, 179
 – 14. Amendment 105
 Diskurs 41, 157
 Diskursmodell 142
 Diskurstheorie 141
 Downgrading 207, 240
 Drei-Ebenen-Modell 144
 Duldungspflicht 28
 Dürig, Günter 14
- Einbruchstellen 15
 Entscheidungsmacht 36
 Evans v. Newton 104, 123
- Facebook 39, 88, 193
 – Anwendung des Konzepts intensiverer
 Drittwirkung 233 f.
 – Gemeinschaftsstandards 198, 200,
 217
 – Generalklausel 199, 235
 – Revision 212
 – state actor 90
 – Verbot von Hassrede 201, 235
 – Verbot von Nacktheit 202, 236
 Facebook Oversight Board 212
 Faires Verfahren 35
 Filterblasentheorie 152
 First Amendment 89, 107 f., 109, 121
 – Free speech clause 108
 – speech-facilitating conduct 109
 Forum 42, 53, 140
 – designated public 116, 131, 133
 – limited public 116
 – Leitbild des öffentlichen Forums 30,
 82, 128, 139, 188, 226, 230
 Forum, public
 – Doktrin 83, 89, 107, 115 f.
 – Weiterentwicklung der Doktrin 136
 – einschränkende Wirkung 118, 121
 – Facebook 132
 – Internetzugang 127
 – YouTube 130
 – social public forum 136
 – traditional public forum 115, 131
 Fraport-Urteil 27, 54, 80, 226
 Free speech 108
 – Ausnahmen 111 f., 127
 – commercial speech 111
 – content neutral regulation of protected
 speech 116
 – content-based regulation 110
 – core political speech 110
 – Digitale Inhalte 114
 – Universitäten 117
 Freiheit, unternehmerische 244
 Freiheitlich-demokratische Grundordnung
 12, 50
 Freiheitsrechte 13, 23
 – gottgegebene 98
 Funktionsnachfolge 32, 33, 106
- Garantenstellung 29, 59
 Generalklauseln 16, 18, 19, 20, 56, 65,
 77, 220
 Geschäftsgeheimnis 64
 Geschäftsmodell 162, 165, 168, 186
 Gesetzesvorbehalt 11, 68,
 Gewährleistungsinhalt 56, 58, 69, 143
 Gewichtsformel 68
 Giegerich, Thomas 85
 Gleichbehandlungsgebot 34, 37, 44
 Globalisierung 1, 80, 86, 257
 Gostomzyk, Tobias 184
 Grundrechte
 – Abwehrrecht 9, 23, 47, 56
 – objektiv-rechtlicher Gehalt 21, 49, 55,
 56
 – subjektiv-rechtlicher Gehalt 14, 16,
 21, 51
 Grundrechteerklärung von Virginia 97,
 107
 Grundrechtsbindung 26, 49, 81
 Grundrechtsdogmatik 3, 21
 Grundrechtskollision 66, 72, 78
 Grundrechtsoptimierung 69
 Grundrechtstheorie 20, 78
 – liberale 21
 Grundrechtsverletzung 18, 28, 40
 Güterabwägung 16, 22, 66
- Habermas, Jürgen 141
 Hassrede 39, 125, 199, 243
 – Definitionen 201
 Hausrecht 27, 28, 34, 38, 43, 87, 117
 – virtuelles 214
 Hausverbot 27, 31

- Hotel-Beschluss 42, 233
- Hesse, Konrad 67, 71
- Hoffmann-Riem, Wolfgang 58

- Idealkonkurrenz 53
- Identitätsmanagement 164
- Informationelle Selbstbestimmung 47
- Informationsintermediäre 1, 125, 146, 148, 156, 169
- Informationsmanagement 164
- Ingold, Albert 185
- Inhaltsmoderation 2, 174, 180, 193
 - automatisierte 196, 259
 - Durchsetzung 205
 - Entscheidungsgrundlage 177
 - Künstliche Intelligenz 197
 - prozedurale Anforderungen 230
 - Rechtmäßigkeit 175, 225
 - Widerspruch 210
- Instagram 170
- Intensivere Drittwirkung 80, 137
 - Voraussetzungen 81, 168, 225 f.
 - antizipatorische Effekte 240, 260
 - Rechtsfolge 238 f.
- Inzivilität 201, 235
- Ipsen, Jörn 58
- Iskon v. Lee 119

