

Schwärme im Recht

Herausgegeben von
BEN KÖHLER und
STEFAN KORCH

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

494

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

494

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Schwärme im Recht

Herausgegeben von
Ben Köhler und Stefan Korch

Mohr Siebeck

Ben Köhler ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

Stefan Korch ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

ISBN 978-3-16-162016-4 / eISBN 978-3-16-162017-1

DOI 10.1628/978-3-16-162017-1

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 11/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band geht auf eine Tagung am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im Sommer 2022 zurück. Unter dem Thema „Schwärme im Recht“ diskutierten die Teilnehmenden die Regelungsprobleme emergenter Kollektivität aus denkbar unterschiedlichen Perspektiven. Diese Breite spiegelt sich auch im Tagungsband wider, der zivil- und wirtschaftsrechtliche, öffentlich-rechtliche, europarechtliche, arbeitsrechtliche, kollisionsrechtliche sowie strafrechtliche Beiträge vereint. Als Veranstalter und Herausgeber danken wir den Referentinnen und Referenten herzlich dafür, dass sie sich allesamt mit großem Engagement und Interesse auf das Generalthema eingelassen haben.

Den Direktoren des Hamburger Max-Planck-Instituts, *Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M., Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M.* und *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann*, danken wir für die Aufnahme der Arbeit in die Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Unser Dank gilt ferner Herrn *Dr. Christian Eckl*, Frau *Janina Jentz* sowie Herrn *Jonas Voigt* für die Unterstützung bei der Fertigstellung des Manuskripts.

Hamburg, im Oktober 2022

*Ben Köhler
Stefan Korch*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis	IX

Stefan Korch/Ben Köhler

Schwärme im Recht – eine Einführung.....	1
--	---

1. Teil: Plattformen als Schwarminfrastruktur

Moritz Hennemann

Die Kuratierung virtueller Räume durch Verträge. Freiheitsgrade, Konstitutionalisierung, Marktverfassung.....	15
--	----

Ranjana Andrea Achleitner

Virale Meinungsbildung und Filterblasen. Regulatorische Initiativen der EU – Zur Auswirkung des Digital Services Act auf Schwärme in sozialen Netzwerken	39
--	----

Tabea Bauermeister

Der Ausschluss vom Schwarm. Über das Löschen von Social-Media-Accounts.....	51
--	----

2. Teil: Verantwortung und Verantwortlichkeit im Schwarm

Sebastian Golla

Schwärme und Cybermobbing. Gruppenbezogenes Strafrecht in der virtuellen Welt	77
--	----

Christian Gomille

Die deliktische Haftung der Schwarmglieder.....	89
---	----

Lea Katharina Kumkar

Die Plattform-Verantwortlichkeit für Schwarmschäden.....	105
--	-----

Andreas Engel

Schwärme im Internationalen Zivilverfahrensrecht und im Internationalen Privatrecht	123
--	-----

Anna K. Bernzen

Dritte und der Datenschutz. Zur Verarbeitung der Daten von Nicht-Nutzern in sozialen Medien.....	145
---	-----

3. Teil: Schwärme im Wirtschaftsrecht

Lena Rudkowski

Der Schwarm als Chance für das kollektive Arbeitsrecht	167
--	-----

Sebastian Omlor

Schwarmfinanzierung. Plattformökonomie versus DeFi-Kreditfinanzierung	181
--	-----

Alexander Sajnovits

Swarm Trading. Kapitalmarktregulierung im Zeitalter von sozialen Medien und Neo-Brokern	197
--	-----

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	219
--	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AFM	Netherlands Authority for the Financial Markets
AtP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVMD-RL	Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BKartA	Bundeskartellamt
BörsG	Börsengesetz
BRJ	Bonner Rechtsjournal
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

BUSD	Binance USD
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CASP	Crypto-asset service provider
CFD	Contracts for Difference
COM	Commission (Europäische Kommission)
COVID	Corona Virus Disease
CBDC	Central Bank Digital Currency
CR	Computer und Recht
CRR	Capital Requirements Regulation
CRR-VO	Kapitaladäquanzverordnung/Kapitalanforderungsverordnung
DAI	Deutsches Aktieninstitut
DAO	Decentralized Autonomous Organization
DeFi	Decentralized Finance
ders.	derselbe
desgl.	desgleichen
DGA	Data Governance Act
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DI-RL	Digitale Inhalte-Richtlinie
DLT	Distributed ledger technology
DMA	Digital Markets Act
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSA	Digital Services Act, in der Fassung vom 21.9.2022
DSA-E (EP)	Digital Services Act, Vorschlag des Europäischen Parlaments vom 28.5.2021
DSB	Datenschutz-Berater
DS-GVO/DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DSRL	Datenschutz-Richtlinie
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
ebd.	ebenda
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECRL	E-Commerce-Richtlinie
ECSP	European Crowdfunding Service Provider
ECSP-VO	European Crowdfunding Service Provider Regulation (Verordnung über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen)
Ed.	Edition
EDRi	European Digital Rights
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E-Geld	Elektronisches Geld
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwGr.	Erwägungsgrund
ESC	Europäische Sozialcharta
ESG	Environmental Social Governance
ESMA	European Securities and Markets Authority (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde)
et al.	et alii
et seq.	et sequens
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuConst	European Constitutional Law Review
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
eWpG	Gesetz über elektronische Wertpapiere
f., ff.	folgende
FinTech	Financial Technology
Fn.	Fußnote
Fordham Urb. L.J.	Fordham Urban Law Journal
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HambBfDI	Hamburgischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
i.e.	id est
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne einer/eines
i. S. v.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
ITRB	IT-Rechtsberater
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
K&R	Kommunikation und Recht
krit.	kritisch
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	litera
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Ls.	Leitsatz
MAR	Market Abuse Regulation
m. E.	meines Erachtens
MiCA	Markets in Crypto-assets
MiCAR	Regulation on Markets in Crypto-assets
MiCAR-E	Entwurf einer „Regulation on Markets in Crypto-assets“
MiFID	Finanzmarkttrichtlinie (Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente)
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NetzDG	Netzwerkdurchsuchungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
OVG	Oberverwaltungsgericht
PFOF	Payment for order flow
ProspektVO	Prospektverordnung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RDigital	Recht Digital
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache/n
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite/Seiten
SchIA	Schlussantrag/Schlussanträge
SE	Societas Europaea
SEC	United States Securities and Exchange Commission
sog.	sogenannte/sogenannter/sogenanntes
StGB	Strafgesetzbuch
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
TAZ	Die Tageszeitung
TTSDG	Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation- Telemedien-Datenschutz-Gesetz)
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche/s
u.Ä.m.	und Ähnliche/s mehr
u.g.	unten genannt/en
UGC	user-generated content
UrhDaG	Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz
Urt. v.	Urteil vom
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
verb.	verbunden/e
VersammlG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorbem	Vorbemerkung/Vorbemerkungen
VuR	Verbraucher und Recht
WEF	World Economic Forum
WM	Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft

ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZdiW	Zeitschrift für das Recht der digitalen Wirtschaft
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfVP	Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Energie- und Technikrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Schwärme im Recht – eine Einführung

Stefan Korch/Ben Köhler

I. Schwärme im Gesetz	1
II. Schwarmbegriff als Metapher	2
III. Untersuchungsgegenstand	3
IV. Schwarmverhalten als soziales Phänomen und rechtliche Herausforderung	5
V. Die einzelnen Beiträge im Überblick	6
1. Plattformen als Schwarminfrastruktur	6
2. Verantwortung und Verantwortlichkeit im Schwarm	7
3. Schwärme im Wirtschaftsrecht	9
VI. Zusammenfassung und Ausblick	10

I. Schwärme im Gesetz

Schwärme haben vereinzelt legislative Beachtung erfahren. Allgemein bekannt dürften dabei die Regelungen zu Bienenschwärmen in §§ 961–964 BGB sein – welche Sachenrechtsvorlesung kommt ohne eine launische Bemerkung zum Verfolgungsrecht des Imkers aus? Auch das europäische Sekundärrecht kennt Regelungen zu Tierschwärmen. Besonders prominent sind dabei Fischeschwärme,¹ aber auch Bienen finden Erwähnung: Anlage II zur Öko-VO 2018² erlaubt den jährlichen Austausch von 20 % der Weiseln und Schwärme in der ökologischen/biologischen Produktionseinheit durch nicht-ökologische/nichtbiologische Weiseln und Schwärme zur Erneuerung von Bienenbeständen. Das nationale öffentliche Recht enthält Vorschriften zu Fledermäusen³ und natürlich zu Bienen: Die Tierwirt-Ausbildungsverordnung

¹ So etwa in Art. 10 der Delegierten Verordnung (EU) 2020/2014 der Kommission vom 21. August 2020 mit Einzelheiten zur Umsetzung der Anlandeverpflichtung für bestimmte Fischereien in der Nordsee im Zeitraum 2021–2023 (ABl. L 415 vom 10.12.2020, S. 10–21).

² Verordnung (EU) 2018/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates (zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2022/474 vom 17.1.2022 (ABl. L 98 S. 1)).

³ Siehe Anlage Ia zur Bayerischen Verordnung über die Natura 2000-Gebiete (Bayerische Natura 2000-Verordnung – BayNat2000V) v. 12.7.2006 (GVBl. S. 524), BayRS 791-

legt in der Anlage zu § 6 für die Fachrichtung Imkerei fest, dass Kenntnisse und Fähigkeiten zu Völkerführung und Bienengesundheit erworben werden müssen; der Tierwirt muss die „Schwarmstimmung beurteilen und Schwarmverhinderungsmethoden anwenden, Schwarm versorgen und führen sowie Rechtsvorschriften beachten“.⁴ Und auch im Steuerrecht sind Bienenschwärme ein Thema, weil der Erwerb von „alle[n] Arten von Bienen, auch Haus- und Waldbienen im Schwarm oder in Stöcken, Körben, Kästen oder dergleichen“ umsatzsteuerlich begünstigt ist, wie ein BMF-Schreiben erläutert.⁵ Im Gesetz begegnen einem also fast ausschließlich Regelungen zu Tierschwärmen. Wichtigste Ausnahme ist die im letzten Jahr in Kraft getretene ECSP-Verordnung zur Regulierung von Schwarmfinanzierungen.⁶

II. Schwarmbegriff als Metapher

In diesem Band stehen freilich nicht Schwärme im Tierreich im Vordergrund, sondern Schwärme von Menschen und deren Verhalten, wie ein Blick auf die Einzelthemen zeigt.⁷ Wir verwenden den Begriff folglich nicht technisch, sondern metaphorisch.⁸ Gemeint sind Gruppen von Menschen, die sich wie Schwärme verhalten.⁹ Sie zeigen emergente Verhaltensmuster,¹⁰ die sie von bloßen Menschenansammlungen und Menschenmassen abgrenzen.¹¹ In der Schwarmmetapher können unterschiedliche rechtliche und soziale Phänome-

8-1-U; Anlage I zur Rheinlandpfälzischen Landesverordnung über die Erhaltungsziele in den Natura 2000-Gebieten v. 18.7.2005 (GVBl. S. 323).

⁴ Anlage zu § 6, Verordnung über die Berufsausbildung zum Tierwirt/zur Tierwirtin v. 17.5.2005 (BGBl. I S. 1426).

⁵ Schreiben betr. ermäßigten Steuersatz für die in der Anlage 2 des UStG bezeichneten Gegenstände v. 5.8.2004 (BStBl. I S. 638/BMF IV B 7 – S 7220 – 46/04) (unter B.).

⁶ Verordnung (EU) 2020/1503 v. 7.10.2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 und der Richtlinie (EU) 2019/1937 (ABl. L 347 S. 1); dazu etwa *Omlor*, in diesem Band, S. 181, sowie *Buck-Heeb/Omlor*, BKR 2022, 137; *Helmrich*, Die Regulierung von Immobilien-Crowdfunding-Plattformen, 2022, S. 331 ff.; zum deutschen Begleitgesetz *Renner/Seidel*, BKR 2022, 176; rechtsvergleichend *Schuster*, Die Regulierung von Investment Crowdfunding in den USA, 2018.

⁷ Zu den Unterschieden und zur diskursiven Bedeutung des Tiervergleichs siehe *Gamper*, in: Horn/Gisi, Schwärme – Kollektive ohne Zentrum, 2009, S. 69.

⁸ Vgl. *Kersten*, Schwarmdemokratie, 2017, S. 25 ff.; 69 ff.; *Vehlken*, Zootechnologien – Eine Mediengeschichte der Schwarmforschung, 2012, S. 405.

⁹ *Kersten* (Fn. 8), S. 69.

¹⁰ Von „emergenter Kollektivität“ spricht *Kersten* (Fn. 8), S. 79 und passim.

¹¹ Die Erkenntnisse der Entomologie können dabei unterstützend zur Beschreibung des Verhaltens dieser Menschengruppen herangezogen werden. Vgl. *Kersten* (Fn. 8), S. 69 (zur eingeschränkten Übertragbarkeit der Erkenntnisse der Entomologie S. 11 ff.).

ne zusammengefasst und verglichen werden.¹² Die so gewonnene Abstraktionshöhe soll zu einer kohärenteren und differenzierteren Betrachtung der Einzelphänomene beitragen.¹³ Damit lehnen wir uns an die Untersuchung von *Kersten* zur Schwarmdemokratie¹⁴ an und unterscheiden uns zugleich in der Perspektive, die stärker die Rolle des Einzelnen im Schwarm und die Bedeutung der Kommunikationsplattformen in den Blick nimmt. Denn ebendiese Kommunikationsplattformen sind die wesentlichen Treiber der Zusammenschlüsse von Menschen, weil sie Kosten und Aufwand der Koordination von Individuen auf ein vernachlässigbares Niveau senken.¹⁵ Gemeint sind vor allem soziale Medien.¹⁶ Vernetzung und Gruppenbildung werden durch sie signifikant vereinfacht und führen zu Verhaltensweisen von Menschen in Gruppen, die jedenfalls in dieser Häufigkeit und Intensität vor wenigen Jahrzehnten noch nicht zu beobachten waren.¹⁷

III. Untersuchungsgegenstand

Was zeichnet die von uns untersuchten Schwärme aus? Es handelt sich um Kollektive von Individuen, die interagieren und miteinander kommunizieren.¹⁸ Die Individuen zeigen dabei gleichförmiges Verhalten, verlieren aber nicht ihre Individualität.¹⁹ Die Einzelnen entscheiden grundsätzlich selbst, ob und wie lange sie am Schwarm teilnehmen und das Schwarmverhalten zeigen.²⁰ Es besteht kein Zwang zur Teilnahme. *Kersten* spricht von „emergente[r] Kollektivität“ durch „ko-isoliertes Parallelverhalten“,²¹ *Ingold* von

¹² *Kersten* (Fn. 8), S. 73.

¹³ Ähnlich schon *Kersten* (Fn. 8), S. 73.

¹⁴ *Kersten* (Fn. 8).

¹⁵ Vgl. schon *Han*, *Im Schwarm*, 2013, S. 26 ff.; *Kersten* (Fn. 8), S. 10; *Schäfer*, in: *Baxmann/Beyes/Pias*, *Soziale Medien – Neue Massen*, S. 281, 294 f.; *Sprenger*, in: *Baxmann/Beyes/Pias*, *Soziale Medien – Neue Massen*, S. 55, 60 f.; *Thacker* (Fn. 15), S. 27, 29 f.

¹⁶ Zu deren Chancen und Risiken für die Demokratie *Buchholtz*, *DÖV* 2017, 1009, 1010 ff.

¹⁷ Dazu *Kersten* (Fn. 8), S. 128 f.

¹⁸ Vgl. dazu *Kersten* (Fn. 8), S. 96 f.; *Thacker* (Fn. 15), S. 27, 32 ff.; *Wiedemann*, in: *Baxmann/Beyes/Pias*, *Soziale Medien – Neue Massen*, S. 261, 267 ff. (am Beispiel von Anonymous).

¹⁹ *Brezina*, *Raumplanung und die Macht des Schwarms*, 2021, 140; *Han* (Fn. 15), S. 19 ff.; *Rheingold*, in: *Bruns/Reichert*, *Reader Neue Medien*, 2007, S. 359, 366; vgl. ferner *Gärditz*, *Der Staat* 54 (2015), 113, 114.

²⁰ *Kersten* (Fn. 8), S. 78.

²¹ *Kersten* (Fn. 8), S. 78; zuvor bereits *Thacker* (Fn. 15), S. 27, 54 („emergente Kollektivität“).

„emergente[n] Netzkollektivitäten“.²² Damit ist auch schon das wesentliche Charakteristikum von Schwärmen genannt: die Emergenz.²³ Die Verhaltensweisen und Strukturen des Ganzen lassen sich nicht ohne Weiteres aus den Eigenschaften der Schwarmglieder erklären (Undeduzierbarkeit).²⁴

Die Binnenstruktur der menschlichen Schwärme ist durch das Fehlen einer formal-hierarchischen Ordnung bestimmt. Es gibt keine formale, zentrale Steuerung.²⁵ Das schließt indes nicht aus, dass bestimmte Schwarmglieder einflussreicher sind als andere. Sie können etwa als Impulsgeber oder Meinungsführer auftreten. Ihre Autorität und ihr Einfluss fußt allerdings grundsätzlich auf der Akzeptanz durch die übrigen Schwarmglieder. Eine andere Frage ist freilich, ob die Einzelnen im Schwarm tatsächlich selbstbestimmt Entscheidungen treffen. Das setzt eine Informationsgrundlage voraus, die häufig tatsächlich nicht besteht.²⁶ Impulse können vielmehr auch verdeckt gegeben werden, etwa durch das Kuratieren von Inhalten in sozialen Medien (sog. Filterblasen).²⁷

Die Freiwilligkeit der Teilnahme und die fehlende hierarchische Struktur im Schwarm machen ihn zu einem dynamischen Phänomen, das sich verändern und auch kollabieren kann.²⁸ Das erklärt eine weitere Beobachtung zu menschlichen Schwärmen: Das Schwarmmuster ist häufig schwer zu erkennen und künftiges Schwarmverhalten nicht ohne Weiteres vorhersagbar.²⁹ Zugleich sind Schwärme widerstandsfähig gegen Störungen, da einzelne Ausfälle aufgrund der definitionsgemäßen Redundanz der Schwarmglieder keine Auswirkungen haben.³⁰ Infolgedessen sind Schwärme nur schwer zu kontrollieren³¹ – oder zu regulieren.

²² Ingold, *Der Staat* 56 (2017), 491, 514 f.

²³ Zum Begriff der Emergenz in den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen siehe Küppers/Krohn, in: Krohn/Küppers, *Emergenz*, 1992, S. 7 ff.

²⁴ Dazu Teubner, in: Krohn/Küppers, *Emergenz*, 1992, S. 189, 191 f.; ferner Ingold, *Der Staat* 56 (2017), 491, 515; Stäheli, in: Horn/Gisi, *Schwärme – Kollektive ohne Zentrum*, 2009, S. 85, 89 f.

²⁵ Horn, in: Horn/Gisi, *Schwärme – Kollektive ohne Zentrum*, 2009, S. 7, 10; Kersten (Fn. 8), S. 10; Rheingold, in: Bruns/Reichert, *Reader Neue Medien*, 2007, S. 359, 366; ferner Brezina (Fn. 19), S. 136 f.; zu Tierschwärmen auch Thacker (Fn. 15), S. 27, 48 f.

²⁶ Vgl. auch Buchholtz, *DÖV* 2017, 1009, 1013 f. und zur Verhaltenssteuerung durch Algorithmen Hoffmann-Riem, *AöR* 142 (2017), 1.

²⁷ Siehe dazu den Beitrag von Hennemann, in diesem Band S. 15, sowie Hoffmann-Riem, *AöR* 142 (2017), 1, 11 ff.; Ingold, *Der Staat* 56 (2017), 491, 509 ff.; Sunstein, *Republic.com 2.0*, 2007, S. 49 ff.

²⁸ Vgl. Han (Fn. 15), S. 22; Heibach, in: Baxmann/Beyes/Pias, *Soziale Medien – Neue Massen*, S. 37, 50; Kersten (Fn. 8), S. 97; Thacker (Fn. 15), S. 27, 52 f.

²⁹ Noch weitergehend Kersten (Fn. 8), S. 108 und passim; vgl. ferner Horn (Fn. 25), S. 7, 13; Stäheli (Fn. 24), S. 85, 89.

³⁰ Siehe Horn (Fn. 25), S. 7, 11.

IV. Schwarmverhalten als soziales Phänomen und rechtliche Herausforderung

Die so beschriebenen menschlichen Schwärme dringen mithilfe verschiedener Kommunikationsplattformen in ganz verschiedene Bereiche des Rechtslebens vor. Die vereinfachte Vernetzung erlaubt den Teilnehmern, sich schnell zu koordinieren und „in Echtzeit“ auf neue Entwicklungen zu reagieren.³² Die Erleichterung des Zusammenschlusses eröffnet vielerlei Chancen, kann allerdings auch erhebliche Risiken bergen. Die regulatorischen Herausforderungen unterscheiden sich nach dem Kontext, in dem sich der Schwarm entfaltet: Geht es im kollektiven Arbeitsrecht um das Verhältnis von spontaner Selbstorganisation zu den Gewerkschaften, sind im Kapitalmarktrecht die Effizienz der Finanzmärkte sowie möglicherweise auch die Schwarmteilnehmer selbst zu schützen. In sozialen Medien kann sich hingegen die Schwarmdynamik zu kollektiven Handlungen verdichten, die zu einer erheblichen Schädigung von einzelnen Betroffenen führen können.

Die Besonderheiten des jeweiligen rechtlichen Kontexts bestimmen die Anforderungen an eine etwaige Regulierung. Ein wiederkehrendes Problem besteht jedoch darin, den richtigen Adressaten einer Regulierung zu identifizieren. Der Schwarm selbst kann dabei weder Rechtssubjekt noch Normadressat sein.³³ Eine Regulierung des Schwarmverhaltens muss sich daher an die einzelnen Schwarmteilnehmer oder an das Unternehmen richten, das die Schwarminfrastruktur zur Verfügung stellt. Damit sind die Kommunikationsplattformen gemeint, die den Raum für die digitale Vernetzung der Einzelnen bereitstellen und die „emergente Kollektivität“ anstoßen oder auch steuern können.

Auch die rechtliche Komplexität verschiedener Schwärme kann sich unterscheiden: So besteht eine Verbindung teils nur über die Diskussion auf einem öffentlich zugänglichen Internetforum oder über die Mitgliedschaft in einer Gruppenkommunikation in einem Messengerdienst. Sie kann aber auch deutlich anspruchsvollere Formen annehmen, etwa wenn sie den Abschluss zahlreicher Plattformnutzungsverträge zwischen der Plattform und den einzelnen Nutzern voraussetzt. Die Entfaltung des Schwarms beruht dann auf einer Vielzahl privater Rechtsverhältnisse, die ihrerseits keine Einheit darstellen, aber auch nicht isoliert betrachtet werden können. Zugleich können aus dem Schwarmverhalten heraus neue Rechtsverhältnisse entstehen, etwa in Form von deliktischen Ansprüchen des Geschädigten gegen einzelne Schwarmmit-

³¹ Horn (Fn. 25), S. 7, 18 f.; Stäheli (Fn. 24), S. 85, 96 ff.; im Kontext des Arbeitskampfs auch Giesen/Kersten, NZW 2018, 1, 3 f.

³² Siehe hierzu etwa das Beispiel von Rudkowski, in diesem Band, S. 167.

³³ Gärditz, Der Staat 54 (2015), 113, 114; siehe hierzu ausführlich Kersten (Fn. 8), S. 99–106.

glieder. Der Schwarm ist daher zunächst ein privatrechtliches Phänomen. Dennoch kann sich die rechtliche Erfassung von Schwärmen nicht auf das Privatrecht beschränken: Das Verhalten des Schwarms wirkt sich in allen Rechtsgebieten aus und auch das öffentliche und das Strafrecht bieten wichtige Instrumente für seine Regulierung. Da Schwärme als Internetphänomene häufig in ihrer Zusammensetzung oder Wirkung nicht auf eine Rechtsordnung begrenzt sind, ist auch eine Betrachtung aus internationalprivatrechtlicher sowie europäisch-regulatorischer Perspektive notwendig.

V. Die einzelnen Beiträge im Überblick

Auf Grundlage dieser Vorüberlegungen sollen hier die einzelnen Beiträge des Bandes vorgestellt werden. Der Band gliedert sich in drei Teile: Im ersten Teil werden die Plattformen als Schwarminfrastruktur vorgestellt, bevor die Verantwortung und Verantwortlichkeit für das Schwarmverhalten im zweiten Teil aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet wird. Der dritte Teil wendet sich Schwärmen im Wirtschaftsrecht zu.

1. Plattformen als Schwarminfrastruktur

Der Band beginnt mit der Betrachtung der Kommunikationsplattformen als „Schwarminfrastruktur“. Sie stellen die Räume bereit, in denen sich Schwärme erst konstituieren und sich ihre Dynamik entfalten kann. Es handelt sich indes nicht um neutrale Räume: Die Plattformen gestalten sie durch Förderung oder Ausschluss bestimmter Inhalte. Dieser Kuratierung virtueller Räume geht *Moritz Hennemann* in seinem Beitrag nach.³⁴ Er legt die privatrechtlichen Grundlagen frei, auf denen die Interaktionen auf den Plattformen beruhen. Dabei beleuchtet er verschiedene Stellschrauben der Ausgestaltung dieser Räume, etwa formularmäßige Ordnungsregeln oder die Klarnamenpflicht, und spricht sich für ein größeres Vertrauen in die Marktkräfte aus.

Mit einem anderen Fokus nähert sich *Ranjana Achleitner* dem Problem der Inhaltmoderation.³⁵ Im Hinblick auf die Entstehung von sogenannten Echo-kammern und Filterblasen in sozialen Medien untersucht sie entsprechende Regelungen im Digital Services Act (DSA).³⁶ Sie analysiert sowohl die Vorschriften des DSA zu rechtswidrigen Inhalten als auch deren Folgen für lega-

³⁴ *Hennemann*, in diesem Band, S. 15.

³⁵ *Achleitner*, in diesem Band, S. 39.

³⁶ Verordnung (EU) 2022/... des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), PE-CONS 30/22, in der Fassung v. 21.9.2022, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_30_2022_INIT&from=EN> (11.10.2022).

le, aber schädliche Inhalte. Im Zentrum des Regelungskonzepts des DSA steht der Plattformbetreiber, der bei der Durchsetzung seiner inhaltlichen Vorstellungen die Grundrechte der Nutzer zu berücksichtigen hat.

Über die bloße Moderation von Inhalten hinaus kann es den Plattformbetreibern auch geboten erscheinen, einzelne Nutzer von der Nutzung auszuschließen. Damit greifen sie nicht nur in potentiell sichtbare Inhalte ein, sondern bestimmen auch, wer zum Schwarm gehören darf und wer ausgeschlossen wird. Diesem Thema widmet sich *Tabea Bauermeister*. Sie untersucht, auf welcher Grundlage und unter welchen Umständen die Betreiber Nutzer von ihren Plattformen ausschließen können.³⁷ Dazu ergründet *Bauermeister* die Möglichkeit der Plattform, den Nutzungsvertrag ordentlich oder außerordentlich zu kündigen und fokussiert dabei insbesondere mögliche Beschränkungen eines etwaigen Kündigungsrechts.

Aus der Gesamtschau der Beiträge im ersten Teil ergibt sich ein differenziertes Bild der Rolle der Plattformbetreiber: Sie sind einerseits Vertragspartner der Nutzer und sollen andererseits Verhaltensstandards unter Abwägung der betroffenen Interessen durchsetzen.

2. Verantwortung und Verantwortlichkeit im Schwarm

Nach diesen Überlegungen zur Konstituierung der virtuellen Räume durch die Plattformen sowie zum Verhältnis von Nutzern und Plattformen geht der Band zur Frage der Verantwortung und Verantwortlichkeit für Schwarmverhalten über. Welche Schwierigkeiten die Verteilung der Verantwortlichkeit bereiten kann, zeigt sich am Beispiel des sogenannten „Shitstorms“. Die Plattformen ermöglichen zwar durch die Vernetzung der Nutzer die Entfaltung einer Schwarmdynamik, nehmen aber selbst nicht an etwaigen, „aus dem Schwarm heraus“ begangenen Rechtsverletzungen teil. Überlegungen zur Verantwortlichkeit müssen daher bei den Einzelnen als unmittelbar Handelnden ihren Ausgang nehmen. Neben den offensichtlichen Schwierigkeiten auf Ebene der Rechtsdurchsetzung stellt sich hier die Frage des Verhältnisses zwischen dem oft geringfügigen Gewicht des Einzelbeitrags und dem zuweilen erheblichen Gesamtschaden der Betroffenen. Diese Diskrepanz stellt nicht nur die zivilrechtliche Haftung, sondern auch das Strafrecht vor Herausforderungen.

Dieses „Schwarmstrafrecht“ ist Gegenstand des Beitrags von *Sebastian Golla*.³⁸ Er konzentriert sich auf die Fälle des sogenannten „Cybermobbing“ und untersucht sowohl individualbezogene als auch gruppenbezogene Tatbestände. Dabei zeigt er, dass das geltende Strafrecht grundsätzlich Mittel zur Erfassung der vom „Cybermob“ verursachten Schäden bereithält. Hinsichtlich einer möglichen Regelung durch den Gesetzgeber unterstreicht er die

³⁷ *Bauermeister*, in diesem Band, S. 51.

³⁸ *Golla*, in diesem Band, S. 77.

Schwierigkeiten, die sich bei einer Orientierung an bewährten Tatbeständen zu strafbarem Verhalten in der analogen Welt ergeben, hält eine gesetzgeberische Intervention aber insbesondere aufgrund europäischer Entwicklungen für wahrscheinlich.

Im Anschluss wendet sich *Christian Gomille* der deliktischen Haftung einzelner Schwarmglieder zu.³⁹ Er stellt heraus, dass gerade im Kontext sozialer Medien bereits die Feststellung, wer Täter oder Teilnehmer der Rechtsverletzung ist, zu schwierigen Abgrenzungsfragen führt, etwa wenn ein Nutzer einen Beitrag lediglich mit einem „Like“ versieht. Sofern eine Person als „Schwarminitiator“ erscheint, hält er deren Inanspruchnahme für erfolgversprechend, während der Beitrag eines einfachen Schwarmmitglieds in der Regel für eine Haftung nicht ausreichen soll.

Diese Schwierigkeiten in der Haftungs begründung gegenüber einzelnen Teilnehmern des Schwarms lenken den Blick auf die Verantwortlichkeit der Plattformen: *Lea Kumkar* untersucht in ihrem Beitrag, unter welchen Voraussetzungen die Plattformbetreiber für vom Schwarm verursachte Schäden aufkommen müssen.⁴⁰ Sie zeigt, dass es sich bei der Setzung der Haftungsmaßstäbe um eine „Gratwanderung“ handelt: Der Plattformbetreiber kann einerseits nicht völlig von einer Haftung freigestellt werden, sollte aber zugleich durch eine zu weitgehende Haftung nicht veranlasst werden, zulässige Meinungsäußerungen auf ihren Kanälen vorsorglich zu unterdrücken. Der Beitrag illustriert, wie europäische Regulierung – in Gestalt der E-Commerce-RL und zukünftig des DSA – und deutsches Recht ineinandergreifen, um den Balanceakt einer effektiven, aber nicht exzessiven Haftung zu gewährleisten.

Die Betrachtung des nationalen und europäischen Rechts bildet indes die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Haftung und Rechtsdurchsetzung nur unvollständig ab. Regelmäßig handelt es sich bei den unter Nutzung von sozialen Medien begangenen Rechtsverletzungen um internationale Sachverhalte, so dass die Fragen der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts zu klären sind. Mit dieser Dimension der Schwarmverantwortlichkeit beschäftigt sich *Andreas Engel* in seinem Beitrag zu Schwärmen im Internationalen Zivilverfahrensrecht und im Internationalen Privatrecht.⁴¹ Gegenstand des Beitrags sind dabei sowohl Persönlichkeitsverletzungen als auch Marktmanipulationen durch sogenanntes *swarm trading*. Er arbeitet heraus, dass das Internationale Zivilverfahrens- und das Kollisionsrecht zwar nicht eigens auf die im Schwarm verkörperte emergente Kollektivität zugeschnitten sind, sich aber mit den hergebrachten Instrumenten angemessene Ergebnisse erzielen lassen, insbesondere durch Bündelung von Zuständigkeit und anwendbarem Recht.

³⁹ *Gomille*, in diesem Band, S. 89.

⁴⁰ *Kumkar*, in diesem Band, S. 105.

⁴¹ *Engel*, in diesem Band, S. 123.

Die Verbindung einer Vielzahl von Menschen in sozialen Medien erhöht nicht nur die Gefahr von aus dem Schwarm heraus begangenen Persönlichkeitsverletzungen, sondern ermöglicht den Plattformbetreibern auch die Sammlung einer erheblichen Menge personenbezogener Daten. Diese Daten stammen dabei nicht nur von Nutzern, die sich für die Plattform entschieden haben, sondern auch von Dritten. Der Schwarm stellt damit auch eine Gefahr für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dieser Nicht-Nutzer dar. Den datenschutzrechtlichen Grenzen der Verarbeitung der Daten von Nicht-Nutzern durch die Plattformbetreiber geht *Anna Bernzen* in ihrem Beitrag nach.⁴² Anhand verschiedener Beispiele analysiert sie die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung. Neben Einwilligung und Vertragserfüllung untersucht sie den Erlaubnistatbestand der Wahrung berechtigter Interessen und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Grundrechte der Nicht-Nutzer in der Regel die Interessen der Plattformbetreiber überwiegen.

3. Schwärme im Wirtschaftsrecht

Der dritte Abschnitt des Bandes ist dem Schwarm im Wirtschaftsrecht gewidmet. Die ausführliche Betrachtung der delikts- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit sowie der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit betont die vom Schwarm ausgehenden Gefahren. Der Zusammenschluss in Form einer losen, nicht-hierarchischen Struktur kann allerdings auch Chancen bergen. Diesem positiven Potenzial des Schwarms für das kollektive Arbeitsrecht geht *Lena Rudkowski* in ihrem Beitrag zu wilden Streiks nach.⁴³ Sie zeigt, dass eine solche, ohne gewerkschaftliche Mitwirkung organisierte Arbeitsniederlegung rechtswidrig ist und nicht am Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG teilhat. Dennoch erkennt sie in der Schwarmbildung eine Chance für die Gewerkschaften, die sich das Mobilisierungspotenzial des Schwarms zu Nutze machen könnten.

Eine andere Funktion des Schwarms beleuchtet *Sebastian Omlor* in seinem Beitrag zur Schwarmfinanzierung.⁴⁴ Trotz der entscheidenden Rolle der Plattformen als „Schwarminfrastruktur“ kann sich der Schwarm auch ohne das Dazwischentreten eines Mittlers entfalten. Der Beitrag kontrastiert daher den durch einen Dienstleister koordinierten Schwarm mit der unvermittelten, dezentralen Schwarmfinanzierung. Er arbeitet Regulierungsanforderungen für das Phänomen der dezentralen Schwarmfinanzierung heraus und unterstreicht, dass die Besonderheiten dieser Finanzierungsart einer bloßen Übertragung hergebrachter Modelle entgegenstehen.

Im Anschluss an diese Diskussion dezentraler Schwarmfinanzierung widmet sich *Alexander Sajnovits* den Chancen und Risiken, die das *swarm tra-*

⁴² *Bernzen*, in diesem Band, S. 145.

⁴³ *Rudkowski*, in diesem Band, S. 167.

⁴⁴ *Omlor*, in diesem Band, S. 181.

ding für die Kapitalmärkte mit sich bringt.⁴⁵ Ausgehend vom Fall Game Stop,⁴⁶ dem wohl prominentesten Beispiel eines solchen koordinierten Vorgehens von Kleinaktionären, untersucht er die vom Schwarm ausgehenden Gefahren ebenso wie die Gefahren für die im Schwarm vereinten Kleinanleger. Er zeigt, dass die bestehenden Instrumente des Kapitalmarktrechts den Schwarm angemessen erfassen können. Zugleich stellt er die sich aus dem Schwarmverhalten ergebenden Chancen für die Kapitalmärkte heraus, etwa in Form gesteigerter Partizipation oder höherer Informationseffizienz. Auf dieser Grundlage kommt er zu dem Schluss, dass der Schwarm nicht voreilig reguliert werden solle.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die Beiträge in diesem Band verdeutlichen, dass das Phänomen der kollektiven Emergenz das Recht in vielen Bereichen vor Herausforderungen stellt. Ein wesentlicher Anknüpfungspunkt für eine effektive Regulierung sind die Plattformen. Dies manifestiert sich nicht nur in Rechtsbereichen mit ohnehin hoher Regulierungsdichte wie dem Datenschutz⁴⁷ oder dem Kapitalmarktrecht,⁴⁸ sondern auch im Deliktsrecht.⁴⁹ Wie viele der Beiträge für ihren jeweiligen Bereich veranschaulichen, ist der Weg zu einer effektiven, aber noch angemessenen Regelung, die weder die Plattformen als Kommunikationsräume noch die Grundrechte der Nutzer über Gebühr einschränkt, ein Balanceakt.⁵⁰

Die rechtliche Behandlung des Schwarmverhaltens kann sich indes nicht in der Regelsetzung für Plattformen erschöpfen. Vielmehr zeigt sich etwa im Deliktsrecht oder bei der Schwarmfinanzierung, dass eine angemessene Plattformregulierung den Schwarm nur unzureichend oder gar nicht erreichen kann, etwa weil die Plattform keine (rechtzeitige) Zugriffsmöglichkeit hat⁵¹ oder der Schwarm sich schlicht jenseits von Plattformen gebildet hat.⁵² Der Versuch einer rechtlichen Erfassung muss daher auch die einzelnen Schwarmglieder in den Blick nehmen. Hierbei können in manchen Fällen mit dem hergebrachten rechtlichen Instrumentarium angemessene Ergebnisse erzielt werden: Dies zeigt sich etwa im Kollisions⁵³ und im Kapitalmarktrecht⁵⁴ sowie

⁴⁵ *Sajnovits*, in diesem Band, S. 197.

⁴⁶ Siehe hierzu bereits *Sajnovits*, ZGR 2021, 804, 845.

⁴⁷ *Bernzen*, in diesem Band, S. 145.

⁴⁸ *Sajnovits*, in diesem Band, S. 197.

⁴⁹ *Kumkar*, in diesem Band, S. 105.

⁵⁰ Siehe etwa *Achleitner*, in diesem Band, S. 39; *Bauermeister*, in diesem Band, S. 51; *Hennemann*, in diesem Band, S. 13; *Kumkar*, in diesem Band, S. 105.

⁵¹ *Kumkar*, in diesem Band, S. 105.

⁵² *Omlor*, in diesem Band, S. 197.

⁵³ *Engel*, in diesem Band, S. 123.

teilweise auch im Strafrecht.⁵⁵ In anderen Konstellationen erweist sich die Anwendung tradierter Regeln auf den Schwarm als schwierig: So scheint etwa im Deliktsrecht die Flüchtigkeit und Uneindeutigkeit des Schwarmverhaltens sowie die Aggregation vieler, nur lose zusammenhängender Einzelbeiträge Friktionen mit etablierten Zurechnungskategorien auszulösen.⁵⁶ Eine rechtliche Unvereinbarkeit besteht etwa im Arbeitsrecht: Hier sind wilde Streiks nach geltendem Recht unzulässig.⁵⁷ Im Bereich der Schwarmfinanzierung hat die Diskussion über eine Regulierung der dezentralen Finanzierung ohne Intermediäre bereits begonnen.⁵⁸ Schwarmverhalten wird also nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern in vielerlei Hinsicht künftig den nationalen und den europäischen Gesetzgeber beschäftigen.

⁵⁴ *Sajnovits*, in diesem Band, S. 197.

⁵⁵ *Golla*, in diesem Band, S. 77.

⁵⁶ *Gomille*, in diesem Band, S. 89.

⁵⁷ *Rudkowski*, in diesem Band, S. 167.

⁵⁸ *Omlor*, in diesem Band, S. 181.

1. Teil

Plattformen als Schwarminfrastruktur

Die Kuratierung virtueller Räume durch Verträge

Freiheitsgrade, Konstitutionalisierung, Marktverfassung

Moritz Hennemann

I.	Einleitung.....	15
II.	Kontraktualisierung.....	17
III.	Parameter und Kontrollmaßstäbe.....	18
	1. Bestimmung des unmittelbaren Leistungsgegenstands.....	18
	2. AGB-rechtliche Inhaltskontrolle.....	20
	3. Gewährleistungsrecht (§§ 327 ff. BGB).....	21
IV.	Ordnungsbildung mittels AGB.....	22
	1. Frei gestaltbare Räume?.....	22
	2. „Verzernte“ Räume?.....	24
	3. Anonyme Räume?.....	26
	4. Zwischenergebnis.....	30
V.	Fortentwicklungsperspektiven.....	30
	1. (Gesetzliche) Muster-AGB.....	31
	2. EU-Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act).....	31
VI.	Gesamtwürdigung und Ausblick.....	35

I. Einleitung

Virtuelle Räume prägen eine zunehmende Anzahl von Lebensbereichen. Anwendungsfelder virtueller Räume reichen von bekannten sozialen Medien über Verkaufsplattformen bis hin zu Computerspielen. Vorläufiger Höhepunkt sind die *Metaversum*-Projekte, unter anderem des Facebook-Mutterkonzerns *Meta*.¹ Ein *Metaversum* baut auf virtuellen 3D-Räumen auf, die man unter ande-

¹ Siehe etwa *Herrman/Browning*, Are We in the Metaverse Yet?, New York Times, 10.7.2021, <<https://www.nytimes.com/2021/07/10/style/metaverse-virtual-worlds.html>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 28.9.2022 abgerufen); *Gollmer*, Facebook setzt auf das Metaversum. Was ist damit gemeint? Neue Zürcher Zeitung, 29.10.2021, <<https://www.nzz.ch/technologie/metaverse-was-kann-man-sich-darunter-vorstellen-und-was-hat-facebook-damit-zu-tun-ld.1637960>>; *Chen*, What's All the Hype About the Metaverse, New York Times, 18.1.2022, <<https://www.nytimes.com/2022/01/18/technology/personal-tech/metaverse-gaming-definition.html>>.

rem mittels 3D-Brillen „betreten“ kann.² Unternehmen stehen derzeit anscheinend Schlange, um im *Metaversum* virtuelles „Land“ zu „erwerben“, etwa als attraktiv erscheinende Verkaufsflächen in virtuellen Einkaufsstraßen.³ Es geht der Sache nach um die Erweiterung der *Welt* im Wortsinn – ein umfassender 3D-Begegnungsraum für alle für alles. Damit zielen die Projekte darauf ab, aus hübsch designten *Computerspiel*-Welten das „Spiel“ zu streichen. *Nick Clegg*, President Global Affairs bei *Meta*, betont: „There are three key factors that will make interactions in the metaverse feel more like those we have in our daily lives: ephemerality, embodiment and immersion.“⁴

Virtuelle Räume eröffnen vor allem und vornehmlich einer Vielzahl von Individuen die Möglichkeit zur Interaktion, wobei in diesen Räumen vorgenommene Handlungen zwischen individueller Entfaltung und gleichförmiger Partizipation changieren. In diesem Sinne finden zwar die Nutzer⁵ einen virtuellen Raum beim „Eintritt“ vor, gestalten diesen aber sodann – emergentwechselbezüglich – (mit-) aus bzw. entwickeln diesen kontinuierlich (mit-) fort. Es handelt sich damit – im Sinne des Zugriffs dieses Bandes – um eine Form des *Schwarms*.⁶ Dabei scheint es allerdings treffend von einem kuratierten oder auch eingehegten Schwarm zu besprechen. Denn von Privaten erschaffene virtuelle Räume sind typischerweise nicht hierarchie- oder steuerungslos. Die „innere“ Ordnung⁷ solcher virtuellen Räume basiert auf vertragsrechtlichen Beziehungen und den jeweils einbezogenen Allgemeinen

² In der Eigenbeschreibung bezeichnet als „der nächste Schritt im Bereich social [c]onnections“, siehe <<https://about.facebook.com/de/meta/>>.

³ Siehe *Wagenknecht*, Immobilienboom im Metaverse: Lohnt sich der Einstieg noch?, Onvista, 18.12.2021, <<https://www.onvista.de/news/immobilienboom-im-metaverse-lohnt-sich-der-einstieg-noch-503319305>>.