- Jackson v. Metro. Edison Co. 102
- Jefferson, Thomas 98
- Jim Crow Laws 101

- Kalifornien 110, 120
- Kalkar-Beschluss 55
- Knight First Amendment Institute v. Donald J. Trump 131
- Kommunikation
 - allgemeine 29, 30, 49, 139
 - automatisierte 258
 - Freiheitlichkeit 58
 - globale 178
 - interpersonale-öffentliche 154, 157
 - öffentliche 42, 144
- Kommunikation, öffentliche
 - Flaschenhals 167
 - Rahmenbedingungen 29, 47, 115
- Kommunikationsfreiheiten 59, 80, 181

- Kommunikationsinfrastruktur 128, 161, 182, 227, 231
- Kommunikative Macht 154, 168
- Kommunikativer Raum 28, 82, 226
- Konkretisierung 17, 18, 45, 70, 78
- Konstitutionelle Kultur 95
- Kontext, kultureller 163, 236
- Konzentration 167
- Kündigungsgrund 61, 62
- Kunsthfreiheit 204
- Künstliche Intelligenz 258
- Kuratieren 2, 183
- Kuratierung, algorithmische 164, 167, 236

- Ladeur, Karl-Heinz 215
- Lehre der mittelbaren Drittwirkung 4, 9, 14, 48
 - Intensität 29
 - Kritik 20 f., 25, 36, 78
 - Rechtsvergleich 85
- LG Hamburg 15, 17, 46,
- Lloyd Corp v. Tanner 119, 129
- Locke, John 97
- Löschen, wertorientiertes 175, 199, 232, 236
- Lüth-Urteil 3, 15, 55, 57, 70, 142

- Machtasymmetrien 80, 122
- Madison, James 99, 110
- Marketplace of ideas 85, 113
- Marktbeherrschung 38, 40, 166, 227
- Marsh v. Alabama 89, 102
- Massenkommunikation 144
- Massenmedien 144, 149, 154, 182
- Materiell privat 29
- Mediale Interaktionssphären 185
- Meinung 52
- Meinungsäußerungsfreiheit 51, 117, 229
- Meinungsbildung
 - freie, individuelle und öffentliche 39, 50, 142
 - öffentliche 54, 153, 236
 - Ort 53, 158
 - politische 142, 146
 - Empirie 155
- Meinungsbildungsfreiheit 51
- Meinungsfreiheit 10, 50, 249
 - abgeleitete 184

- Leistungsanspruch 58
- objektiv-rechtliche Gehalte 57
- Privilegierung 70
- Schutzbereich 17, 29, 30, 50, 258
- Meinungskampf 18, 50, 70, 235
- Meinungsmacht 166
- Mephisto-Beschluss 18
- Mephisto-Formel 18, 19, 76, 123, 205
- Messaging 172
- Mill, John Stuart 98
- Mission Statement 162
- Mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit
 - Arbeitsrecht 62
 - Mietrecht 60
- Monopolstellung 107
- Müller, Friedrich 78
- MySpace 203

- Nacktheit 199, 204
- Natural law theory 97
- Naturrecht 97, 98, 124
- Netzöffentlichkeit, integrierte 151
- Netzwerkdurchsetzungsgesetz 2, 187, 243
- Netzwerkeffekt 167, 168
- Neuberger, Christoph 148, 151
- New York Times Co. v. Sullivan 113
- Newsfeed 170
- Nibelungen-Beschluss 31, 226
- Nipperdey, Hans Carl 12, 13
- Normen, soziale 174
- Notice and take-down-Prinzip 195
- Nutzeransprüche 238 f.
- Nutzergenerierte Inhalte 148, 163
- Nutzungsbedingungen 161, 174, 177
- Nutzungssperre 82, 180

- Obiter dictum 29
- Occupy Wall Street 86
- Öffentliche Gewalt 9, 13, 14, 16, 23
- Öffentlichkeit 4, 42, 140
 - Akklamationsfunktion 145
 - Arenen 145
 - Ebenen 144, 147, 149
 - Imaginativ 140
 - Online 232
 - persönliche 152
 - private 81, 150
 - Theorien 140, 175
- Ökosystem, digitales 165
- Overblocking 184

- Packingham v. North Carolina 128, 130, 133
- Parabolantennen-Fall 60, 225
- Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators Ass'n 115
- Personalisierung 153
- Plattform Governance 176
- Plattform, mehrseitige 194
- Plattformarchitektur 198
- Plattformnutzungsvertrag 218, 222
- PragerUniversity v. Google 129
- Praktische Konkordanz 31, 35, 186
 - Grundsatz 67
- Presse-Grosso 183
- Privatautonomie 15, 19, 23, 37, 44, 180, 245
 - in den USA 100
- Private Ordering 176, 260
- Privateigentum 31, 104, 119
- Privatisierung des öffentlichen Raums 30, 80, 86, 102, 118 f.
 - NYC Zoning Resolutions 119
- Prod-user 148
- Pruneyard Shopping Center v. Robins 120
- Put-Back-Anspruch s. Wiederherstellung