⁴ *Clegg*, Making the metaverse: What it is, how it will be built, and why it matters, Medium, 28.5.2022, <<https://nickclegg.medium.com/making-the-metaverse-what-it-is-how-it-will-be-built-and-why-it-matters-3710f7570b04>>. Es ist allerdings offen, wie genau die Metaversen operieren und auch in welcher Form sie interoperabel sein werden. Clegg betont ebd.: „The metaverse is not a single product, in the way Meta’s apps – Facebook, Instagram, Messenger and WhatsApp – are. Nor is it an operating system like Microsoft’s Windows, or hardware like Apple’s iPhone. Like today’s internet, the metaverse will be a constellation of technologies, platforms, and products. It won’t be built, operated or governed by any one company or institution. It will take a range of companies large and small, civil society, the public sector, and millions of individual creators. It isn’t a single piece of cloth, but a patchwork quilt.“

⁵ Nur aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die Nennung unterschiedlicher Geschlechter verzichtet.

⁶ Siehe zu dem in diesem Band zugrunde gelegten Verständnis des Schwarmbegriffs den Beitrag von *Korch/Köhler*, S. 1.

⁷ Grundlegend *Bachmann*, Private Ordnung, 2006.

Geschäftsbedingungen (AGB).⁸ Die Vertragsbedingungen dienen der Kuratierung virtueller Räume⁹ – Betreiber fungieren als „Regelsetzer“¹⁰.

Vor diesem Hintergrund sollen ausgehend von der *Kontraktualisierung* virtueller Räume (II.) die zentralen vertragsrechtlichen Kontrollmaßstäbe benannt werden (III.). Sodann werden die Eckpfeiler vertragsrechtlicher Ordnung bewertet und beispielhaft anhand aktueller BGH-Rechtsprechung veranschaulicht (IV.). Schließlich werden flankierende Sicherungen *de lege ferenda* betrachtet (V.).

II. Kontraktualisierung

Digitale Interaktionsmöglichkeiten befördern eine umfassende *Kontraktualisierung* privater Beziehungen. Die Nutzung des Internet erfolgt in Abweichung zum Web 1.0 nicht mehr nur durch überwiegend „vertragsloses“ Surfen. Privatrechtssubjekte interagieren online vielmehr in zunehmendem Maße im Kontext von Verträgen.¹¹ Die Bedienung unzähliger privater Bedürfnisse in virtuellen Räumen erfolgt im Kontext von zwischen den Nutzern und dem Betreiber jeweils unabhängig voneinander, vielfach konkludent abgeschlossenen Nutzungsverträgen.¹² Die private Entfaltung in diesen Räumen – sei es der Abschluss von Verträgen mit anderen Nutzern oder die Äußerung von Meinungen – ist daher stets mit einer vertraglichen Schicht belegt, auf dessen Grundlage gegenüber dem Plattformbetreiber Pflichten bestehen und Sanktionen möglich sind. In diesem Sinne werden bisher lange Zeit weitgehend nicht-kontraktualisierte Lebensbereiche, wie etwa zwischenmenschliche Begegnungen, vertraglich immer weitergehender überformt.

Ergänzender Katalysator der vertraglichen Überformung privater Beziehungen ist die allgemein anerkannte niedrige Schwelle zum Vertragsschluss im digitalen Umfeld. Bereits eine gegebenenfalls nur kurze Registrierung bietet nach überwiegender Auffassung hinreichende Anknüpfungspunkte für willenserklärungsbezogene Voraussetzungen.¹³ Diese führende Rolle des Vertrags haben der EU- und der nationale Gesetzgeber mit der Digitale-Inhalte-Richtlinie und deren Umsetzung (§§ 327 ff. BGB) zur Bereitstellung

⁸ Siehe nur *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 5 ff. Zur „Private[n] Regelsetzung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“ allgemein *Bachmann* (Fn. 7), S. 119 ff.

⁹ Siehe *Denga*, EuR 2021, 569, 571: „funktionelle[r] Rahmen für die Plattformnutzung“. Vgl. auch *Kumkar*, ZEuP 2022, 530.

¹⁰ Siehe *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 570. Hierzu auch *Denga*, EuR 2021, 569, 581; *Kumkar*, ZEuP 2022, 530; sowie *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 126 f.

¹¹ Siehe auch *Hoffmann-Riem*, (Fn. 10), S. 125.

¹² Hierzu stellvertretend *Holznapel*, CR 2018, 369, 370 ff.

¹³ Siehe etwa *Busche*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 18.

personenbezogener Daten als Gegenleistung mittelbar unterstrichen¹⁴, wengleich die konkrete Hingabe der Daten bzw. die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Einwilligung vom Vertragsschluss – im Sinne der Unterscheidung zwischen schuldrechtlicher und Vollzugsebene – zu trennen ist.¹⁵

Dabei sind die Vertragsverhältnisse in der Regel auf unbegrenzte Dauer angelegt, werden allerdings gerade in Bezug auf einen virtuellen Raum nicht alle zum selben Zeitpunkt abgeschlossen – und damit im Falle einer zwischenzeitlichen Änderung der AGB zu teils vertraglich abweichenden Konditionen. Will der Betreiber alle Nutzer auf einen Stand bringen, ist jeweils eine Vertragsänderung erforderlich.¹⁶

Betreiberseitig unterstreicht der Blick auf Vertragsschluss und potenzielle Vertragsänderungen die Notwendigkeit, die Vielzahl von einzelnen, relativen Vertragsbeziehungen zu „orchestrieren“. Es gilt, die „Regeln“ für die Teilnahme an der im Kontext der Plattform angebotenen Gesamtleistung auszutariieren.¹⁸ Ein solches Austarieren dürfte sogar von zumindest einem Teil der Nutzer erwartet werden.

III. Parameter und Kontrollmaßstäbe

Vor diesem Hintergrund sind die maßgeblichen vertragsrechtlichen Parameter und Kontrollmaßstäbe für die Ordnungsbildung in virtuellen Räumen hervorzuheben.

1. Bestimmung des unmittelbaren Leistungsgegenstands

Grundlegend ist zunächst die Bestimmung des unmittelbaren Leistungsgegenstands. Im Kontext virtueller Räume ist dieser bislang tendenziell unterbelichtet geblieben. Besonders deutlich wird dies im Kontext sozialer Netzwerke. So ging der BGH in seinen Facebook-Urteilen etwa nicht näher auf die Frage ein, ob dem Vertragspartner nur ein „kuratierter“ Kommunikations-

¹⁴ Siehe hierzu *Korch*, ZEuP 2021, 792, 794, der – mit Blick auf das Austauschverhältnis – einen „Bedeutungsverlust des Vertragsrechts“ konstatiert sowie – mit Blick auf die Gegenleistung (Daten) auf eine mangelnde „vertragliche Absicherung“, eine „Selbstbedienungsmentalität“ und die „technischen Durchsetzungsmöglichkeiten“ verweist (ebd. 797 f.).

¹⁵ Siehe *Metzger*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2022, § 327q Rn. 3.

¹⁶ Dies erfolgt typischerweise durch die Erklärung mithilfe einer eingeblendeten Schaltfläche, siehe BGH, Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 – OLG Nürnberg, ZUM 2021, 953, 958.

¹⁷ Ausführlich hierzu *Hennemann*, Interaktion und Partizipation, 2020.

¹⁸ Siehe auch *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 3 f.

raum (mit Blick auf rechtmäßige Meinungsäußerungen) versprochen wird.¹⁹ Schließlich ist der Zuschnitt des virtuellen Raumes die charakteristische Eigenschaft desselben – etwa im Falle einer in Aussicht gestellten „Wohlfühl-atmosphäre“.²⁰ Der eröffnete, durch AGB präzierte Raum liegt gerade im Kern des Geschäftsmodells, bei dem die zulässigen Interaktionen die Attraktivität des Angebots determinieren.²¹

Die Antwort auf diese Frage²² hat offensichtlich unmittelbare rechtspraktische Konsequenzen: Ist der Zuschnitt des Raumes unmittelbarer Leistungsgegenstand, ist dieser der AGB-rechtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen – eine Konsequenz, die der BGH wohl nicht ziehen wollte.²³ Es ist an dieser Stelle gleichwohl keine einheitliche Aussage möglich. Der konkrete Zuschnitt eines Computerspiels unterliegt anderen Maßstäben als ein soziales Netzwerk oder auch ein virtueller Flohmarkt. Es ist deshalb in jedem konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der Betreiber tatsächlich eine dahingehende Pflicht übernehmen wollte bzw. die Vertragspartner eine solche erwarten. Öffentliche werbewirksame Äußerungen, die ein bestimmtes „Klima“ als zentralen Motivator in den Mittelpunkt rücken, deuten in Richtung einer vertraglichen Bindung bzw. sind maßgeblicher Gesichtspunkt bei der Auslegung des Nutzungsvertrags.²⁴

Zu bedenken ist dabei die grundsätzliche Stoßrichtung der AGB-Inhaltskontrolle. Sie hat marktersetzende Funktion im Konditionenwettbewerb.²⁵ Gerechtfertigt ist diese Kontrolle, weil es typischerweise keinen funktionierenden „Wettbewerb“ um AGBs gibt, der die Marktteilnehmer diszipliniert.²⁶ Umgekehrt ist die Kontrollfreiheit des unmittelbaren Leistungsgegenstands Ausdruck der Tatsache, dass Festlegungen zum Äquivalenzverhältnis „zum kontrollfreien Spiel des Marktmechanismus“²⁷ gehören²⁸; und ein Funktionie-

¹⁹ BGH, ZUM 2021, 953, 957 f. Siehe auch OLG Nürnberg, Urt. v. 4.8.2020 – 3 U 3641/19, GRUR-RR 2020, 543, 545. Ebenso *Raue*, NJW 2022, 209, 209: „im Grundsatz jedem voraussetzungslos zur Verfügung stellen“. Gegenläufig und zutreffend *McColgan*, RD i 2021, 605, 611.

²⁰ Vgl. auch – allerdings im Kontext eines staatlich beherrschten Unternehmens – BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201, 1208.

²¹ *McColgan*, RD i 2021, 605, 611 und 614. A. A. etwa *Mörsdorf*, NJW 2021, 3158, 3161.

²² Die nachfolgenden Ausführungen sind auch gerade als Präzisierung und Fortführung der knappen Ausführungen in *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 986 (auch abseits sozialer Netzwerke) zu verstehen.

²³ So auch etwa *Holznel*, CR 2018, 369, 372.

²⁴ Siehe näher *McColgan*, RD i 2021, 605, 611.

²⁵ *Wendland*, in: Staudinger *Eckpfeiler*, 2020, E 41.

²⁶ Siehe *Schweitzer*, JZ 2022, 16, 22 mit Verweis auf *McColgan*, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 47 ff.

²⁷ *Wendland* (Fn. 25), E 63.

ren des Marktmechanismus liegt dort vor, wo die jeweilige Vertragsbestimmung die Aufmerksamkeit des Vertragspartners erreicht und in dessen Entscheidung (mit)einfließt.²⁹ Hier fehlen „Bedürfnis und Legitimation für eine externe Angemessenheitskontrolle“.³⁰ Es geht bei der Inhaltskontrolle gerade (nur) um – mit Blick auf das Informationsdefizit und den Leseaufwand – „heimliche“ Veränderungen des Äquivalenzverhältnisses mittels AGB.³¹ In diesem Sinne kann der Verwender durch die Werbung bestimmte Punkte aus der Inhaltskontrolle „herausheben“³², indem eine bewusste Entscheidung am Markt hervorgerufen wird.³³

Wenn daher ein solches Bewusstsein über bestimmte Regeln in virtuellen Räumen besteht, ist insoweit keine Inhaltskontrolle angezeigt.³⁴ Diese zunächst für virtuelle Räume vorteilhafte Folge wird freilich dadurch ausgeglichen, dass der Betreiber bei Nichtvorliegen die Gewährleistung wegen Produktmängeln fürchten muss. Hierauf wird sogleich zurückzukommen sein.

2. AGB-rechtliche Inhaltskontrolle

Die komplexe Bestimmung des unmittelbaren Leistungsgegenstands hat naturgemäß eine zweite AGB-rechtliche Seite: Das mit Blick auf die Inhaltskontrolle relevante Leitbild des jeweiligen Vertrages.³⁵ Es hat sich allerdings für eine Vielzahl von Nutzungsverträgen betreffend virtuelle Räume ein sol-

²⁸ Zutreffend *Wurmnest*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 13: „Auf Grund dieser Erwägung sind jedenfalls die *Hauptleistungspflichten* der richterlichen Inhaltskontrolle entzogen.“ Enger die Rechtsprechung, siehe ebd.

²⁹ *Wendland* (Fn. 25), E 65. Siehe auch *Eckelt*, in: BeckOGK, Stand: 15.7.2021, § 307 BGB Inhaltskontrolle Rn. 186: „Bei der im Einzelfall nicht immer einfachen Abgrenzung nicht kontrollierbarer Leistungsbeschreibungen von kontrollierbaren Modifikationen oder Einschränkungen der Leistungspflicht ist vor allem auf den Schutzzweck der §§ 307-309 abzustellen: durch die Inhaltskontrolle soll der Vertragspartner des Verwenders vor einseitig ausbedingener, inhaltlich unangemessener Verkürzung der vollwertigen Leistung, wie er sie nach Gegenstand und Zweck des Vertrags erwarten darf, geschützt werden.“

³⁰ *Wendland* (Fn. 25), E 65.

³¹ Siehe *Wendland* (Fn. 25), E 64; *McColgan*, RD i 2021, 605, 613. Siehe auch *Wurmnest* (Fn. 28), § 307 Rn. 13: „Dieser Schutzzweck geht dahin, diejenigen Teile des Vertrags einer richterlichen Kontrolle zu unterwerfen, die nicht schon auf Grund ihrer besonderen Bedeutung Gegenstand der Aufmerksamkeit beider Vertragsparteien sind.“ Siehe auch mit Blick auf Facebook *McColgan*, RD i 2021, 605, 613: „Diese Markt- und Interessenslage ist grundverschieden von derjenigen eines gewöhnlichen AGB-Verwenders, der aufgrund der rationalen Apathie des Empfängers einen Anreiz zur einseitigen und ausbeuterischen Klauselgestaltung hat.“

³² *Wendland* (Fn. 25), E 65.

³³ Siehe auch *McColgan*, RD i 2021, 605, 614 und *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 8.

³⁴ *McColgan*, RD i 2021, 605, 613. Hiergegen *Raue*, NJW 2022, 209, 210. Siehe auch *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 8.

³⁵ *Wendland* (Fn. 25), E 48 ff.

ches vertragsrechtliches Leitbild (noch) nicht herausgebildet.³⁶ Dem BGH zufolge besteht gar für die seit Jahren omnipräsente Nutzung von sozialen Netzwerken noch kein entsprechendes Leitbild.³⁷ Konsequenz ist, dass die Bestimmung der unangemessenen Benachteiligung stets allein nach § 307 Abs. 1 BGB – in den Worten des BGH in diesem Zusammenhang – nur mit Blick auf „Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrages“³⁸ zu erfolgen hat.

Überzeugen kann die pauschale Verneinung eines Leitbildes allerdings nicht.³⁹ Denn es dürften sich aufgrund der omnipräsenten Nutzung von virtuellen Räumen und damit der Kenntnis der Mechanismen virtueller Räume zentrale Eckpfeiler der Nutzung herausgebildet haben.⁴⁰ Zu diesen Eckpfeilern trägt die Praxis virtueller Räume, wie etwa sozialer Netzwerke, bei, die belastbare Nutzererwartungen ausformt. Hierzu dürfte vornehmlich die Tatsache zählen, dass regelmäßig „Spielregeln“ in den eröffneten Räumen bestehen⁴¹, deren Existenz damit Normal- und nicht begründungsbedürftiger Ausnahmefall sind.

3. Gewährleistungsrecht (§§ 327 ff. BGB)

Schließlich bilden vor allem auch Gewährleistungsrechte einen wesentlichen Kontrollmechanismus. Entsprechende Ansprüche und Rechte bestimmen sich für virtuelle Räume seit Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie nach den §§ 327 ff. BGB. Die Dienstleistung virtueller Raum wird dabei nicht nur punktuell zur Verfügung gestellt, sondern für einen vertraglich bestimmten Bereitstellungszeitraum. Unbeschadet sonstiger Mängel sind in diesem Zusammenhang die öffentlichen Äußerungen zu einem bestimmten „Klima“ oder „Erlebnis“ im virtuellen Raum seitens des Betreibers besonders relevant. Denn gerade die Nichtgewährleistung desjenigen, was Nutzer erwarten können, kann einen Produktmangel begründen – konkret das Fehlen einer Beschaffenheit, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann (§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 i. V. m. S. 2 BGB). Gerade im Kontext von Verträgen, für die sich ein Leitbild erst herausbildet, ist dieser Zugriff des Mangelbegriffs für den Anbieter von Vorteil. Der Anbieter prägt zunächst die Üblichkeit der Art von Dienstleistungen. Sodann determinieren sein Angebot

³⁶ Siehe etwa *Korch*, ZEuP 2021, 792, 800 ff. Vgl. allerdings auch *Holznel*, CR 2018, 369, 372 ff.

³⁷ BGH, ZUM 2021, 953, 960.

³⁸ BGH, ZUM 2021, 953, 960.

³⁹ Vor allem überzeugt zumindest m. E. nicht restlos, dass „[d]er Innovationsgehalt datenfinanzierter Verträge [...] in der Gegenleistung [liege]“ und sich deswegen eine Leitbildfunktion nicht entwickle (so aber *Korch*, ZEuP 2021, 792, 800).

⁴⁰ Siehe auch *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 8.

⁴¹ Siehe auch *Holznel*, CR 2018, 369, 370.

bzw. die dafür unternommene Werbung auch die mit solchen Dienstleistungen verbundenen Erwartungen – und damit den Umfang der Gewährleistung als ausgleichenden Kontrollmechanismus.

IV. Ordnungsbildung mittels AGB

Anhand dieser Kontrollmaßstäbe sind nun zentrale Parameter der „inneren“ Ordnung von virtuellen Räumen zu bewerten. Dabei steht die Ordnungsbildung durch AGB im Mittelpunkt.

1. *Frei gestaltbare Räume?*

Der BGH hat im letzten Jahr einen aus zivilrechtlicher Perspektive begrüßenswerten Eckpfeiler für die Ordnung virtueller Räume eingeschlagen.⁴² Dabei urteilte das Gericht⁴³ zugunsten der Möglichkeit privater Betreiber, für ihre Räume mittels AGB Ordnungsregeln (auch „Hausregeln“ genannt) aufzustellen⁴⁴ – und damit zugunsten der privatautonomen betreiberseitigen Entscheidung, was für ein virtueller Raum angeboten werden soll.⁴⁵

Für die AGB-Kontrolle nimmt der BGH Bezug auf verfassungsrechtliche Parameter in Rekurs auf die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung bzw. durch eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „unangemessenen Benachteiligung“. Der BGH folgt dem BVerfG und dessen *Der III. Weg*-Beschluss, wonach marktmächtige soziale Netzwerke zur Gewährleistung eines offenen Diskurses und zur materiellen Verwirklichung der Meinungsfreiheit beizutragen haben.⁴⁶ Grundlegend betont der BGH im Zuge der gebotenen Abwägung, dass ebenso eigene grundrechtliche Positionen der Betreiber und der sonstigen Nutzer zu berücksichtigen sind.⁴⁷ Auch wenn das „Ob“ der Grundrechtsberücksichtigung nicht in Frage steht⁴⁸, besteht keine Pflicht „zur maximalen Grundrechtsgewährleistung“⁴⁹ – weswegen auch selbst das marktbeherrschende soziale Netzwerk nicht jede zulässige Mei-

⁴² BGH, ZUM 2021, 953; BGH, Urt. v. 29.7.2021, III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612. Zu den Urteilen im Einzelnen *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981.

⁴³ In Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Literatur, siehe stellvertretend etwa *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 583. A. A. etwa *Biesenbach/Schwartzmann*, DRiZ 2021, 146, 148.

⁴⁴ BGH, ZUM 2021, 953, 961.

⁴⁵ Vgl. etwa auch *Holznel*, CR 2021, 733, 733.

⁴⁶ BGH, ZUM 2021, 953, 961.

⁴⁷ BGH, ZUM 2021, 953, 962 ff. Siehe auch *Holznel*, CR 2021, 733, 734 sowie *Krönke*, ZUM 2022, 13, 18 differenzierend mit Blick auf die *Recht auf Vergessen II*-Entscheidung des BVerfG.

⁴⁸ Siehe etwa *Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97, 98.

⁴⁹ *Mörsdorf*, NJW 2021, 3158, 3160.

nungsäußerung hinzunehmen hat. Im Ergebnis führt dies nicht zu einem pauschalen Überwiegen etwa der Meinungsäußerungsfreiheit einzelner Nutzer, sondern dazu, dass ein Austarieren der unterschiedlichen Interessen geboten ist – und lediglich sachwidrige Gründe oder das Willkürverbot allfällige Grenzziehungen bedingen.⁵⁰

Weitere Aufmerksamkeit haben die Urteile des BGH deswegen erfahren, weil der BGH die Nutzungsbedingungen von Facebook aufgrund fehlender Verfahrensvorgaben für insgesamt⁵¹ unangemessen benachteiligend hielt.⁵² Im Lichte der mittelbaren Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG sei es geboten, dass der Betreiber eine Aufklärung des Sachverhalts, etwa zum Umstand einer bestimmten Äußerung, und damit eine Streitschlichtung zwischen den Nutzern unternimmt. Eine solche *Prozeduralisierung* privater Rechtsverhältnisse darf als allgemeiner Trend konstatiert werden. Der BGH hat in vergleichbarer Weise zu Bewertungsportalen geurteilt.⁵³ Ebenso manifestiert sich diese Entwicklung im Urheberrecht⁵⁴, im Telemedien- und Medienrecht⁵⁵ sowie im Plattformrecht⁵⁶. Dabei ist diese Entwicklung in privatrechtlichen Beziehungen aus zivilrechtlicher Perspektive nicht pauschal zu verurteilen, aber besonders begründungsdürftig. Denn die Durchführung von Verfahren zur Sachverhaltsaufklärung bzw. mit Anhörungsrechten ist zumindest dem klassischen zweipoligen Vertrag im Ausgangspunkt fremd. Gerade die Orchestrierung einer Vielzahl von Vertragspartnern, die in virtuellen Räumen wiederum ihrerseits miteinander interagieren, erfordern nicht nur einen solchen Zugriff, sondern prägen zudem das gesetzliche Leitbild entsprechender Verträge.⁵⁷ Überspitzt, aber in der Sache zutreffend wird bereits von einem „Plattformverwaltungsrecht“ oder einem „Privatverfahrensrecht“ gesprochen.⁵⁸

In dieser Hinsicht ist allerdings der Umweg über das Verfassungsrecht – ebenso wie beim Setzen von Verhaltensregeln – grundsätzlich nicht in dem Maße erforderlich, wie verschiedentlich postuliert wird.⁵⁹ Die verfassungsrechtlichen Bezugnahmen führen im Ergebnis nicht zu einer entscheidenden

⁵⁰ BGH, ZUM 2021, 953, 964. Hierzu *Krönke*, ZUM 2022, 13, 19.

⁵¹ Zu den Folgeproblemen *McColgan*, RD 2021, 605, 617.

⁵² BGH, ZUM 2021, 953, 964 ff.

⁵³ Siehe nur BGH, Urt. v. 12.10.2021 – VI ZR 488/19, GRUR-RS 2021, 39865 m. w. N. Hierzu *Paal*, JZ 2022, 617.

⁵⁴ Durch das UrhDaG; hierzu *Raue*, NJW 2022, 209, 214 sowie *de la Durantaye/Hofmann*, ZUM 2021, 873, 875 f., die zwischen Prozeduralisierung im weiten Sinne (u. a. mit Blick auf das UrhDaG) und im engeren Sinne (u. a. Opt-In-Modell / Nutzung mit Zustimmung des Rechteinhabers) unterscheiden.

⁵⁵ Durch das NetzDG; hierzu etwa *Denga*, EuR 2021, 569, 578 f.

⁵⁶ Art. 4 Abs. 3 P2B-Verordnung.

⁵⁷ Gegenläufig *Holznapel*, CR 2021, 733, 735 mit Fn. 24.

⁵⁸ Siehe *Krönke*, ZUM 2022, 13, 14 und 19.

⁵⁹ Die Verfahrensrechte ebenso aus § 241 Abs. 1 und 2 BGB herleitend *Raue*, NJW 2021, 209, 213.

Abweichung. Denn beide Fragestellungen hätten durchaus auch rein „zivil- und vertragsrechtsimmanent“ mit Blick auf die unterschiedlichen Interessen der Nutzer erfasst werden können.⁶⁰ Der Ausgleich zwischen den Interessen der unterschiedlichen Nutzergruppen ergibt sich bereits aus dem Leitbild des Vertrages. Es besteht ein auch aus Nutzerperspektive nachvollziehbares Bedürfnis und eine allseitige Erwartung, dass in virtuellen Räumen Spielregeln für das Verhalten im virtuellen Raum herrschen.⁶¹ In gleicher Weise können Nutzer auch eine Moderation bzw. Lösung von Konflikten zwischen den Nutzern erwarten. Dass teilweise (mehr) unregulierte virtuelle Räume gefordert werden, ändert daran nichts. Vielmehr unterstreichen entsprechende Forderungen den Status quo existierender Spielregeln. Der vertragliche Kontext bietet für eine entsprechende Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „unangemessenen Benachteiligung“ hinreichende Bezugspunkte, um die Funktionsmechanismen der hier betrachteten virtuellen Räume abzubilden.⁶² Im Zuge der Interessenabwägung zwischen Nutzer und Betreibern sind dabei auch die Interessen der weiteren Nutzer zu berücksichtigen, denn ihre Interessen bilden gerade das mittelbare Interesse des Betreibers an dem Funktionieren des Gesamterlebnis der Dienstleistung ab.⁶³

Vor dem Hintergrund der AGB-rechtlichen Bewertung ist somit zweierlei festzuhalten: Betreiber haben hinsichtlich der „Regelsetzung“ in ihren Räumen zum einen eine weitgehende *Ausgestaltungsbefugnis*, zum anderen hinsichtlich der Moderation und Streitschlichtung zwischen den Nutzern eine vertragliche *Ausgestaltungspflicht*.⁶⁴

2. „Verzerrte“ Räume?

Konsequente Anschlussfrage ist, ob und inwieweit Nutzer den virtuellen Raum in gleicher Weise, auf der Grundlage einheitlicher Nutzungsbedingungen, vorfinden müssen. Nur kurz erwähnt sei, dass von der Frage der unterschiedlichen Verwendung von Nutzungsbedingungen freilich die ungleichförmige Durchsetzung der Nutzungsbedingungen zu unterscheiden ist. Eine solche selektive Durchsetzung kann neben der auf § 242 BGB gestützten

⁶⁰ Siehe *McColgan*, RD i 2021, 605, 615 und 618.

⁶¹ Siehe *Holz n a g e l*, CR 2018, 369, 370 und 371. Vgl. zu mit den Vertragsparteien gleichlaufenden Drittinteressen und deren Berücksichtigung im Zuge der Inhaltskontrolle *Kumkar*, ZEuP 2022, 530, 533 f. im Erscheinen (S. 25).

⁶² Siehe zur Festsetzung der „Regeln“ mit Blick auf alle Partizipierenden *McColgan*, RD i 2021, 605, 614 mit Verweis auf *Hellgardt* und die Maßstäbe der §§ 138 Abs. 1 und 242 BGB sowie dem *ordre public*. Siehe zur Aktivierung von § 242 BGB auch *Kumkar*, ZEuP 2022, 530, 554.

⁶³ Siehe *McColgan*, RD i 2021, 605, 613 sowie m.w.N. *Kumkar*, ZEuP 2022, 530, 553 mit Fn. 117, die im Ergebnis die AGB-Inhaltskontrolle zumindest für „transaktionsbezogene Regelungen digitaler Plattformen“ als „strukturell ungeeignet“ einstuft.

⁶⁴ Siehe auch *Holz n a g e l*, CR 2021, 733, 734.

Ausübungskontrolle⁶⁵ unter Umständen auch einen Produktmangel im Sinne des § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 iVm. S. 2 BGB begründen. Können Nutzer auch nicht gleichförmige Nutzungsbedingungen erwarten, so ist doch die Erwartung schützenswert, dass die aufgestellten Spielregeln einheitlich eingehalten bzw. überwacht werden – andernfalls leidet gerade das vertraglich in Aussicht gestellte Gesamterlebnis virtueller Raum und begründet gerade deswegen einen Produktmangel. Allerdings bleibt die Frage, ob auch eine ungleichförmige Verwendung von Nutzungsbestimmungen möglich ist. Sind virtuelle Räume in diesem Sinne „verzerrt“ bzw. „verzerrbar“?

Das Bedürfnis, unterschiedliche Nutzungsbedingungen zu verwenden, kann aus unterschiedlichen Gründen bestehen. So mag der Betreiber sogenannten Premium-Kunden erweiterte Optionen im virtuellen Raum anbieten wollen (etwa eine virtuelle Pflege des Ladengeschäfts im Metaversum). Während eine solche Besserstellung oftmals monetär und offen abgebildet werden wird, mag allerdings auch eine nicht offen kommunizierte Besserstellung für besondere Nutzergruppen in Betracht kommen (etwa bei personalisierten Angeboten). Umgekehrt mag der Betreiber das Interesse verfolgen, dass Nutzungsbedingungen einheitlich gelten – und deswegen Bestands-Nutzern im Falle einer AGB-Aktualisierung eine Vertragsänderung anbieten.

Aus (kern-)zivilrechtlicher Perspektive besteht selbstverständlich – und vorbehaltlich des AGG – keine allgemeine Gleichbehandlungspflicht auf Plattformen.⁶⁶ Deswegen sind Nutzungsbedingungen auch nicht allein deshalb unangemessen benachteiligend, weil Betreiber des virtuellen Raums zuvor andere Nutzungsbedingungen verwendet haben. Zu erwägen ist, ob es dem Leitbild des Nutzungsvertrages entspricht, dass dieser sich parallel zu anderen geschlossenen Verträgen verhält. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung in diesem Fall zur (unpraktikablen) Situation führen würde, dass die Nutzungsbedingungen nur noch gleichzeitig für alle Nutzer geändert werden *müssten* – und solchen Nutzern, die das Angebot auf Vertragsänderung nicht annehmen, gekündigt werden müsste.⁶⁷ Ein entsprechendes Ergebnis sollte meines Erachtens jedenfalls nicht unter Bezugnahme auf eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG verfolgt werden. Die Grenzen zu einer in der Sache umfassenden unmittelbaren Drittwirkung würden nicht nur zu verschwimmen drohen, sondern evident überschritten.

⁶⁵ Hierzu *Raue*, NJW 2020, 209, 213; *McColgan*, RD 2021, 605, 616.

⁶⁶ Zur unterschiedlichen Behandlung verschiedener Nutzergruppen (aus datenschutzrechtlicher Perspektive) siehe BGH, GRUR-RS 2021, 39866 sowie *Paal*, JZ 2022, 617.

⁶⁷ Siehe hierzu *Holznapel*, CR 2018, 369, 375 ff.; *Raue*, NJW 2022, 209, 211; OLG Nürnberg, GRUR 2020, 543, 545.

3. Anonyme Räume?

Die skizzierten Kontrollmaßstäbe sowie der privatrechtliche Zugriff und die damit verbundenen Wertungsfragen lassen sich meines Erachtens besonders anschaulich an einer im Januar gefällten BGH-Entscheidung zur sogenannten Klarnamenpflicht veranschaulichen.⁶⁸ Der BGH hat dazu Stellung genommen, ob und inwieweit Betreiber virtueller Räume auf eine Nutzung unter einem Klarnamen bestehen können – und damit zur Frage geurteilt, ob ein nutzerseitiges Agieren „mit offenem Visier“ verlangt werden kann.

Der BGH urteilte zur Rechtslage vor Geltung der Datenschutz-Grundverordnung, dass ein soziales Netzwerk die Verwendung von Pseudonymen in den Nutzungsbedingungen nicht untersagen könne.⁶⁹ Plakativ titelte die FAZ zu dem Urteil „Donald Duck darf auf Facebook bleiben“.⁷⁰ Eine Bestimmung in AGBs, die Nutzer zur Verwendung ihres Klarnamens anhalte, sei unangemessen benachteiligend.⁷¹ Dabei stellte der BGH auf die Wertung des zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen AGB-Einbeziehung geltenden § 13 Abs. 6 S. 1 TMG a.F. ab. Diese Bestimmung sah vor – inzwischen inhaltsgleich in § 19 Abs. 2 TTDSG geregelt –, dass der Diensteanbieter die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen hat, soweit ihm dies technisch möglich und zumutbar ist.⁷²

Gerade aus der hiesigen vertragsrechtlichen Perspektive lohnt ein kurzer Blick auf die telemedienschutzrechtliche Regelung des § 19 TTDSG zur Anonymität bei der Nutzung von Telemedien. Grundlegend ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Norm bereits dem Anwendungsvorrang der DS-GVO zum Opfer fällt.⁷³ Denn der Unionsgesetzgeber hatte in der DS-GVO eine entsprechende Verpflichtung erwogen, aber explizit nicht aufgenommen.⁷⁴

Es ergeben sich allerdings auch unbeschadet dessen keine wesentlichen *vertragsrechtlichen* Hürden aus dieser Norm.⁷⁵ An dieser Stelle wirkt sich der

⁶⁸ BGH, Urt. v. 27.1.2022 – III ZR 3/21, MMR 2022, 375. Hierzu *Kumkar*, ZUM 2022, 489; *Lutzi*, RDi 2022, 270; *Paschke/Wiedemann*, GRUR 2022, 794; *Stadler/Franz*, NJW 2022, 1282. Allgemein zu den Gründen für und gegen eine Klarnamenpflicht *Kluge*, K&R 2017, 230, 231 f.

⁶⁹ BGH, MMR 2022, 375, 3. Ls.

⁷⁰ *Budras*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28.1.2022, S. 17.

⁷¹ BGH, MMR 2022, 375, 3. Ls. Anders die Vorinstanz OLG München, GRUR 2021, 1099, 1101.

⁷² Zu den Schwierigkeiten mit dieser Norm siehe zusammenfassend *Piltz*, CR 2021, 555, 559.

⁷³ Ausführlich und zutreffend *Kumkar*, ZUM 2022, 489, 492 ff., die allerdings die tragenden Erwägungen bzw. die Wertungen des BGH unter Bezugnahme auf Art. 5 Abs. 1 lit. c, 6 Abs. 1 lit. b und lit. f sowie 25 DS-GVO durch eine unionsrechtskonforme Auslegung der „unangemessenen Benachteiligung“ gleichsam „rettet“.

⁷⁴ Siehe hierzu m.w.N. OLG München, Endurt. v. 8.12.2020 – 18 U 5493/19 Pre, GRUR 2021, 1099, 1102 sowie *Kumkar*, ZUM 2022, 489, 494.

beschriebene Prozess der *Kontraktualisierung* konkret aus. Denn die Vorgabe des Telemediendatenschutzrechts bezieht sich entgegen dem BGH und der wohl herrschenden Meinung richtigerweise nur auf die Nutzung von Telemedien außerhalb von Vertragsbeziehungen – und prädeterniniert deswegen nicht die vertragliche Beziehung.⁷⁶ Selbst wenn man zwischen der nicht-anonymen Eingehung eines Vertrages und der Nutzung im Zuge des Vertragsverhältnisses unterscheiden wollte (so auch der BGH)⁷⁷, ist die anonyme Nutzung für das soziale Netzwerk auch im Übrigen mit guten Gründen – und entgegen dem BGH⁷⁸ – nicht zumutbar im Sinne des § 19 Abs. 2 TTDSG. Richtigerweise betont das OLG München als Vorinstanz⁷⁹ – und auch im Lichte des Datenschutzrechts bzw. der DS-GVO – nicht nur „[das] Interesse [...], Nutzer bei Verstößen gegen ihre Nutzungsbedingungen leichter identifizieren zu können“, sondern „[a]ngesichts eines mittlerweile weitverbreiteten sozialschädlichen Verhaltens im Internet – Cyber-Mobbing, Belästigungen, Beleidigungen und Hassrede – [...] [das] legitim[e] Interesse daran, bereits präventiv auf ihre Nutzer einzuwirken.“⁸⁰ Nutzer sollen allgemein durch die Verwendung eines Klarnamens „von einem rechtswidrigen Verhalten im Internet [abgehalten]“ werden⁸¹ bzw. der Einzelne soll potentiell unmittelbar für sein Verhalten verantwortlich gemacht werden können.⁸²

Dieses Ergebnis stellt sich aus ganz unterschiedlichen Gründen als zutreffend dar. Zunächst ist zu erwägen, ob es sich bei der Klarnamenpflicht um eine unmittelbare Leistungsbeschreibung des sozialen Netzwerks handelt (was auch datenschutzrechtliche Konsequenzen zeitigen würde). BGH und OLG München gehen (implizit) übereinstimmend davon aus, dass die Klarnamen-

⁷⁵ Anders der BGH, MMR 2022, 375, 376: „Für den Leitbildcharakter des § 13 Abs. 6 S. 1 TMG aF iSv § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist es ohne Bedeutung, ob die Vorschrift eine ausschließlich datenschutz- und keine vertragsrechtliche Regelung darstellt. Es genügt, dass die Vorschrift ein auf den Schutz des Dienstberechtigten gerichtetes Gebot zum Ausdruck bringt [...] und ihr insoweit ein Leitbild für die technische und organisatorische Ausgestaltung von Telemediendiensten zu entnehmen ist [...].“

⁷⁶ Siehe nur *Moos*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 19 TTDSG Rn. 13; vgl. auch die umfassenden weiteren Nachweise (auch zu § 13 Abs. 6 TMG a.F.) bei *Kumkar*, ZUM 2022, 489, 491 Fn. 24. Anders OLG München, Urt. v. 8.12.2020 – 18 U 2822/19 Pre, MMR 2021, 245, 246. Ebenfalls anders, falls man § 13 Abs. 6 TMG a.F. als Verbotsgesetz einstuft, siehe m.w.N. hierzu BGH, MMR 2022, 375, 376.

⁷⁷ BGH, MMR 2022, 375, 378 ff. Vgl. hierzu bereits *Kluge*, K&R 2017, 230, 233 m.w.N.

⁷⁸ BGH, MMR 2022, 375, 377, der dafür auch auf eine mittelbare Drittwirkung der Art. 7 und 8 GRCh rekurriert.

⁷⁹ OLG München, GRUR 2021, 1099; OLG München, MMR 2021, 245.

⁸⁰ OLG München, GRUR 2021, 1099, 1102. Vgl. auch BGH, MMR 2022, 375, 378.

⁸¹ OLG München, GRUR 2021, 1099, 1102.

⁸² Vgl. *Kluge*, K&R 2017, 230, 231.

pflicht nicht als Leistungsbeschreibung zu bewerten und daher der Inhaltskontrolle entzogen sei.⁸³ Es handele sich lediglich um eine „[Regelung], die die Leistungspflicht des Verwenders einschränk[e], veränder[e], ausgestalt[e] oder modifizier[e]“. ⁸⁴ Das überzeugt nicht vollends. Denn mit der Frage des Agierens unter dem eigenen Namen ist eine ganz grundlegende Frage der nutzerseitigen „Bewegung“ innerhalb des eröffneten Raums angesprochen. Gerade das Agieren „mit offenem Visier“ ist das aus Sicht des Betreibers zentrale Element seines Angebots, das er in dieser Weise gerade allen Nutzer gegenüber anbieten will.⁸⁵ Diese jahrelange Praxis des Konfigurierens virtueller Räume ist auch rechtlich nicht zu ignorieren, sondern bei der Bestimmung des Leistungsgegenstands, spätestens aber im Zuge der Inhaltskontrolle, abzubilden. Denn die Praxis präformiert – wie bereits angedeutet – das vertragliche Leitbild, das im Zuge der Bewertung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB Berücksichtigung zu finden hat. Zu Recht weist das OLG München zur Leitbildformung auf die Aufgabe hin, „auf die vertragstypischen Gerechtigkeitserwartungen des redlichen Geschäftsverkehrs abstellen und für den Vertragstyp ein normatives Leitbild herausarbeiten [...]“. ⁸⁶ Gerade dieser Maßstab streitet für eine Berücksichtigung der Klarnamenpflicht, die einen prägenden Charakter bei sozialen Netzwerke aufweist – auch und gerade mit Blick auf die unterschiedlichen, nutzerseitig seit langem bekannten (und von den meisten gewünschten) Anstrengungen zur Bekämpfung von rechtswidrigen Äußerungen (die auch und gerade die hier nicht anzustellende genuin datenschutzrechtliche Abwägung beeinflussen⁸⁷). Es würden – so das OLG München zu Recht – im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch keine wesentlichen Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, derart einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei.⁸⁸

Gegen eine solche Angemessenheit – für die mangels eines Leitbilds ansonsten auf § 307 Abs. 1 BGB zu rekurrieren ist – kann auch nicht auf das Diktum des BGH in der *spickmich.de*-Entscheidung⁸⁹ aus dem Jahre 2009 zurückgegriffen werden, wonach die anonyme Nutzung dem Internet immanent sei.⁹⁰ Zunächst darf stark bezweifelt werden, ob eine solche Immanenz

⁸³ BGH, MMR 2022, 375, 376 (knapp und in etwas anderem Zusammenhang wird auf diese Frage ebd. 381 f. eingegangen); OLG München, GRUR 2021, 1099, 1100 f.

⁸⁴ OLG München, GRUR 2021, 1099, 1100.

⁸⁵ Vgl. auch *Kluge*, K&R 2017, 230, 232.

⁸⁶ OLG München, GRUR 2021, 1099, 1103.

⁸⁷ Zur hier nicht diskutierten Frage der datenschutzrechtlichen Rechtmäßigkeit der Verarbeitung des Klarnamens, siehe *Paschke/Wiedemann*, GRUR 2022, 704, 707 f.; *Stadler/Franz*, NJW 2022, 1282, 1284.

⁸⁸ OLG München, GRUR 2021, 1099, 1103.

⁸⁹ BGH, Urteil vom 23.6.2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888, 2892 – *spickmich.de*. Siehe auch OLG München, GRUR 2021, 1099, 1101.

⁹⁰ So aber BGH, MMR 2022, 375, 381.

mit Blick die skizzierte vertragliche Überformung vertraglicher Beziehungen, der zunehmenden *Kontraktualisierung*, noch die heutige Realität abbildet. Zudem sind einzelne Betreiber virtueller Räume auch und gerade nicht die einzige Möglichkeit, sich zu äußern – weswegen auch das Angebot eines anonymen oder nicht-anonymen sozialen Netzwerk dem Wettbewerb und damit der Auswahlentscheidung der Nutzer überlassen werden kann bzw. sollte.⁹¹

Die Beurteilung der Angemessenheit mag man bei sozialen Netzwerken unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG oder auch mit einem aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetem allgemeinen Recht auf Anonymität⁹² erweitern.⁹³ In diesem Sinne verweist auch der BGH auf die zentrale Marktposition von *Facebook* – und will damit nicht nur den Zugang zum zentralen Netzwerk gewährt wissen, sondern auch zusätzlich die anonyme Teilnahme an einem solchen.

Im Ergebnis ergibt sich demgegenüber nach hiesiger Ansicht aber keine abweichende Lösung aus verfassungsrechtlichen Gründen. Denn nicht nur steht hier ein vertragliches Verhältnis in Rede, sondern Betreiber *und* Nutzer sehen sich einem Dilemma ausgesetzt. Weder hat die eine oder andere Seite notwendigerweise ein ausschließliches Interesse an der Verwendung eines Klarnamens oder eines Pseudonyms – gerade weil in diesem Zusammenhang die empirischen Effekte nicht hinreichend bekannt sind. Der BGH weist darauf hin,

„dass die Reichweite des Zivilisierungseffekts durch die Verwendung von Klarnamen mangels ausreichender empirischer Untersuchungen unklar ist [...]. Überdies weist die Kommunikation im Internet neben dem Gefühl von Nicht-Identifizierbarkeit und Nicht-Verfolgbarkeit weitere Besonderheiten auf, die zu einer Enthemmung führen können.“⁹⁴

Die Verwendung von Pseudonymen mag nämlich einerseits ein ungehemmtes Klima im virtuellen Raum verschärfen, andererseits mag die Verwendung von Klarnamen einzelne davon abhalten, überhaupt von der Ausübung der Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen oder sonstige Handlungen vorzunehmen. Umgekehrt mag die Klarnamenpflicht für einen Teil der Nutzer wiederum die Teilnahme an Diskursen überhaupt erst attraktiv erscheinen lassen.⁹⁵

⁹¹ So BGH, MMR 2022, 375, 381, unter Verweis auf das hier zuvor diskutierte *Facebook*-Urteil (siehe IV. 1.).

⁹² Hierzu allgemein *Gersdorf*, in: BeckOK InfoMedienR, 34. Ed. 1.5.2021, Art. 2 GG Rn. 6.