- Quarantäne 208

- Ranking Digital Rights 211
- Recht auf Vergessenwerden 45
- Rechtsentwicklung 79
- Rechtsprechung der Fachgerichte 241 f.
- Rechtssicherheit 19
- Rechtsvergleich
 - funktionaler 85, 93 f., 121
 - Methode 91
 - verfassungsrechtlicher 92
- Reddit 170, 177, 208
- Regulierung, inhaltsbezogene 175
- Reichweite 152
- Religionsfreiheit 97, 107
- Reno v. ACLU 126
- Rundfunkordnung 79

- Schmitt, Carl 145
 Schutzbedarf 15
 Schutzpflichten 24
 – Lehre 59
 Section 230 CDA 134, 198
 Semiöffentlichkeit 153
 Shadowbanning 207, 240
 Sitztheorie 179
 Soldaten sind Mörder-Beschluss 30
 Soziale Netzwerke 87, 148, 161
 – Gemeinschaftsstandards 177, 186, 194, 198
 – Medienfreiheiten 181, 182
 – Modularer Aufbau 169, 185, 190
 – Persistenz 155
 – public forum 128
 – spezifischer Grundrechtsschutz 185
 – state actor 134
 Sozialpflichtigkeit 24
 Spezifische Konstellation 34, 37, 44
 Spiegelmodell 143
 Staatsähnlich 47
 Stadionverbot-Beschluss 34
 State action doctrine 85, 89, 95 f., 100 f., 123
 – First Amendment 124
 – Kritik 105
 – public function exception 91, 101, 103
 Status negativus/s. Grundrechte/subjektivrechtlicher Gehalt
 Status positivus/s. Grundrechte/objektivrechtlicher Gehalt
 Streitbelegungsstruktur 212, 260
 Strukturelle Überlegenheit 37, 38
 Suchmaschinen 46, 183
 Sunstein, Cass 106
 Systematisierung der Drittwirkungslehre 78, 79
 Tatbestandsmodell 19, 48, 65, 74, 79
 Teilhabe am gesellschaftlichen Leben 35, 36, 227, 229
 Teilöffentlichkeiten 149, 169
 Terry v. Adams 104
 The Napalm Girl 163
 Tim O'Reilly 147
 Timeline 170
 Transformation 1, 4
 Trump, Donald J. 88, 131, 209
 Tushnet, Mark 85, 93, 124
 Twitter 88, 131
 Übermaßverbot 72
 Unabhängigkeitserklärung der USA 98
 Unangemessene Benachteiligung 4, 82, 235
 Ungleichgewicht 19, 20, 38
 United States v. Am. Library Ass'n 127
 Unmittelbare Drittwirkung 10, 11, 12, 22, 28
 Untermaßverbot 59
 User-generated content s. Nutzer-generierte Inhalte
 Verantwortung 2
 Verfassungsbeschwerde 9, 17, 18, 40, 46
 Verfassungsdogmatik 125
 Verfassungsgebender Konvent 11, 14
 Verfassungsmäßigkeit 72
 Verfassungsprinzip, objektives 34
 Verfassungsrechtliche Maßstäbe 3, 18
 Verfassungsrechtlicher Leistungsanspruch 36
 Vermittlungsfunktion 155, 164, 182
 Vernetzung 87
 Versammlung 27
 Versammlungsfreiheit 27, 29, 32
 – Ort 29, 31, 87
 – Verhältnis zur Meinungsfreiheit 53
 Vertragsgemäßer Gebrauch 60
 Vorrangsregel 71, 77, 79, 232
 Wahlfreiheit/15. Amendment 104
 Wahlkampf 42
 Wandel 4, 147
 – s. auch Transformation
 We are the 99% 87
 Web 2.0 147
 Wechselwirkung 69, 245
 III. Weg-Beschluss 39, 82, 191, 227
 Weimarer Reichsverfassung 10, 12, 14
 Wertentscheidung, verfassungsrechtliche 47, 57
 Wertesystem 16, 19, 78
 Whistleblowing 63
 Wiederherstellung 41, 239, 258

Winner-takes-it-all-Effekt 166

YouTube 129

Zivilrechtsprechung 14, 16, 23, 25

Zugang 41, 48, 80, 143

– Anspruch 238

– Möglichkeit 173, 229

– Sperre 82, 206, 223, 230

Zwillingsgrundrechte 51