⁹³ Siehe auch zur menschenrechtlichen Dimension EGMR, Urt. v. 7.12.2021 – 39378/15 (*Standard Verlagsgesellschaft mbH*), ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD003937815 sowie und Urt. v. 30.10.2020 – 50001/12 (*Breyer*), ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD005000112.

⁹⁴ BGH, MMR 2022, 375, 380.

⁹⁵ Siehe zu alledem – auch mit Blick auf die Verknüpfungsmöglichkeiten für Dritte – BGH, MMR 2022, 375, 379 f.

Es sollte auf eine marktbezogene Entscheidung der Nutzer gesetzt werden, die sich für ein bestimmtes Netzwerk mit oder ohne Pseudonymisierung entscheiden.⁹⁶ Eine pauschale Absage an eine Klarnamenpflicht nimmt Wettbewerbern von *Facebook & Co.* wertvolle Differenzierungsmöglichkeiten im Angebot – und stärkt damit potentiell den Marktbeherrscher. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch hier vorzugswürdig, dem Betreiber keine diesbezügliche Beschränkung aufzuerlegen.

4. Zwischenergebnis

In der Gesamtschau wird deutlich, dass der Zugriff des BGH mittels des AGB-Rechts zunächst zu erheblichen wettbewerblichen Friktionen führt. Darüber hinaus nimmt der BGH gerade eine Marktkontrolle vor.⁹⁷ Richtigerweise wurde darauf hingewiesen, dass genau diesen Zweck die AGB-Kontrolle nicht hat – das ist die Aufgabe des Kartellrechts.⁹⁸ Die Klauselkontrolle zielt auf einen generalisierenden Maßstab, der sich mit einer Bewertung von Klauseln abhängig von einer marktbeherrschenden Stellung konzeptionell „beißt“.⁹⁹

V. Fortentwicklungsperspektiven

Die Diskussion zur Regulierung der privaten Ordnung virtueller Räume ist im Fluss. Es sei deswegen auf ausgewählte Fortentwicklungsperspektiven für virtuelle Räume bzw. für die sie kuratierenden AGB hingewiesen.¹⁰⁰

⁹⁶ Vgl. auch *Konrad*, K&R 2018, 275, 276. Gegenläufig auch darüber hinaus BGH, MMR 2022, 375, 380, der die nutzerseitig bestehenden Einstellungsoptionen als nicht durchschlagend erachtet.

⁹⁷ *McColgan*, RD 2021, 605, 615.

⁹⁸ *McColgan*, RD 2021, 605, 615.

⁹⁹ *McColgan*, RD 2021, 605, 615 f. Anders gerade bei der Einzelfallprüfung bzw. bei der Ausübungskontrolle, siehe ebd. 616 mit Verweis auf die *Stadionverbot*-Entscheidung des BVerfG.

¹⁰⁰ Sehr niedrigschwellig sind zunächst Berichtspflichten betreffend Nutzungsbedingungen denkbar, wie dies etwa § 2 Abs. 2 Nr. 16 und 17 NetzDG für den halbjährlich zu erstattenden NetzDG-Bericht vorsehen – und unter anderem eine Darlegung rechtlicher Erwägungen zur AGB-Rechtskonformität verlangen. So sieht etwa § 2 Abs. 2 Nr. 16 NetzDG vor, dass die AGB des Anbieters über die Zulässigkeit der Verbreitung von Inhalten auf dem sozialen Netzwerk, die der Anbieter für Verträge mit Verbrauchern verwendet, zu erläutern sind. Ferner verlangt § 2 Abs. 2 Nr. 17 NetzDG eine Darstellung darüber, inwiefern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle der §§ 307 bis 309 BGB und sonstigem Recht in Einklang steht. Unmittelbare zivilrechtliche Folgen sind mit einer solchen Berichtspflicht allerdings grundsätzlich nicht verknüpft.

1. (Gesetzliche) Muster-AGB

Eine potentielle Option zur Rahmung virtueller Räume sind konkretisierende Vorgaben für AGB.¹⁰¹ So ist jüngst vorgeschlagen worden, der Gesetzgeber solle Muster-AGB für bestimmte¹⁰² virtuelle Räume vorgeben.¹⁰³ Wer die AGB verwende, müsse dann keine Inhaltskontrolle fürchten.¹⁰⁴ Als vermeintlich entscheidender Vorteil werden „Transparenz und Kontinuität“ ausgemacht¹⁰⁵; „Muster-AGB [würden] nicht nach Belieben geändert und als staatliches Recht von der Wissenschaft diskutiert und von Gerichten ausgelegt und dadurch konkretisiert.“¹⁰⁶

So charmant dieser Vorschlag auf den ersten Blick scheinen mag, so wenig praktikabel ist er bei näherer Betrachtung. Nicht nur lassen sich die mannigfaltigen Erscheinungsformen virtueller Räume nicht auf ein Format festzuren, etwaige Nutzungsbestimmungen wären auch relativ schnell überholt. Es erledigen sich auch die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten hierdurch keineswegs. Es wird vielmehr eine Verschiebung hin zur Überprüfung der Anwendung der Muster-AGB im Einzelfall geben.¹⁰⁷ Ein solcher Zugriff vernachlässigt schließlich die grundsätzliche Ausgestaltungsbefugnis von Marktakteuren und zielt auf eine weitgehend *marktersetzende* Regulierung ab.

2. EU-Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act)

Es ist allerdings zu konzedieren, dass sich diese Vorschläge im Fahrwasser des regulatorischen Mainstreams bewegen. Das jüngst finalisierte Gesetz über digitale Dienste, der Digital Services Act (DSA), sieht nun eine weitergehende Regulierung der Ver- und Anwendung von AGB vor.¹⁰⁸ Beachtenswert im

¹⁰¹ Vgl. grundsätzlich auch § 310 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BGB.

¹⁰² Für sog. besonders große Online-Plattformen in Anlehnung an den DSA (mit mindestens 45 Mio. Nutzer), *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 138.

¹⁰³ *Biesenbach/Schwartmann*, DRiZ 2021, 146; *Schwartmann*, NJW 2022, 133; mittels einer Verordnung auf nationaler Ebene bzw. durch einen delegierten Rechtsakt nach Art. 290 Abs. 1 AEUV oder eines Durchführungsrechtsakts, *Schwartmann* ebd. 137 f. Siehe mit gleicher Stoßrichtung *Kühling*, ZUM 2021, 461, 467 und 472.

¹⁰⁴ *Biesenbach/Schwartmann*, DRiZ 2021, 146, 149. *Kühling* formuliert etwa pointiert und freimütig: „Dann wird sich auch die leidige Frage der zivilrechtlichen Bewertung der AGB-Kontrolle erledigen.“ (*Kühling*, ZUM 2021, 461, 467).

¹⁰⁵ *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 135.

¹⁰⁶ *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 135.

¹⁰⁷ Dies sehen auch *Biesenbach/Schwartmann*, DRiZ 2021, 146, 149. Vor allem geht mit dem Erlass von Muster-AGB auch eine weitere zentrale Verschiebung der Kontrollmechanismen zulasten des Zivilrechts einher.

¹⁰⁸ Ausgangspunkt: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM/2020/825 final (hierzu *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283; *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184; *Kühling*, ZUM 2021,

hiesigen Kontext ist vor allem Art. 14 zu „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“¹⁰⁹ (sowie dessen Entwurfsfassungen), die wie durch ein Brennglas den aktuellen Privatrechtsdiskurs abbilden. Schon die erste Entwurfsfassung ist als „dogmatisches Neuland“¹¹⁰ und „Paukenschlag [...] für die europäische Privatrechtsdogmatik“¹¹¹ bezeichnet worden. Die Vorschrift sei Teil „eine[r] stark wertebezogen[en] „Plattformverfassung“.“¹¹² Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.

Selbst wenn ErwGr. 45 betont: „[w]ährend die Vertragsfreiheit der Anbieter von Vermittlungsdiensten grundsätzlich geachtet werden sollte“, enthält Art. 14 in der finalen Fassung grundlegende Vorgaben zu den Vertragsbestimmungen von sämtlichen Diensteanbietern¹¹³ – und zwar unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung des Diensteanbieters¹¹⁴. So sieht Art. 14 Abs. 1 zunächst eine Information der Provider über mögliche Beschränkungen des Dienstes vor, was insbesondere auch Bedingungen zum Umgang mit (vertragswidrigen) Inhalten umfasst.¹¹⁵ Darüber hinaus und vor allem statuiert Art. 14 Abs. 4:

„Die Anbieter von Vermittlungsdiensten gehen bei der Anwendung und Durchsetzung der in Absatz 1 genannten Beschränkungen sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vor und berücksichtigen dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind, etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit und den Pluralismus der Medien und andere Grundrechte und -freiheiten.“

461); im Anschluss an die Ursprungsentwurfsfassung der Kommission hat das Europäische Parlament Anfang 2021 einen deutlich erweiterten Entwurf vorgelegt, siehe <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_EN.pdf>; finale Fassung abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_30_2022_INIT&from=EN>.

¹⁰⁹ Art. 2 lit. u definiert „allgemeine Geschäftsbedingungen“ als „alle Klauseln, ungeachtet ihrer Bezeichnung oder Form, die die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Anbieter von Vermittlungsdiensten und den Nutzern regeln“.

¹¹⁰ *Denga*, EuR 2021, 569, 587.

¹¹¹ *Denga*, EuR 2021, 569, 569. Siehe auch *McColgan*, RDi 2021, 605, 615).

¹¹² *Denga*, EuR 2021, 569, 580. Ihr komme eine „zentrale Rolle für die Demokratie“ (*Schwartzmann*, NJW 2022, 133, 134. Denn „[d]ie Grundrechtsbindung von Plattformen [sei] ein grundlegender Strukturgedanke des DSA-E.“, *Denga*, ebd. 582. Siehe auch *Kaesling*, ZUM 2021, 177, 180, 183.

¹¹³ Neben den nachfolgend erwähnten Regelungen siehe auch Art. 14 Abs. 2 zu Vertragsänderungen und Abs. 3 zu Minderjährigen.

¹¹⁴ Siehe auch *Spindler*, GRUR 2021, 545, 551 (bezogen auf die erste Fassung).

¹¹⁵ Dieses als „verbraucherrechtliche Komponente“ einordnend, *Härtling/Adamek*, CR 2021, 165, 165. Die Regelung befürwortend *McColgan*, RDi 2021, 605, 617. Siehe auch ErwGr. 45 DSA.

Der Ansatz wird teilweise auch als „fundamental rights by design“¹¹⁶ bezeichnet, wobei sich Art. 14 Abs. 4 nicht auf die Gestaltung der AGB selbst bezieht¹¹⁷, sondern (nur) auf die Anwendung und Durchsetzung im Einzelfall, sprich Art. 14 Abs. 4 verlangt eine grundrechtlich determinierte Ausübungskontrolle. Provider haben dabei ihre eigenen Bedingungen im Lichte der Grundrechte auszulegen. Offen bleibt freilich, ob die Bedingungen auch einheitlich angewendet werden müssen (vorbehaltlich einer entsprechenden vertraglichen Pflicht hierzu). In diese Richtung liest sich zumindest ErwGr. 47 mit dem Zusatz „Anbieter von Vermittlungsdiensten [sollten] nicht willkürlich und nicht diskriminierend vorgehen“.

Nicht durchsetzen konnte sich demgegenüber der noch weiterreichende Vorschlag zu Art. 14 durch das Parlament. Art. 12 Abs. 1 S. 1 DSA-E (EP) sah vor¹¹⁸:

„Providers of intermediary services shall use fair, non-discriminatory and transparent terms and conditions. [...] In their terms and conditions, providers of intermediary services shall respect the freedom of expression, freedom and pluralism of the media, and other fundamental rights and freedoms, as enshrined in the Charter as well as the rules applicable to the media in the Union.“

Ebenso hatte das Parlament im Übrigen eine Vorgabe zur Nutzung Privater ohne Klarnamen explizit vorgesehen¹¹⁹. Dieser Vorschlag hat es ebenso nicht in die Endfassung des Art. 14 geschafft.

Allgemein ist die Konstitutionalisierung von Vertragsbedingungen kritisch zu würdigen. Der vom Parlament verfolgte Ansatz hätte zu einer vollständig grundrechtlichen Überformung von Vertragsbedingungen geführt. Die nun durch Art. 14 Abs. 4 vorgesehene Ausübungskontrolle mag man demgegenüber (noch) als Kodifizierung einer mittelbaren Drittwirkung von (unionalen) Grundrechten verstehen. Es ist allerdings zu bedenken, dass die Regelung (wie der DSA insgesamt) vornehmlich durch den umfassenden Diskurs zu Meinungsbildung in sozialen Medien und betreffend marktbeherrschende Unternehmen getrieben – und dadurch verzerrt – wird. Das Recht sozialer Medien dient bereits seit längerem – das unterstreichen auch die zuvor diskutierten Entscheidungen des BGH zu Facebook – als „Testgebiet“ für den Einfluss übergeordneter verfassungsrechtlicher Wertungsmaßstäbe in die

¹¹⁶ Denga, EuR 2021, 569, 582.

¹¹⁷ Abweichend hiervon nimmt ErwGr. 47 S. 1 allerdings Bezug auf „Gestaltung, Anwendung und Durchsetzung dieser Beschränkungen“.

¹¹⁸ Zur Begründung zur Änderung des ersten Satzes von Art. 12 Abs. 1 DSA-E (EP) siehe EP (IMCO), 2020/0361(COD), PE693.594. 28.5.2021. S. 73.

¹¹⁹ Siehe Art. 12 Abs. 2d DSA-E (EP), wonach eine Klarnamenpflicht unzulässig sein soll; Begründung der Änderung bei EP (IMCO), 2020/0361(COD), PE695.159, 8.7.2021, S. 153. Siehe hierzu auch Janal, ZEuP 2021, 227, 259.

privatrechtliche Beurteilung.¹²⁰ Die Vorschrift trifft deswegen zumindest den allgemeinen regulatorischen Mainstream zu großen Online-Plattformen.¹²¹

Mit seinem allgemeinen Regelungsansatz geht Art. 14 allerdings zudem weit darüber hinaus. Der *one size fits all*-Ansatz gilt in sachlicher Hinsicht – in Bezug auf die in Rede stehenden Geschäftsmodelle fernab sozialer Netzwerke – und in persönlicher Hinsicht. Sämtliche Diensteanbieter werden erfasst und verpflichtet. Die allgemeine Regelung des Art. 14 ist damit gerade eine Abkehr von marktbeherrschenden Unternehmen¹²² bzw. von „spezifischen Konstellationen“ bzw. von Fällen „struktureller Überlegenheit“¹²³, die etwa dem *Stadionverbot*¹²⁴-Urteil und dem *Der III. Weg*¹²⁵-Beschluss zugrunde liegen – eine Entwicklung, die auch bei anderen Regulierungsvorhaben der Europäischen Union zu beobachten ist.¹²⁶

Man mag den DSA deswegen als Teil einer neuen „Rahmenordnung“¹²⁷ für die Digitalwirtschaft mit neuen „Koordinationsmechanismen“¹²⁸ einstufen.¹²⁹ In diesem Sinne kann der DSA auch als Teil des unionalen Prozesses verstanden werden, in dem nationale Privatrechtstraditionen weitergehend verlassen werden.¹³⁰ Während dem AGB-Recht traditioneller Weise nur die Rolle eines „Sicherungsnetz[es]“¹³¹ zukommt, bei dem die richterliche Kontrolle als Kompensation für den mangelnden Wettbewerb bei AGBs fungiert¹³² und die Herstellung von Austauschgerechtigkeit in Einzelfall im Fokus steht¹³³, kann der Ansatz des Art. 14 nicht in vergleichbarer Weise gerechtfertigt werden. Vielmehr steht eine allgemeine grundrechtsensible (und potenziell auch gleichförmige) Behandlung der Nutzer im Vordergrund.¹³⁴ In diesem Sinne ist Art. 14 als eine zentrale Weichenstellung zu begreifen.¹³⁵

¹²⁰ Siehe *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 549.

¹²¹ Siehe etwa *Mendelsohn*, MMR 2021, 857, 860 f.

¹²² Vgl. *Denga*, EuR 2021, 569, 588.

¹²³ Zu alledem m. w. N. *Denga*, EuR 2021, 569, 590.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 – *Stadionverbot*.

¹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19, ZUM-RD 2019, 429 – *Der III. Weg*.

¹²⁶ So legt der Data Governance Act (DGA) Datenintermediären gleichfalls unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung weitreichende, marktregulierende Verhaltenspflichten (Art. 12 DGA) auf.

¹²⁷ *Schweitzer*, AcP 220 (2020) 544, 548.

¹²⁸ *Schweitzer*, AcP 220 (2020) 544, 548.

¹²⁹ Als Teil der Infrastruktur- und Ermöglichungsfunktion des Privatrechts, hierzu *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 550). Siehe auch *Hönn*, JZ 2021, 693, 698 mit Verweis auf *Hellgardt*.

¹³⁰ Siehe *Schweitzer*, AcP 220 (2020) 544, 546.

¹³¹ *Hönn*, JZ 2021, 693, 700 mit Bezug auf *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 563.

¹³² *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 563.

¹³³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 555.

¹³⁴ Siehe auch *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 553.

VI. Gesamtwürdigung und Ausblick

Der DSA zeichnet grundlegend den allgemeinen und immer weitervorschreitenden Prozess einer Inpflichtnahme des Vertrags als Institution nach¹³⁶, der auch in der skizzierten BGH-Rechtsprechung zu beobachten ist. Von einer rein vertragsrechtlichen Rahmung über die mittelbare Drittwirkung bis hin zu einer – in der Sache zumindest sehr nahekommenden – unmittelbaren Drittwirkung. Das Vertrauen auf Marktkräfte¹³⁷ tritt immer weiter zurück. Staatlicherseits werden eigene Steuerungsziele durch und mittels Plattformen verfolgt.¹³⁸ Die – in Anlehnung an *Christoph Möllers – Freiheitsgrade*¹³⁹ für die zentralen Akteure der Digitalwirtschaft, für Plattformen, werden trotz ihrer ganz überwiegend wohlfahrtsfördernden Natur enger. Vielmehr werden virtuelle Räume immer weitergehend *konstitutionalisiert*¹⁴⁰ – und zwar über die bekannten Einfallstore im Privatrecht hinaus.¹⁴¹

Weil Privatrecht auch und gerade die Verwirklichung grundrechtlicher Freiheiten gewährleistet¹⁴², können die Entwicklungen allerdings nicht pauschal als Rückfall in eine paternalistische Überformung des Privatrechts¹⁴³ gedeutet werden. Vielmehr gilt es, die sich die in jüngerer Zeit mittels der mittelbaren Drittwirkung betonten verfassungsrechtlichen Maßstäbe – wie dargelegt – genuin vertragsrechtlich abzubilden. Man kann insofern von einer „vertragsrechtlichen Internalisierung“ bzw. von einer vertraglichen „Kon-

¹³⁵ Vgl. auch *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 555, die ebenfalls „neue rechtliche Weichenstellungen und damit verbundene Brüche mit herkömmlichen Prinzipien des Privatrechts“ betont. Ob und inwieweit man das Privatrecht als staatliches Recht gleichwohl „staatsfern“ (*Schweitzer*, AcP 220 (2020) 544, 551) – im Sinne der „Privatrechtsgesellschaft“ (*Schweitzer* ebd. 552) – denkt, ist eine andere (aber reizende) Frage, vgl. in diesem Zusammenhang auch Hennemann (Fn. 17), passim. Der allgemeine Trend ist ein anderer.

¹³⁶ Vgl. *Hönn*, JZ 2021, 683, 697.

¹³⁷ Siehe hierzu auch *Denga*, EuR 2021, 569, 593.

¹³⁸ *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 555.

¹³⁹ *Möllers*, *Freiheitsgrade*, 2020.

¹⁴⁰ Hierzu *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 545, die unter Verweis auf *Stolleis* den Topos der „Machtergreifung des Öffentlichen Rechts“ aufgreift. Siehe zu sozialen Medien auch *Celeste/Heldt/Iglesias Keller*, *Constitutionalising Social Media*, 2022.

¹⁴¹ Siehe *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 546 f. Man mag mit *Wielsch* von einer „Konstitutionalisierung [...] gleichsam von innen“ (*Wielsch*, RW 2019, 84, 107) sprechen bzw. von einer „Pluralisierung der Privatrechtsverfassung“, siehe *Wielsch*, AcP 213 (2013) 718, 736. Siehe auch *Wielsch*, RW 2019, 84, 88: „Sozialverfassungsrecht digitaler Kommunikation“ und *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718, 750: „Privatrecht mit Sinn für „gesellschaftlichen Konstitutionalismus“.

¹⁴² *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718, 758, der ebd 757 f. den Blick des Privatrechts auf „gesellschaftlich[e] Ordnungsprozess[e]“ und deswegen dessen „verfassungsrechtliche Qualität“ betont.

¹⁴³ Hierzu allgemein *Neuner*, JZ 2020, 269.

sumtion“ nicht-vertragsrechtlicher Maßstäbe sprechen.¹⁴⁴ Denn für die im Einzelfall stets zu operationalisierenden Grundrechte bedarf es gerade eines umweltsensiblen Vertragsrechts mit seinen genuin eigenständigen, aber hinreichend flexiblen Kontrollmechanismen¹⁴⁵, bei denen die Entscheidung des Einzelnen und die marktwirtschaftlich orientierte Auswahlvielfalt von zentraler Bedeutung sein sollten.¹⁴⁶

Gerade deswegen sind allerdings die jüngeren Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtspolitik mit Skepsis zu betrachten. Denn es sind *schwindende Marktverfassungen* zu konzedieren. Der herrschende Zugriff seitens der EU und auch des BGH entzieht zumindest im Ansatz die Ausdifferenzierung von Geschäftsmodellen dem eigentlich vorrangigen Leistungswettbewerb.¹⁴⁷ Auswahlmöglichkeiten werden reduziert. Die „Entscheidungszuständigkeit“ des Einzelnen als maßgeblicher Parameter des Wettbewerbs¹⁴⁸ wird zurückgedrängt. Es findet nicht nur eine „Absicherung“ durch Regulierung statt, sondern die starke staatliche „Konfigurierung“ von Angeboten wirkt *marktersetzend*.¹⁴⁹ Besonders deutlich wird dies, wenn der BGH auf die durch Facebook als soziales Netzwerk „angestrebte [Steigerung der] Authentizität des Nutzererlebnisses durch die Klarnamenpflicht“ hinweist und so dann ausführt:

„Im Internet ist die Kommunikation unter einem selbstgewählten Pseudonym [...] gängig [...]. Eine authentische Kommunikation unter den Nutzern ist vor diesem Hintergrund auch unter Verwendung selbstgewählter Pseudonyme möglich. [...] [Dem Nutzer] kann die Entscheidung überlassen bleiben, durch welche Preisgabe von Daten er für die Funktionalität des Netzwerks in seinem Sinne sorgen möchte [...]. Die von [dem Betreiber] angestrebte authentische Kommunikation wird durch die Verwendung von Pseudonymen insoweit jedenfalls nicht wesentlich erschwert [...].“

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung sind – in Anlehnung an *Barczak – nervös*.¹⁵⁰ Denn eine ganz ähnliche Entwicklung hat der BGH etwa auch im Kartellrecht betreffend Facebook vollzogen.¹⁵¹ Paradoxerweise führt die

¹⁴⁴ Siehe – am Beispiel von Video-Sharing-Plattformen – zu den konkreten Auswirkungen im Einzelfall *Hennemann*, in: Schmidt-Kessel/Möllnitz, Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, 2022, im Erscheinen.

¹⁴⁵ Hierzu allgemein *Hennemann* (Fn. 17), passim. Vgl. auch *Kumkar*, ZEuP 2022, 530, 557 ff.

¹⁴⁶ Siehe auch *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 7 f.

¹⁴⁷ Siehe hierzu – und zum Ausnahmecharakter einer Einschränkung des Leistungswettbewerbs – *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 567, 569.

¹⁴⁸ *Schweitzer*, JZ 2022, 16, 20 mit Verweis auf *Podszun*, GRUR 2020, 1268, 1274.

¹⁴⁹ Vgl. auch *Schweitzer*, JZ 2022, 16, 20. Zur Unterscheidung von marktkonformen und marktregulierenden Handlungen im Kontext der (un)mittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten, siehe *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 473 ff.

¹⁵⁰ *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021.

¹⁵¹ BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19 (OLG Düsseldorf), GRUR 2020, 1318; der BGH statuiert *in casu* die Pflicht eines marktbeherrschenden Unternehmens Wahlmöglich-

weitgehende Marktersetzung (etwa im Kontext von Angeboten mit einer Klarnamenpflicht) letztlich zu einer „Marktverschließung“ – anderen Anbietern werden Optionen zur Differenzierung genommen. Damit verbunden ist eine strukturelle Stärkung bereits marktbeherrschender Akteure.

Vor allem ist in diesem Zusammenhang auch die Ausstrahlungswirkung einer zu einschneidenden Regulierung privater Akteure zu bedenken. Es ist bereits im Kontext des NetzDG deutlich geworden, dass eine *de facto* „pönalisierende“ Regulierung privater Akteure ungewollte Signale in die Welt aussendet – und zu illiberalen Nachahmungen in weniger liberalen oder auch autoritären Staaten führen kann. Die oftmals postulierte „Bändigung“ der Big Tech lässt bedauerlicherweise zuweilen in den Hintergrund rücken, dass private und auch marktbeherrschende Unternehmen Akteure und Resultate einer marktwirtschaftlichen, freiheitlichen Ordnung sind und nicht deren prinzipielle Opponenten. Gerade auch in diesem Sinne darf mit Spannung das „virtuelle Leben“ in der virtuellen Welt der eingangs erwähnten *Metaversa* erwartet werden. Hier dürften sich weitere und neue Fragen der mittelbaren Drittwirkung eröffnen – etwa bei der Frage, ob in einem Metaversum auch nicht-kommerzielle Einrichtungen „Land“ beanspruchen können, beispielsweise Verbraucherschutzzentralen, Datenschutzbehörden oder auch Polizeiwachen.

keiten in Bezug auf sein Produkt zur Verfügung zu stellen, hierzu kritisch *Schweitzer*, JZ 2022, 16, 20.

Virale Meinungsbildung und Filterblasen

Regulatorische Initiativen der EU – Zur Auswirkung des Digital Services Act auf Schwärme in sozialen Netzwerken

Ranjana Andrea Achleitner

I.	Einleitung.....	39
	1. Schwärme in sozialen Netzwerken.....	39
	2. Grundannahmen und These.....	42
II.	Echokammern und Filterblasen – ein Mythos?.....	43
III.	Vorgaben zur Moderation von Inhalten im DSA.....	45
	1. Rechtswidrige Inhalte – „Delete first, think later?“.....	45
	2. Schädliche Inhalte – „Lawful but Awful?“.....	46
IV.	Conclusio.....	48

I. Einleitung

I. Schwärme in sozialen Netzwerken

Das Konzept von sozialen Netzwerken leidet seit geraumer Zeit unter einem massiven Imageproblem. Der Diskurs hierüber dreht sich primär um rechtswidrige Inhalte, Desinformation und Meinungslenkung, sodass mittlerweile die Gefahrenlagen dieser digitalen Räume in den Fokus des (Forschungs--) Interesses gerückt sind.¹ Sie sind allerdings – als neue Form der sozialen Organisation² – gleichermaßen wichtige Orte unserer Kommunikation, der Vernetzung und des freien Meinungsaustausches, sodass die Diskussion über eine Regulierung von Online-Plattformen keinesfalls bei einer negativen Konnotation verharren darf. Ihre besondere Stellung in der Gesellschaft, ihr Einfluss auf unsere Kommunikationsmuster sowie der Einsatz von Algorith-

¹ Zum Ganzen bereits *Achleitner*, in: Bajlicz u.a., *Recht im Umbruch – Umbruch im Recht*, Schriftenreihe der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht, Bd. 11, 2022, S. 3; *Achleitner*, in: Greve u.a., 60. ATÖR – Der digitalisierte Staat – Herausforderungen für den modernen Staat, 2020, S. 265.

² *Kaiser/Kröckel*, *Informatik Spektrum* 2011, 355; *Wippermann/Schelske*, in: Lippert, *Schwarm-Intelligenz – Vernetze mich*, Jahrbuch Annual Multimedia, 2011, S. 62 ff.

men machen allerdings eine Auseinandersetzung mit der Moderation von rechtswidrigen und schädlichen Inhalten notwendig; auf Ebene der EU hat dies kürzlich in den Digital Services Act³ gemündet.⁴

Die Vernetzung von Menschen in sozialen Medien ermöglicht einen schnellen Austausch von Informationen, Meinungen und Emotionen, bei dem es zur Bildung von homogenen „Meinungsschwärmen“ kommen kann. Dieser digitale Schwarm wird hier als Beziehungsgeflecht von Menschen verstanden, die zu einem bestimmten Thema unter Gleichgesinnten ihre Meinung austauschen. Inwieweit das Verhalten der Nutzer tatsächlich von komplexen Schwimm- oder Flugverhaltensweisen von Tieren ableitbar ist, sei an dieser Stelle lediglich zur Diskussion gestellt. Der Schwarmbegriff steht hier für ein volatiles Kollektiv in Selbstorganisation ohne stabile Entscheidungsstrukturen.⁵ Im Schwarm trifft nicht einer die Entscheidung, sondern der Schwarm selbst entscheidet. Ein solcher Schwarm vermag kreative Ideen und fruchtbare Meinungen hervorzubringen, sodass seine Schwarmintelligenz sinnvoll genutzt werden kann.⁶ Gleichmaßen kann der Schwarm eine Bedrohung bergen, indem Desinformation ausgetauscht wird oder Hassreden erfolgen. Letztere Alternative – plakativ als Meute und Mob beschrieben⁷ – vermag in einen *Shitstorm* (*Shitgewitter*) münden. Desgleichen kann das Gegenteil, ein *Candystorm*, entstehen.⁸

Digitale Schwärme haben mithin analogen Schwärmen in der Offline-Welt etwas voraus, denn sie machen Kommunikation sichtbar und nachvollziehbar.⁹ So können Meinungen etwa durch *Text-Mining*, d.h. dem Aufdecken von Mustern und Zusammenhängen in Texten, identifiziert und analysiert

³ Verordnung (EU) 2022/... des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), PECONS 30/22, in der Fassung v. 21.9.2022, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_30_2022_INIT&from=EN>.

⁴ Grundlegend zum DSA siehe bereits *Achleitner*, ZTR 2021, 1; *Achleitner*, *ecolex* 2021, 512; *Achleitner*, in: Hoffberger-Pippan u.a., *Jahrbuch Digitalisierung, 2022, Digitalisierung und Recht*, 2022, S. 17 ff.

⁵ *Schmidt*, in: Sander u.a., *Handbuch Medienpädagogik*, 2021, S. 1, 7.

⁶ Zur Schwarmintelligenz, die nicht im Fokus vorliegenden Beitrags ist, anstatt vieler *Oliveira/Pinheiro/Macedo* u.a., *Applied Network Science*, 2020, <<http://doi.org/10.1007/s41109-020-00260-8>>; *Rheingold*, *Smart mobs: The next social revolution*, 2002; *Lim/Bouffanais*, (2019) *IEEE Technology and Society Magazine*, 17, 18; siehe ebenso grundlegend *Frank*, *Meute und Meinung. Über die Schwarmdummheit*, 2013; *Han*, *Im Schwarm. Ansichten des Digitalen*, 2013.

⁷ *Stephan*, *Der Schwarm als Meute*, *Zeit online*, 26.9.2016, <<https://www.zeit.de/kultur/literatur/2016-09/in-shitgewittern-jon-ronson-soziale-netzwerke/seite-2>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 15.7.2022 abgerufen).

⁸ *Wagner*, in: *Stempfhuber/Wagner, Praktiken der Überwachten*, 2019, S. 243.

⁹ *Schmidt* (Fn. 5), S. 7.

werden.¹⁰ Die Untersuchung der Meinungsbildung in Schwärmen ist Gegenstand einer Reihe von Forschungsarbeiten und wird äußerst kontrovers diskutiert, weshalb an dieser Stelle – weitere empirischen Studien abwartend – offenzulassen ist, ob und inwieweit in solchen Schwärmen ein Gemeinschaftsgefühl, ein Massengeist entwickelt wird.¹¹

Das Paradebeispiel für die besondere Dynamik eines Schwarmes in sozialen Netzwerken ist der wohl bekannteste Shitstorm-Vorfall „#HasJustineSaccoLandedYet“. Die junge Amerikanerin *Justine Sacco* verfasste am Flughafen in London auf ihren Flug nach Australien wartend einen – für sie belanglosen – Tweet auf Twitter mit dem Wortlaut „Ich fliege nach Afrika. Hoffentlich bekomme ich kein Aids. Nur ein Spaß! Ich bin weiß!“^{12, 13} Zu diesem Zeitpunkt hatte sie 170 Follower. Der Tweet wurde nach ihrem Abflug an eine Zeitschrift weitergeleitet und von dieser auf Twitter geteilt. Die 15.000 Follower der Zeitschrift lösten sodann eine regelrechte Welle der Wut auf Twitter aus und die Amerikanerin wurde schlussendlich von ihrem Arbeitgeber aufgrund ihres Tweets gekündigt. Für *Justine Sacco* war der Tweet derart offensichtlich überspitzt, dass aus ihrer Sicht die Karikatur bestehender Vorurteile auf der Hand lag. Die öffentliche Demütigung war trotz ihrer nachträglichen Richtigstellung allerdings bereits vollzogen.

Freilich ist ein öffentliches Anprangern nicht ein Phänomen der sozialen Netzwerke im Internet; die rasante ubiquitäre Verbreitung eines *Shitstorms*, und die mithin nicht zu kontrollierende Kettenreaktion, ist jedoch dem Charakter des Internets zuzuschreiben.¹⁴ Überdies sind soziale Netzwerke auf Bewegung und Aktion ausgelegt, damit der Nutzer möglichst lange darin verweilt, da die Anzahl von Kommentaren und Retweets zumeist mit den Werbeeinnahmen korreliert. So siegt in sozialen Netzwerken oftmals die Popularität über die Qualität von Beiträgen.

Eine kürzlich veröffentlichte Studie, bei der Interaktionen von mehr als 100 Millionen Posts in sozialen Netzwerken zu kontroversiellen Themen (insbesondere Waffenkontrolle, Schwangerschaftsabbruch und Impfung) ausgewertet wurden, hat bestätigt, dass soziale Netzwerke wie *Facebook* über personalisierte Algorithmen den Newsfeed von Nutzern steuern und bestimm-

¹⁰ *Kaiser/Kröckel*, Informatik Spektrum 2011, 355, 357 ff. m. w. N.

¹¹ *Wagner* (Fn. 8), S. 249.

¹² *Ronson*, New York Times Magazine, 15.2.2015, S. 20; *Stephan*, Der Schwarm als Meute, Zeit online, 26.9.2016, <<https://www.zeit.de/kultur/literatur/2016-09/in-shitgewitern-jon-ronson-soziale-netzwerke/seite-2>>.

¹³ Zum Ganzen *Christarkis/Fowler*, Connected!: Die Macht sozialer Netzwerke und warum Glück ansteckend ist, 2010; *Ronson*, In Shitgewittern, 2016.

¹⁴ *Eifert*, in: Hermstrüwer/Lüdemann, Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2021, S. 189, 192-194.

te Inhalte fördern können.¹⁵ Schwärme mit gleicher Gesinnung können sich hierdurch bilden, denn Nutzer präferieren Informationen, die in ihre Weltanschauung passen,¹⁶ und ignorieren hiervon abweichende Informationen; ein Schwarm teilt sich ein Narrativ. Dies wirkt sich auf die Konstruktion der sozialen Wahrnehmung, die (politische) Kommunikation und fortlaufende Debatte aus.¹⁷ Ist die Polarisierung hoch, werden zudem Fehlinformationen schnell verbreitet. Verstärkt wird die Wirkung von Feed-Algorithmen nochmals, wenn der Feed von den Nutzern nicht selbst angepasst werden kann.¹⁸ Hierdurch kommt es zu einer Fragmentierung, mithin Polarisierung der Öffentlichkeit.¹⁹ Soziale Netzwerke können den Zugang zu unterschiedlichen Perspektiven und Informationen einschränken und hierdurch Gruppen gleichgesinnter Nutzer begünstigen, die ein gemeinsames Narrativ entwerfen und möglicherweise verstärken.²⁰

Überdies besteht die Gefahr des Überschwappens eines Narratives auf weitere Nachrichtendienste; hierdurch beeinflusst „eine lautstarke Minderheit auf individueller Ebene die Artikulationsbereitschaft der Mehrheit negativ und polarisiert auf kollektiver Ebene die öffentliche Meinung auch außerhalb sozialer Medien“²¹. Wie Studien zeigen, werden *Fake News* bis zu 70 % eher *retweeted*,²² es ist allerdings gleichzeitig äußerst schwierig mit Algorithmen und Filtertechniken diese vorab abzufangen bzw. aufzuspüren.²³

2. Grundannahmen und These

Mit dem kürzlich beschlossenen Digital Services Act (DSA) wird nunmehr auf Ebene der EU ein einheitliches Regelwerk zu Pflichten und Verantwortlichkeiten von Vermittlern geschaffen, wodurch die Inthemoderation in sozialen Netzwerken durch Betreiber digitalen Dienste künftig einem rigorosen Rechenschafts- und Transparenzrahmen unterliegen. Die Auswirkungen des

¹⁵ *Cinelli u. a.*, 118 Proceedings of the National Academy of Sciences, e2023301118 (2021).

¹⁶ *Cinelli u. a.*, 118 Proceedings of the National Academy of Sciences, e2023301118 (2021) 1, 5.

¹⁷ *Rhodes*, (2022) 39 Political Communication 1, 2 ff.

¹⁸ *Rhodes*, (2022) 39 Political Communication 1, 5.

¹⁹ *Wagner* (Fn. 8), S. 255; kritisch *Rau/Stier*, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2019, 399, 405 ff.

²⁰ *Cinelli u. a.*, 118 Proceedings of the National Academy of Sciences, e2023301118 (2021) 1 ff.; *Rhodes*, (2022) 39 Political Communication 1, 4; *Egidy*, in: Hermstrüwer/Lüdemann, Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2021, S. 91, 107 ff.; *Wagner* (Fn. 8), S. 255.

²¹ *Stark/Magin/Jürgens*, in: Eisenegger et al., Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 243, 316.

²² *Vosoughi/Roy/Aral*, (2018) 359 Science 1146, 1149.

²³ *Collins u. a.*, (2021) 5 Journal of Information and Telecommunication 247, 261.

DSA auf soziale Netzwerke sind allerdings ambivalent: Zum einen verleihen die Vorgaben des DSA zur Inhaltmoderation in Form eines *Notice-and-Action-Verfahrens* den Betreibern digitaler Dienste eine gravierende Machtposition, da diese – wohl zumeist automationsgestützt – über die Entfernung von Inhalten entscheiden, womit eine Privatisierung der Inhaltekontrolle zu verorten ist. Zum anderen sieht die von der EU festgelegte Regulierung ebenso starke Transparenz-, Rechenschafts- und Beschwerdemechanismen vor, sodass die Betreiber künftig einem engen Korsett von Vorgaben mit empfindlichen Strafen bei Nichtbefolgung unterliegen. Ausgehend von dieser Annahme wird die These zur Diskussion gestellt, dass der DSA einen Effekt auf Schwärme in sozialen Netzwerken haben wird. Dieser ergibt sich aus der Aufgabenübertragung an Betreiber digitaler Dienste, die nunmehr im Rahmen der Inhaltmoderation – wenn auch durch starke Rechenschafts- und Transparenzpflichten flankiert – über die Legalität von Inhalten (widerlegbar) entscheiden.

Der folgende Beitrag möchte sohin die Auswirkungen des DSA auf das Bestehen von Meinungsschwärmen in sozialen Netzwerken in den Blick nehmen. Die Überlegungen hierzu erfolgen in der Grundannahme einer Privatisierung der Inhaltekontrolle durch den DSA und der grundsätzlichen Möglichkeit der Existenz von Echokammern und Filterblasen in sozialen Netzwerken,²⁴ deren Tragweite und Einfluss auf die digitale Diskurspraxis zweifelsohne diskutabel ist. Es gilt daher der – gleichermaßen provokanten – Frage nachzugehen, inwieweit durch den DSA Anbietern digitaler Dienste die Entscheidungsmacht übertragen wird, Schwärme aufzulösen bzw. diese der Dynamik der Kommunikationskultur im Internet zu überlassen. Hierfür werden zunächst die Vorgaben des DSA zur Inhaltmoderation im Hinblick auf rechtswidrige und schädliche Inhalte – wie etwa Desinformation – diskutiert, um sodann in der *Conclusio* mögliche Lösungsansätze anzusprechen.

II. Echokammern und Filterblasen – ein Mythos?

Der Terminus Echokammer meint eine isolierte Umgebung, in welcher Meinungen oder politische Einstellungen und Überzeugungen der Nutzer zu einem Thema durch Interaktionen zwischen Nutzern verstärkt werden und hierdurch innerhalb der Gruppe mithin extreme Positionen entstehen können.²⁵ Eine Echokammer ist sohin die Art und Weise, in der wir nur Informa-

²⁴ Siehe bereits *Achleitner* (Fn. 1), 5 ff.; siehe auch *Lomba/Evas*, Study, Digital Services Act, European added, value assessment, European Parliament, October 2020, PE 654.180, 13.

²⁵ *Sunstein*, Echo Chambers. *Bush v. Gore, Impeachment, and Beyond*, 2001, 5; *Rhodes*, (2022) 39 *Political Communication* 1, 5; *Cinelli u.a.*, 118 *Proceedings of the National Academy of Sciences*, e2023301118 (2021); kritisch zur Existenz von Echo-

tionen von Gleichgesinnten erhalten und hierdurch eine gegenseitige Bestärkung in den Ansichten erfolgt. Erklärt wird dieses Phänomen u. a. damit, dass Menschen dazu tendieren kognitive Dissonanzen zu meiden und Informationen bevorzugen, die ihrer Weltanschauung entsprechen.²⁶

Hiervon abzugrenzen ist die Filterblase, bei der es zu einer algorithmenbasierten Personalisierung kommt und das Individuum im Zentrum steht, um das eine Blase geschaffen wird („personal, unique universe of information that you live in online“²⁷). Die Filterblase entsteht primär durch (Ranking-) Algorithmen und ohne aktive Entscheidungen des Nutzers.²⁸ Hierfür werden die Daten u. a. aus dem bisherigen Online-Verhalten (Suchverlauf, Likes, Shares usw.) des Nutzers herangezogen, wodurch die Feeds und die Reihenfolge der Informationen angepasst werden.²⁹ „And what’s in your filter bubble depends on who you are, and it depends on what you do. But the thing is that you don’t decide what gets in. And more importantly, you don’t actually see what gets edited out.“³⁰ Eine durch Algorithmen geschaffene Echokammer kann ebenso gleichzeitig eine Filterblase hervorrufen.

Filter, die bestimmen und beeinflussen, welche Information und Meinungen wir sehen, sind freilich nicht neu. Auch vor dem Aufstieg der sozialen Medien im Internet haben bereits Journalisten in Zeitungen Themen selektiert und auch das persönliche Umfeld einer Person vermittelt – offline – ausgewählte Meinungen. Eine Vergleichbarkeit dieser beiden Formen von Filtern mag durchaus bestehen, angesichts der besonderen Charakteristika des Internets und sozialer Netzwerke bedarf es dennoch einer differenzierenden Betrachtung von Meinungskundgaben im Internet, die sich rasant schnell verbreiten und durch technische Funktionen einer besonderen – zumeist intransparenten – Verarbeitung unterliegen.³¹

Die These von Echokammern und Filterblasen ist nicht unumstritten und will von einigen lediglich als Metapher für die Gefahr des Internets, namentlich den sozialen Netzwerken als „Enklaven“³², verstanden werden.³³ Obgleich die empirischen Forschungsarbeiten in der Tat ein ambivalentes Bild

kammern *Becker/Porter/Centola*, (2019) 116 *Proceedings of the National Academy of Sciences*, <<https://doi.org/10.1073/pnas.1817195116>>; *Rau/Stier*, *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 2019, 399; *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 21), S. 306 ff.

²⁶ *Cinelli u. a.*, 118 *Proceedings of the National Academy of Sciences*, e2023301118 (2021); *Festinger*, *A Theory of Cognitive Dissonance*, 1965.

²⁷ *Pariser*, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, 2022, 9.

²⁸ *Rhodes*, (2022) 39 *Political Communication* 1, 5 ff.

²⁹ *Plettenberg u. a.*, in: *Duffy*, *Digital Human Modeling and Applications in Health, Safety, Ergonomics and Risk Management*, 2020, S. 81, 83 ff.

³⁰ *Pariser* (Fn. 27), S. 9.

³¹ *Egidy* (Fn. 20), S. 99.

³² *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 21), S. 303.

³³ So etwa *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 21), S. 303; siehe auch bereits Fn. 25.

zeichnen und „konträre und widersprüchliche Ergebnisse“³⁴ liefern, schließen sie eine Existenz dieser Konzepte nicht gänzlich aus.³⁵ Deren tatsächliche Wirkungsweise und Tragweite bleibt mithin insoweit zu relativieren, als eine Vernetzung in sozialen Medien nicht generell zu einer Bildung homogener Gruppen führen muss.³⁶ Überdies sei am Rande angemerkt, dass empirische Daten und Studienergebnisse einerseits auch vom Blick des Studienleiters auf das Internet und andererseits von der Verwicklung des Forschenden mit sozialen Netzwerken abhängig ist.³⁷

III. Vorgaben zur Moderation von Inhalten im DSA

1. Rechtswidrige Inhalte – „Delete first, think later?“³⁸

Der Digital Services Act wird häufig im Zusammenhang mit Hassrede und Desinformation thematisiert und mit dem hinlänglich bekannten Leitspruch „Was offline verboten ist, muss auch online verboten sein“ versehen. Da der DSA keine neuen materiellrechtlichen Vorgaben über die Einstufung von Inhalten als rechtswidrig schafft, sondern auf bereits bestehendes nationales Recht und Sekundärrechtsakte verweist,³⁹ enthält der DSA diesbezüglich keine Neuerungen. Die Definition soll daher im „Großen und Ganzen den bestehenden Regeln in der Offline-Umgebung entsprechen“, wie in den Erwägungsgründen klargestellt wird.⁴⁰ Rechtswidrige Inhalte sind demnach „alle Informationen, die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit, einschließlich des Verkaufs von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften“⁴¹ Der DSA übernimmt mit einigen Anpassungen, wie etwa der *Barmherziger-Samariter-Klausel* (Untersuchung auf Eigeninitiative), das Haftungsregime der E-Commerce-RL, wonach Online-Dienste von einer Haftungsbefreiung profitieren, wenn sie unverzüglich, sobald sie Kenntnis von einem rechtswidrigen Inhalt haben, aktiv werden (*Notice-and-*

³⁴ *Rau/Stier*, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2019, 399, 411.

³⁵ *Cinelli u. a.*, 118 Proceedings of the National Academy of Sciences, e2023301118 (2021) 5.

³⁶ *Rau/Stier*, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft, 2019, 399, 413.

³⁷ *Wagner* (Fn. 8), S. 244.

³⁸ European Digital Rights (EDRi), Delete first, think later, <<https://edri.org/our-work/delete-first-think-later-dsa/#:~:text=The%20proposed%20Digital%20Services%20Act,expression%20instead%20of%20enabling%20it>>.

³⁹ Art. 3 lit. h DSA.

⁴⁰ ErwGr. 12 DSA.

⁴¹ Art. 3 lit. h DSA.

Take-Down-Verfahren).⁴² Für Hosting-Diensteanbieter, einschließlich Anbietern von Online-Plattformen, sieht der DSA entsprechend seiner asymmetrischen Vorgaben der Sorgfaltspflichten konkrete Abhilfe- und Meldemechanismen (*Notice-and-Action-Verfahren*) vor. Demnach müssen benutzerfreundliche Verfahren für eine einfache Meldung von potentiell rechtswidrigen Inhalten („die die betreffende Person oder Einrichtung als rechtswidrige Inhalte ansieht“⁴³) für Nutzer von den betroffenen Diensteanbietern eingerichtet werden. Derartige Meldungen bewirken eine tatsächliche Kenntnis der betreffenden Information, „wenn sie es einem sorgfältig handelnden Anbieter von Hosting-Diensten ermöglichen, ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist“⁴⁴. Ob diese einer automatischen Haftung gleichkommende Regelung den Ansprüchen eines freien Meinungs austausches gerecht wird, bleibt abzuwarten.

Die Entscheidungen über die Meldungen müssen „zeitnah, sorgfältig [und] frei von Willkür“⁴⁵ erfolgen. Aufgrund der großen Anzahl von Meldungen ist zum einen der Einsatz von mitunter fehleranfälligen automationsgestützten Verfahren zur Selektion von Inhalten zu erwarten und zum anderen könnten die Anbieter sogar *per se* alle gemeldeten Inhalte sperren.⁴⁶ Überdies ist zu vermuten, dass Diensteanbieter vermehrt Upload-Filter einsetzen, um ein Haftungsrisiko auszuschließen.⁴⁷ Hieraus ergeben sich potentielle Missbrauchsgefahren, die insbesondere in einem übermäßigen *Overblocking* liegen;⁴⁸ so könnten etwa kritische Berichterstattungen durch Filtersysteme verhindert werden.

2. *Schädliche Inhalte – „Lawful but Awful?“*

Die Aufnahme von schädlichen und nicht rechtswidrigen Inhalten in den Verordnungstext wurde im Vorfeld zwar erwogen,⁴⁹ musste jedoch zu Gunsten eines breiten Konsenses verworfen werden. Bemerkenswert ist daher umso mehr, dass sich die Legaldefinition der „Moderation von Inhalten“ im DSA

⁴² Achleitner, ZTR 2021, 1, 4.

⁴³ Art. 16 Abs. 1 DSA.

⁴⁴ Art. 16 Abs. 3 DSA.

⁴⁵ Art. 16 Abs. 6 DSA.

⁴⁶ Reda, *Edit Policy: Der Digital Services Act steht für einen Sinneswandel in Brüssel*, Netzpolitik.org., 5.1.2021, <<https://netzpolitik.org/2021/edit-policy-der-digital-services-act-steht-fuer-einen-sinneswandel-in-bruessel/>>.

⁴⁷ Penfrat, *The EU's attempt to regulate Big Tech: What it brings and what is missing*, EDRI, 18.12.2020, <<https://edri.org/our-work/eu-attempt-to-regulate-big-tech/>>.

⁴⁸ Achleitner, ZTR 2021, 1, 8 ff.; Zimmermann/Heinzel, *Der Digital Services Act*, Germanwatch Hintergrundpapier, 2022, <https://www.germanwatch.org/sites/default/files/digital_services_act_hintergrundpapier_0.pdf>, 15.

⁴⁹ Madiega, *Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler*, Europäisches Parlament, 2020, PE 649.404, 24; Achleitner, ZTR 2021, 1, 4.

nicht alleine auf rechtswidrige Inhalte bezieht, sondern diese erwähnt außerdem „Inhalte oder Informationen, die von Nutzern bereitgestellt werden und mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters unvereinbar sind“.⁵⁰ Die Erwägungsgründe des DSA präzisieren diesen breiten Regulierungsansatz des DSA und stellen das Ziel der Verordnung klar, welches demnach darin liegen soll, „ein sicheres, berechenbares und vertrauenswürdigen Online-Umfeld sicherzustellen, das der Verbreitung rechtswidriger Online-Inhalte und den gesellschaftlichen Risiken, die die Verbreitung von Desinformation oder anderen Inhalten mit sich bringen kann, entgegenwirkt“⁵¹. Der DSA enthält zwar im Gesetzestext keinen expliziten Verweis auf Desinformation, in den Erwägungsgründen wird hingegen dreizehn Mal auf dieses Phänomen Bezug genommen. So wird etwa in ErwGr. 69 festgehalten, dass sich in bestimmten Fällen „manipulative Techniken negativ auf ganze Gruppen auswirken und gesellschaftliche Schäden verstärken [können], beispielsweise indem sie zu Desinformationskampagnen beitragen oder bestimmte Gruppen diskriminieren. Online-Plattformen sind ein Umfeld, das für solche Praktiken besonders anfällig ist, und bergen ein höheres gesellschaftliches Risiko.“

Auch im Zusammenhang mit der in Art. 34 vorgeschriebenen Risikobewertung durch sehr große Online-Plattformen wird in den Erwägungsgründen eine Analyse systemischer Risiken von Informationen vorgeschrieben, die die zwar nicht rechtswidrig sind, aber zu den in dieser Verordnung ermittelten systemischen Risiken beitragen. Anbieter sollten daher besonders darauf achten, wie ihre Dienste „zur Verbreitung oder Verstärkung irreführender oder täuschender Inhalte, einschließlich Desinformation, genutzt werden“⁵².

Eine Definition von Desinformation, häufig synonym für *Fake News* verwendet, bleibt der Uniongesetzgeber schuldig; gleichermaßen sind im Schrifttum variierende Begriffsdefinitionen vertreten,⁵³ sodass der Terminus „ebenso schillernd wie unscharf“⁵⁴ ist. Konsens besteht nach h.M. darüber, dass es sich hierbei grundsätzlich um eine Information handelt, die bewusst falsch ist und gezielt verbreitet wird, um eine Fehlvorstellung zu bewirken.⁵⁵ Eine vorsätzliche Täuschungsabsicht als Voraussetzung trägt der Meinungsfreiheit und Abgrenzung zu einer irrtümlich verbreiteten Falschmeldung (*misinformation*)⁵⁶ zwar Rechnung, bedeutet jedoch gleichsam eine massive Einschränkung des Geltungsbereichs der Desinformation. Inhalte, die unter

⁵⁰ Art. 3 lit. t DSA.

⁵¹ ErwGr. 9 DSA.

⁵² ErwGr. 84 DSA.

⁵³ Zur Terminologie siehe anstatt vieler *Egidy* (Fn. 20) S. 94; *Kohring/Zimmermann*, in: Marx/Lobin/Schmidt, *Deutsch in Sozialen Medien. Interaktiv – multimodal – vielfältig*, 2020, S. 147, 149 ff.

⁵⁴ *Egidy* (Fn. 20), S. 94.

⁵⁵ *Rhodes*, (2022) 39 *Political Communication* 1, 3; *Collins u. a.*, (2021) 5 *Journal of Information and Telecommunication*, 247, 250; *Egidy* (Fn. 20), S. 94.

die vage Kategorie Desinformation fallen sind nicht *per se* rechtswidrig, bedürfen aber einer kontextabhängigen Bewertung und stehen dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung gegenüber. Das Phänomen Desinformation ist – wie im übrigen ebenso die Hassrede oder Mobbing – kein neues Phänomen der digitalen Welt, es haben sich allerdings die Reichweite und der Umgang mit einer solchen Meinungskundgabe massiv verändert.⁵⁷ Daher ist vielmehr die Frage der Rechtsdurchsetzung in den Vordergrund zu stellen, und das Phänomen der Desinformation im Rahmen der etablierten Dogmatik der freien Meinungsäußerung zu bewerten.⁵⁸

Die intensive Thematisierung von Desinformation in den Erwägungsgründen des DSA sowie deren Aufnahme in die Legaldefinition von Inthaltmoderation legt die Interpretation nahe, dass der DSA nicht nur die Moderation von rechtswidrigen Inhalten, sondern auch jene von legalen, jedoch schädlichen Inhalten – implizit – vorsieht. Betreibern von digitalen Diensten wird hierbei allerdings die Wahl der Instrumente gänzlich überlassen. So bleibt es den Diensteanbietern offen, Inhalte bestehen zu lassen, sie lediglich mit Warninformationen zu versehen, oder diese zu entfernen.

Angesichts der mitunter schwierigen Abgrenzung von Informationen,⁵⁹ die eine erlaubte Meinungskundgabe darstellen und im Schutzbereich der Meinungsfreiheit liegen und bewussten (meinungsmanipulierenden) Fehlinformationen wird den Betreibern digitaler Dienste eine große Bürde und gleichermaßen starke Machtposition gegenüber (Meinungs-)Schwärmen in sozialen Netzwerken übertragen.

IV. Conclusio

Die Vorgaben zur Inthaltmoderation im DSA versetzen Betreiber digitaler Dienste in die Position, eine (automationsgestützte) Inthaltselektion durchzuführen, bei der sie über die legale Bewertung und Beseitigung von schädlichen und rechtswidrigen Inhalten entscheiden. Hierdurch beschreitet der DSA den u. a. ebenso vom Netzwerkdurchsetzungsgesetz⁶⁰ bekannten Trend einer Privatisierung der Rechtsdurchsetzung i.S.e. privatisierten Inthaltkontrolle im Internet.

⁵⁶ *Collins u. a.*, (2021) 5 *Journal of Information and Telecommunication*, 247, 250; *Kohring/Zimmermann* (Fn. 53), S. 156.

⁵⁷ *Eifert* (Fn. 14), S. 192 ff.

⁵⁸ *Bezemek*, in: Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger, *Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit*, 2017, S. 43, 51; *Pöschl*, in: *Koziol, Tatsachenmitteilungen und Werturteile*, 2018, S. 31, 40 ff.; *Achleitner* (Fn. 1), 11.

⁵⁹ *Egidy* (Fn. 20), S. 95 m. w. N.

⁶⁰ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG) vom 1.9.2017, BGBl. I S. 3352.

Der DSA regelt implizit ebenso die Moderation von Desinformation, ohne hierfür eine Definition und klare Moderationsregeln vorzugeben, sodass die Gefahr von Eingriffen in die Meinungsfreiheit der Nutzer gegeben ist. Den Anbietern digitaler Dienste bleibt die schwierige Aufgabe überlassen, eine Balance zwischen *Over-* und *Underblocking* von Inhalten zu schaffen.⁶¹ Dies hat Auswirkungen auf die Möglichkeiten von sozialen Netzwerken über das Bestehen von homogenen Meinungsschwärmen – seien sie durch Algorithmen, bewusste Entscheidungen der Nutzer oder anderen Faktoren entstanden – zu entscheiden, indem sie diese durch Löschung von Beiträgen und Sperrung von Konten auflösen oder belassen. Es bleibt abzuwarten, ob die äußerst rigiden Transparenz- und Beschwerdemechanismen des DSA diesen Effekt abzufedern vermögen.

Der Unionsgesetzgeber scheint sich der grundrechtlichen Implikationen der Vorgaben im DSA zur Inhaltmoderation bewusst zu sein und verankert in Art. 14 DSA eine Grundrechtsbindung von Betreibern digitaler Dienste, wonach diese die „Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind, etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit und den Pluralismus der Medien und andere Grundrechte und -freiheiten“ zu berücksichtigen haben.⁶² In den Erwägungsgründen finden die Grundrechte der Nutzer ebenso äußert häufig Erwähnung. So ist mit den im DSA verankerten Vorschriften nur insoweit der Verbreitung rechtswidriger Inhalte und Desinformation entgegenzuwirken, „sofern die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt und Innovationen gefördert werden“.⁶³ Obgleich eine generelle Grundrechtsbindung von Betreibern digitaler Dienste, vornehmlich sozialer Netzwerke, nach h.M. derzeit ausgeschlossen wird,⁶⁴ erscheint ein diesbezüglicher Vorstoß nicht ganz abwegig.⁶⁵ Die im Schrifttum häufig anzutreffende ablehnende Haltung gegenüber einer unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten in Bezug auf Tech-Giganten wie *Facebook* ist daher angesichts ihrer überragenden Machtposition – in spezifischen Konstellationen – zur Diskussion zu stellen.⁶⁶ Das BVerfG hat sich in der Stadionverbots-Entscheidung⁶⁷ zwar vehement gegen eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten ausgesprochen, ob das Urteil nicht dennoch i.S.e. solchen interpretiert werden

⁶¹ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 354.

⁶² Ausf. hierzu *Achleitner* (Fn. 1), S. 23 f.; *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner*, CMLR 2021, 987 (1013); *Denga*, EuR 2021, 569, 594.

⁶³ ErwGr. 9 DSA; siehe desgl. ErwGr. 22 DSA.

⁶⁴ Zur Diskussion siehe bereits *Achleitner* (Fn. 1) S. 11 ff.; eine unmittelbare Drittwirkung wird in der h.M. abgelehnt, *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte, 3. Aufl. 2019, Rn. 1/74.

⁶⁵ *Jobst*, NJW 2018, 11, 15 ff.

⁶⁶ *Jobst*, NJW 2018, 11, 15 ff.; *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 109 ff.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09.

könnte, ist äußerst strittig und als Argument für eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten wohl eher Nebenschauplatz.⁶⁸ Hingegen hat der EuGH bereits in einer Reihe von Urteilen⁶⁹ eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechtecharta der EU konstatiert,⁷⁰ sodass die Denkmöglichkeit einer solchen Grundrechtsbindung Privater in spezifischen Situationen – wenn auch mit einer derzeit noch äußerst inkonsistenten Rechtsprechungslinie⁷¹ des EuGH in arbeitsrechtlichen Beziehungen – zu widerlegen ist.⁷²

Der Digital Services Act wird zweifelsohne für die Moderation von (il)legalen Inhalten auf Online-Plattformen einen gravierenden Wandel bedeuten und hierdurch Einfluss auf das Meinungsklima in sozialen Netzwerken haben. Die Intensität der Auswirkungen des DSA auf die Diskurspraxis wird von der Durchführung der Verordnung und den freigesetzten Ressourcen für die Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben abhängen.

⁶⁸ *Michl*, JZ 2018, 910; *Hellgardt*, JZ 2018, 901; *Kulick* (Fn. 61), S. 211; *Kainer*, NZA 2018, 894; *Jobst*, NJW 2020, 11.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*), ECLI:EU:C:2005:709; EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07 (*Küçükdeveci*), ECLI:EU:C:2010:21; EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (*Egenberger*), ECLI:EU:C:2018:257; EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16 (*Bauer*), ECLI:EU:C:2018:871; EuGH, Urt. v. 22.1.2019 – C-193/17 (*Cresco Investigation*), ECLI:EU:C:2019:43.

⁷⁰ *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Lanser u.a., Autoritäres vs. Liberales Europa*, 2019, S. 287; *Frantziou*, *EuConst* 2019, 306, 318 ff.; *Kainer*, NZA 2018, 894; *Bobek*, in: *Botman/Rijpma, National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order. The XXIX FIDE Congress Publications*, Bd. 1 (2020) 61.61, 65 ff.; *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 51 GRC Rn. 26.

⁷¹ Die bisherige diesbezügliche Rspr. des EuGH bezieht sich auf grundrechtskonkretisierende Richtlinien.

⁷² *Achleitner* (Fn. 1), S. 11 ff. m.w.N.

Der Ausschluss vom Schwarm

Über das Löschen von Social-Media-Accounts

Tabea Bauermeister

I.	Einleitung.....	51
II.	Der Schwarm.....	52
III.	Die Schwarmmitgliedschaft.....	53
	1. Vertrag.....	53
	2. Dauerschuldverhältnis.....	54
	3. Vertrag über digitale Dienstleistungen.....	55
	4. Zwischenergebnis.....	56
IV.	Auf den Schwarm anwendbares Recht.....	56
V.	Grundlage eines Schwarmausschlusses.....	58
VI.	Schwarmausschluss aus wichtigem Grund.....	59
	1. Gesetzesverstöße.....	60
	2. Vertragspflichtverletzungen.....	62
VII.	Willkürlicher oder diskriminierender Schwarmausschluss.....	63
	1. Möglichkeit der ordentlichen Kündigung.....	64
	2. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG?.....	65
	3. § 3 Abs. 1, 2 UWG?.....	66
	4. § 19a GWB?.....	66
	5. Art. 5, 6 DMA?.....	67
	6. § 19 Abs. 1 GWB?.....	67
	7. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte?.....	70
	8. Gesamtbetrachtung.....	71
VIII.	Zusammenfassende Thesen.....	73

I. Einleitung

Im Anschluss an die Erstürmung des Kapitols im Januar 2021 erklärten verschiedene Social-Media-Plattformen zunächst eine temporäre und wenige Stunden später eine dauerhafte Sperrung des zu diesem Zeitpunkt bereits ausgewählten, aber noch amtierenden US-Präsidenten *Donald Trump*.¹ Schon

¹ *Tagesschau*, Twitter sperrt Trump „dauerhaft“, 9.1.2021, <<https://www.tagesschau.de/ausland/amerika/twitter-sperrt-trump-101.html>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 5.7.2022 abgerufen).

bald darauf fragten die Feuilletons: „Dürfen die das: Donald Trump einfach hinauswerfen?“²

Genau dieser Frage geht der folgende Beitrag nach. Allerdings auf einer abstrakteren Ebene, indem untersucht wird, inwiefern eine Social-Media-Plattform die Accounts einzelner Nutzer dauerhaft sperren oder sogar löschen darf – inwiefern also ein Ausschluss vom Schwarm erfolgen darf. Dafür wird zunächst das diesem Beitrag zugrunde liegende Schwarmverständnis (II.), die juristische Einordnung der Schwarmmitgliedschaft (III.) sowie das auf den Schwarm anwendbare Sachrecht (IV.) betrachtet. Es folgt eine Darstellung der denkbaren Gestaltungsrechte (V.), um sodann den Schwarmausschluss aus wichtigem Grund, insbesondere wegen eines Fehlverhaltens (VI.) und schließlich den willkürlichen oder sogar diskriminierenden Schwarmausschluss (VII.) zu untersuchen. Der Beitrag schließt mit zusammenfassenden Thesen (VIII.).

II. Der Schwarm

Der Begriff des Schwarms wird an dieser Stelle mit Social-Media-Plattformen gleichgesetzt. Social Media bzw. soziale Medien lassen sich „als Sammelbegriff für Angebote auf Grundlage digital vernetzter Technologien [definieren], die es Menschen ermöglichen, Informationen aller Art zugänglich zu machen und davon ausgehend soziale Beziehungen zu knüpfen und/oder zu pflegen.“³ Sie zeichnen sie sich durch zwei Hauptfunktionen aus: Zum einen werden „Informationen aller Art mithilfe der digital vernetzten Medien anderen zugänglich“ gemacht und zum anderen geht es darum, „soziale Beziehungen zu pflegen oder neue Beziehung zu knüpfen“.⁴

Neben Instant-Messaging-Diensten (z.B. *WhatsApp* oder *Signal*), dem Personal Publishing (insb. Blogs und Podcasts) sowie Wikis (z.B. *Wikipedia* oder *Wikileaks*) stellen Plattformen die wichtigste Kategorie dar. Für ihre aktive Nutzung, d.h. das Erstellen und Kommentieren von Inhalten, ist eine Registrierung notwendig. Die diesbezüglich wohl bekannteste Untergruppe ist das soziale Netzwerk bzw. die Netzwerkplattform. Während der Fokus bei den dazu abgrenzbaren UGC-Plattformen auf nutzergenerierten Inhalten und bei den Diskussionsplattformen (Foren) auf Wortbeiträgen liegt, stellen soziale Netzwerke das persönliche Profil in den Vordergrund.⁵

² *Seidl*, Rettet Twitter vor der Politik!, 16.1.2021, <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/duerfen-die-bei-twitter-das-donald-trump-rauswerfen-17148384.html>>.

³ *Taddicken/Schmidt*, in Schmidt/Taddicken, Handbuch Soziale Medien 2017, S. 3, 8.

⁴ *Taddicken/Schmidt* (Fn. 3), S. 4 f.

⁵ Zum gesamten Absatz: *Taddicken/Schmidt* (Fn. 3), S. 9 ff. m. w. N.

Diese Unterteilung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Grenzen verschwimmen.⁶ Während sich *Facebook*, *Instagram* und *LinkedIn* noch recht klar den Plattformen zuordnen lassen, ist es bei *Twitter* und *Telegram* schwieriger: *Twitter* ist zwar als dem Personal Publishing zurechenbarer Microblogging-Dienst gestartet, zeigt aber zunehmend Plattformelemente.⁷ Und *Telegram* – zunächst ein reiner Instant-Messaging-Dienst – weist heute Kanäle von mehreren tausend Nutzern auf und lässt sich daher durchaus als hybride Form bezeichnen.⁸ Der hier verwendete Plattformbegriff erfasst auch diese Grenzfälle, sofern sie denn erstens auf Massenkommunikation ausgelegt sind, sich die eigenen Beiträge also grundsätzlich an die (Plattform-)Öffentlichkeit richten, und dafür zweitens ein persönlicher Account notwendig ist. Mit diesen Kriterien geht einher, dass Social-Media-Plattformen in diesem Beitrag ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Vernetzens und Teilens von Inhalten betrachtet werden. Die mittlerweile teilweise antreffbaren Möglichkeiten des Verkaufs einzelner Produkte oder das Anbieten von Dienstleistungen werden hingegen ausgeblendet.

III. Die Schwarmmitgliedschaft

1. Vertrag

Durch das Erstellen eines Accounts auf einer Social-Media-Plattform kommt es zwischen Nutzer und Anbieter nicht bloß zu einem außerrechtlichen Kontakt. Während es bei der Einwilligung in Cookies zweifelhaft ist, ob ein Vertrag geschlossen wird,⁹ führt jedenfalls das für die aktive Nutzung erforderliche Anlegen eines Nutzerkontos zu einer hinreichenden Verrechtlichung.¹⁰ Zwar wurde der Vertragsschluss im Hinblick auf Userforen in der Vergangenheit angezweifelt, wenn keine separate Freischaltung erfolgte und darüber hinaus auf Klarnamen verzichtet wurde.¹¹ Außerdem lässt sich der typischerweise unentgeltliche Zugang als Indiz für ein bloß außerrechtliches Verhältnis anführen.¹² Insbesondere die austarierten Pflichten, wie sie die typischer-

⁶ So selbst *Taddicken/Schmidt* (Fn. 3), S. 9 ff.

⁷ Vgl. *Schiff*, Informationsintermediäre, 2020, 141, Fn. 61.

⁸ *Gerster/Kuchta/Hammer/Schwieter*, Stützpfiler Telegram, 2021, S. 10 f., <https://www.isdglobal.org/wp-content/uploads/2021/12/ISD-Germany_Telegram.pdf>.

⁹ Ausführlich: *Bauermeister*, AcP 222 (2022), 372, 375 ff.

¹⁰ Siehe darüber hinaus *Feldmann/Heidrich*, CR 2006, 406, 409 f., die mit guten Argumenten bei der Erstellung eines Posts ohne Account ebenfalls von einem Vertrag ausgehen.

¹¹ *Maume*, MMR 2007, 620, 621. Hinsichtlich bürgerlichen Namens und Kontaktdaten: *Kreutz*, ZUM 2018, 162, 166 f.

¹² Darauf hinweisend: *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 4.

weise vorhandenen Nutzungsbedingungen vorsehen,¹³ an denen aber auch beide Seiten ein berechtigtes Interesse haben,¹⁴ sprechen für einen Rechtsbindungswillen. Vor diesem Hintergrund geht die Rechtsprechung heute – zu recht – von einem Vertragsverhältnis aus.¹⁵

2. Dauerschuldverhältnis

Umstritten ist jedoch, welche Form von Vertragsverhältnis vorliegt. Stellt man darauf ab, dass der Social-Media-Account zu einer „virtuelle[n] Gebrauchsüberlassung für eine gewisse Dauer“ führt, lässt sich eine Nähe zum Mietvertrag feststellen.¹⁶ Andere sehen dienstvertragliche Elemente im Vordergrund.¹⁷ Problematisch ist indes in beiden Fällen, dass der Nutzungsvertrag nicht mit einem monetären Entgelt bezahlt wird.¹⁸ Teilweise wurde deshalb auf den Auftrag abgestellt.¹⁹ *Beurskens* konstatiert hingegen, dass allenfalls „ein atypischer unentgeltlicher Vertrag, der sich am Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGB), gegebenenfalls auch an der Leihe (§§ 598 ff. BGB) oder unentgeltlicher Verwahrung (§§ 688, 690 BGB) orientieren würde“, in Betracht käme.²⁰ Neben dieser Deutung als Vertrag sui generis²¹ wird insbesondere in der Literatur mittlerweile vor allem vertreten, dass es sich um einen typengemischten Vertrag mit miet-, dienst- und werkvertraglichen Elementen handelt.²² Der BGH hat die Frage bisher entweder explizit offengelassen²³ oder allgemein von einem „Nutzungsvertrag“ gesprochen.²⁴

¹³ Siehe z.B. *Facebook*, Nutzungsbedingungen, 4.1.2022, <<https://de-de.facebook.com/legal/terms/update>>.

¹⁴ *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1697.

¹⁵ Statt aller: BGH, Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 192/20, GRUR-RS 2021, 23182, Rn. 40 – *Goldstücke*; BGH Urt. v. 12.7.2018 – III ZR 183/17, NJW 2018, 3178, Rn. 19 – *Digitaler Nachlass*; BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20, juris, Rn. 28 – *Hassrede*.

¹⁶ *Schwenke*, WRP 2013, 37, Rn. 4.

¹⁷ *Jandt/Roßnagel*, MMR 2011, 637, Fn. 24.

¹⁸ Zum Dienstvertrag: OLG München, Beschl. v. 17.9.2018 – 18 W 1383/18, NJW 2018, 3119, Rn. 18.

¹⁹ *Feldmann/Heidrich*, CR 2006, 406, 411.

²⁰ *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419.

²¹ Aus der Rechtsprechung: OLG München, Beschl. v. 24.8.2018 – 18 W 1294/18, MMR 2018, 753, Rn. 18; Beschl. v. 30.11.2018 – 24 W 1771/19, GRUR-RS 2018, 50857, Rn. 19; OLG München, Beschl. v. 17.7.2018 – 18 W 858/18, MMR 2018, 760, Rn. 20; OLG Stuttgart, Urt. v. 20.3.2019 – MK 1/18, juris, Rn. 23. Aus der Literatur: *Heymann/Götz*, GRUR 2021, 1491, 1494.

²² Aus der Rechtsprechung: KG, Urt. v. 31.5.2017 – 21 U 9/16, GRUR-RS 2017, 111509, Rn. 57; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 10.9.2018 – 2-03 O 310/18, MMR 2018, 770, Rn. 10; LG Mosbach, Beschl. v. 1.6.2018 – 1 O 108/18, BeckRS 2018, 20323, Rn. 15. Aus der Literatur: *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640; *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 5; *Wurmnest*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2022, § 307 BGB, Rn. 144. Das OLG München

Jedenfalls lässt sich feststellen, dass die Plattformnutzung nicht auf einen einmaligen Austausch gerichtet ist. Sie stellt daher ein Dauerschuldverhältnis dar.²⁵

3. Vertrag über digitale Dienstleistungen

Wird der Nutzungsvertrag mit einem Verbraucher abgeschlossen, ist er darüber hinaus als Vertrag über digitale Produkte zu klassifizieren.²⁶ Dabei handelt es sich um eine seit dem 1.1.2022 neueingeführte spezielle Ausprägung eines Verbrauchervertrags. Nach der gesetzlichen Systematik stellen sie keinen eigenen Vertragstypus dar, sondern sind Rahmenregelungen ähnlich wie die der allgemeinen Verbraucherverträge. Bei den gesetzlich geregelten Vertragstypen finden sich deshalb nunmehr Verweisungsnormen, die ein Zusammenspiel zwischen den Regelungen der §§ 327 ff. BGB und dem besonderen Vertragsrecht bewirken.²⁷ Die §§ 327 ff. BGB führen damit zu einer (partiellen) Überformung der anzuwendenden Bestimmungen.

§ 327 Abs. 1 BGB definiert digitale Produkte als digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Nach Abs. 2 S. 1 sind digitale Inhalte Daten, die in digitaler Form bereitgestellt werden. Nach Abs. 2 S. 2 liegen hingegen digitale Dienstleistungen vor, wenn dem Nutzer Handlungen in Bezug auf Daten (Erstellung, Verarbeitung, Speicherung) sowie die Interaktionen mit anderen Nutzern ermöglicht werden. In der Gesetzesbegründung findet sich zu letzteren insbesondere das Beispiel der sozialen Netzwerke. Dabei greift die Gesetzesbegründung auf ErwGr. 19 der Digitalen Inhalte-Richtlinie (DI-RL)²⁸ zurück, die mit den §§ 327 ff. BGB in das deutsche Recht umgesetzt worden ist.²⁹ Obgleich die Abgrenzung zwischen digitalen Inhalten und digitalen

NJW 2018, 3119, Rn. 18 verbindet beides zu einem „Vertrag sui generis mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen“.

²³ Vgl. BGH NJW 2018, 3178, Rn. 19 – *Digitaler Nachlass*.

²⁴ BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20, juris, Rn. 28 – *Hassrede*; BGH GRUR-RS 2021, 23182, Rn. 40 – *Goldstücke*. Ebenso LG Offenburg, Endurt. v. 26.9.2018 – 2 O 310/18, BeckRS 2018, 23801, Rn. 34. Allgemein „Vertragsverhältnis“: OLG Dresden, Beschl. v. 8.8.2018 – 4 W 577/18, NJW 2018, 3111, Rn. 9.

²⁵ So bereits *Feldmann/Heidrich*, CR 2006, 406, 410.

²⁶ So auch *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 983; *Wurmnest* (Fn. 22), § 307 BGB, Rn. 144.

²⁷ Ausführlich: *Bauermeister*, AcP 222 (2022), 372, 390 ff.

²⁸ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DI-RL), ABl. L 136 v. 22.5.2019, 1.

²⁹ *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (RegE DI-RL), 13.1.2021, BT-Drs. 19/27653, 39.

Dienstleistungen im Einzelnen schwierig sein mag,³⁰ lässt sich der Social-Media-Account deshalb zweifelsfrei als digitale Dienstleistung einordnen.

Im Hinblick auf die nichtvorhandene monetäre Gegenleistung sei auf § 327 Abs. 3 BGB verwiesen: Ein Vertrag über digitale Inhalte liegt auch dann vor, wenn der Nutzer personenbezogene Daten bereitstellt. ErwGr. 24 DI-RL nennt als Beispiel explizit die Registrierung in einem sozialen Netzwerk.

Die §§ 327 ff. BGB finden allerdings nur auf Verbraucherverträge i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB Anwendung. Sie gelten folglich nicht, wenn die Nutzung einer Social-Media-Plattform als Unternehmer stattfindet.

4. Zwischenergebnis

Plattformnutzungsverträge stellen Dauerschuldverhältnisse dar. Die h.L. spricht sich dafür aus, dass es sich um typengemischte Verträge mit miet-, dienst- und werkvertraglichen Elementen handelt, der BGH hat die Zuordnung bisher bewusst unterlassen. Wird der Vertrag mit einem Verbraucher geschlossen, werden die allgemeinen Normen durch die §§ 327 ff. BGB überformt, da es sich dann um einen Vertrag über digitale Dienstleistungen i. S. v. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB handelt.

IV. Auf den Schwarm anwendbares Recht

Bisher wurde – ohne weitere Problematisierung – auf deutsches Sachrecht rekurriert. Da die verbreitetsten Plattformen aus den USA stammen, ist seine Anwendbarkeit jedoch nicht selbstverständlich. Im Folgenden wird daher exemplarisch an *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn* und *Twitter* ausgeführt, in welchen Konstellationen deutsches Recht Anwendung findet.

Weil das Kollisionsrecht des Staates des angerufenen Gerichts über das anwendbare Recht entscheidet, darf eine praxisorientierte Bestimmung nicht erst beim materiellen Recht beginnen, sondern muss auf der Ebene der denkbaren Gerichtsstände ansetzen. Grundsätzlich sieht Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO einen Beklagtengerichtsstand vor. Auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes des Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO dürfte zum Sitz der konkret kontrahierenden Social-Media-Plattform führen.³¹ Bei einer Klage gegen einen Plattformausschluss kommt es also auf den Sitz des Anbieters an. Für Unionsbürger ist dies sowohl bei *Facebook* und *Instagram*³² als auch bei

³⁰ Hierzu *Mischau*, EuCML 2022, 6 ff.

³¹ Vgl. *Gottwald*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2022, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 31.

³² *Facebook* (Fn. 13); *Instagram*, Nutzungsbedingungen, 4.1.2022, <<https://help.instagram.com/581066165581870>>.

*Twitter*³³ und *LinkedIn*³⁴ eine Gesellschaft mit Sitz in Dublin, sodass grundsätzlich irische Gerichte zuständig sind. In Verbrauchersachen gibt es nach Art. 18 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 Brüssel Ia-VO zusätzlich bzw. bei einer Klage gegen den Verbraucher ausschließlich einen Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers.³⁵ Bei Verbrauchernutzern mit Wohnsitz in Deutschland sind damit deutsche Gerichte zuständig. Sowohl ein irisches als auch ein deutsches Gericht muss für die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts primär auf europäisches Kollisionsrecht zurückgreifen, sodass hier in beiden Fällen die Rom I-VO einschlägig ist.

Nach Art. 3 Rom I-VO i. V.m. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO findet deutsches Recht zwar grundsätzlich keine Anwendung, wenn es – wie bei *LinkedIn*³⁶ – abgewählt wurde. Außerdem gilt nach Art. 4 Abs. 1 lit. b bzw. Abs. 2 Rom I-VO³⁷ i. V.m. Art. 19 Rom I-VO bei Plattformverträgen mit kommerziellen Nutzern das Recht des Staates, wo sich die Hauptverwaltung des Anbieters befindet. In den betrachteten Beispielen von *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* und *LinkedIn* wäre das irische Recht.

Demgegenüber findet deutsches Sachrecht Anwendung, wenn es gewählt wurde. Das ist in den Nutzungsbedingungen von *Facebook* und *Instagram* für Verbraucher mit Wohnsitz in Deutschland der Fall.³⁸ Außerdem gilt nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO bei Verbraucherverträgen deutsches Recht, wenn der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Nachdem die entsprechenden AGB für Unionsbürger keine abweichende Rechtswahl vorsehen, betrifft dies die *Twitter*-Nutzung.³⁹

Auf dem deutschen Recht basierende Überlegungen zum Ausschluss vom Schwarm sind daher keinesfalls hypothetischer Natur, sondern betreffen einen Großteil der nichtkommerziellen Nutzer.

³³ *Twitter*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 10.6.2022, Ziff. 6, <<https://twitter.com/de/tos>>.

³⁴ *LinkedIn*, User Agreement and Privacy Policy Mailing Address, 12.1.2020, <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/79728?trk=microsites-frontend_legal_user-agreement&lang=en>.

³⁵ Konkret zu einem *Facebook*-Account: BGH GRUR-RS 2021, 23182 Rn. 36 – *Goldstücke*; OLG Dresden NJW 2018, 3111 Rn. 7. Grundlegend zu den Dimensionen des Verbrauchergerichtsstands (allerdings noch zur Brüssel I-VO): EuGH, Urt. v. 25.1.2018 – C-498/16 – *Schrems II*.

³⁶ *LinkedIn*, Nutzervereinbarung, 1.2.2022, <https://de.linkedin.com/legal/user-agreement?trk=homepage-basic_join-form-user-agreement>.

³⁷ Die genaue Rechtsgrundlage hängt davon ab, ob sich der jeweilige Plattformnutzungsvertrag unter den unionsautonom auszulegenden Dienstleistungsbegriff subsumieren lässt (dann Abs. 1 lit. b). Andernfalls ist die Generalklausel des Abs. 2 einschlägig. Beide stellen auf die vertragscharakteristische Leistung ab.

³⁸ *Facebook* (Fn. 13), Ziff. 4.4.; *Instagram* (Fn. 32), Handhabung von Streitfällen.

³⁹ *Twitter* (Fn. 33), Ziff. 6.

V. Grundlage eines Schwarmausschlusses

Aufgrund von „pacta sunt servanda“ kann der Ausschluss vom Schwarm nicht ohne weiteres erfolgen, sondern bedarf einer vertraglichen oder gesetzlichen Grundlage.⁴⁰

Dauerschuldverhältnisse werden grundsätzlich durch Kündigung beendet.⁴¹ Im Kontext von Plattformmitgliedschaften wird allerdings immer wieder ein sog. „virtuelles Hausrecht“ in den Raum geworfen.⁴² Dabei handelt es sich um eine im Jahr 1999 vom LG Bonn⁴³ in Bezug auf Chatrooms entwickelte und vom OLG Köln⁴⁴ in zweiter Instanz bestätigte Rechtsfigur. Der Grund für diese Erfindung schwingt nur zwischen den Zeilen mit: Das Gericht zieht einen Vertragsschluss bei der Registrierung über ein frei wählbares Pseudonym ohne weitere Angaben zur Person⁴⁵ noch nicht einmal in Betracht. Deswegen konnte nicht auf eine Kündigung zurückgegriffen werden, sondern es bedurfte anderer Rechtsbehelfe.⁴⁶

Nachdem der Vertragsschluss mittlerweile nicht mehr bezweifelt wird, handelt es sich bei dem virtuellen Hausrecht jedenfalls im Plattformkontext um ein Relikt aus früheren Zeiten.⁴⁷ Insbesondere muss auch nicht darauf zurückgegriffen werden, falls bei Vertragsschluss keine Nutzungsregelungen festgelegt werden,⁴⁸ denn selbst in diesem Fall besteht die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. Ob ein wichtiger Grund besteht, ist sodann durch (vertragsergänzende) Auslegung zu ermitteln.

Problematisch ist allerdings, ob die reguläre Kündigung auch bei Verbraucherverträgen über digitale Dienstleistungen fortbesteht. Wie bereits ausgeführt werden diese seit dem 1.1.2022 insbesondere durch die §§ 327 ff. BGB überformt. Für den Verbraucher sieht § 327i Nr. 2 Alt. 1 BGB im Rahmen der Aufzählung der verschiedenen Leistungsstörungen aber nicht die Kündigung, sondern die Vertragsbeendigung vor. Und für den Unternehmer

⁴⁰ Explizit zum Account: LG Offenburg BeckRS 2018, 23801 Rn. 34. Ähnlich: OLG Dresden NJW 2018, 3111 Rn. 9.

⁴¹ Statt aller: Medicus/Lorenz, SchuldR I, 22. Aufl. 2021, § 49 Rn. 2.

⁴² Siehe z.B. LG Mosbach BeckRS 2018, 20323 Rn. 17. Für eine kritische monographische Aufarbeitung siehe Piras, Virtuelles Hausrecht?, 2016.

⁴³ LG Bonn, Ur. v. 16.11.1999 – 10 O 457/99, MMR 2000, 109, 110.

⁴⁴ OLG Köln, Beschl. v. 25.8.2000 – 19 U 2/00, NJW 2000, 961.

⁴⁵ LG Bonn MMR 2000, 109, 109.

⁴⁶ Grundlegend zum Verhältnis von klassischem Hausrecht zu einem bestehenden Vertrag auf Nutzungseinräumung: BGH, Ur. v. 9.3.2012 – V ZR 115/11, NJW 2012, 1725, Rn. 10 – *Wellnesshotel*.

⁴⁷ So auch *Maume*, MMR 2007, 620, 621. Ebenfalls ablehnend bzgl. der Existenz eines virtuellen Hausrechts: *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 983.

⁴⁸ In diese Richtung aber *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1697; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, 370 ff.

regelt § 327q Abs. 2 BGB ein fristloses Kündigungsrecht, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft. Der Gedanke liegt nahe, dass es sich hierbei um abschließende Regelungen handeln könnte, die ein darüberhinausgehendes Kündigungsrecht des Unternehmers ausschließen.

Dagegen spricht jedoch, dass § 314 BGB die Wertentscheidung zugrunde liegt, dass jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden kann,⁴⁹ und dieser insbesondere bei einer Vertragspflichtverletzung vorliegt. Die §§ 327 ff. BGB sehen indes keine Rechtsbehelfe des Unternehmers bei einer allgemeinen Vertragspflichtverletzung des Verbrauchers vor. Selbst das außerordentliche Kündigungsrecht des § 327q Abs. 2 BGB stellt bei näherer Betrachtung keine Reaktion auf eine Pflichtverletzung dar, da § 327q Abs. 1 BGB betont, dass der Verbraucher auch nach Vertragsschluss seinen datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte geltend machen kann.

Zudem heißt es in § 620 Abs. 4 BGB, dass ein Verbrauchervertrag über eine digitale Dienstleistung *auch* nach Maßgabe der §§ 327c, 327m und 327r BGB beendet werden kann und § 548a BGB spricht von einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Miete von Sachen. Nach diesen Formulierungen ersetzen die §§ 327 ff. BGB die allgemeinen Gestaltungsrechte nicht, sondern ergänzen sie.

Schließlich betont ErwGr. 12 S. 1 DI-RL, auf die die §§ 327 ff. BGB zurückgehen, dass die Richtlinie „nationale Rechtsvorschriften unberührt lassen [soll], soweit die betreffenden Angelegenheiten nicht durch diese Richtlinie geregelt sind“. Im Folgenden werden zwar nur die allgemeinen Bestimmungen zur Entstehung und zur Nichtigkeit von Verträgen wie auch weitergehende Rechtsbehelfe des Verbrauchers thematisiert – dadurch wird ein Vertragsbeendigungsrecht des Unternehmers jedoch nicht ausgeschlossen. Dafür spricht auch, dass ErwGr. 57 S. 3 DI-RL voraussetzt, dass ein unbefristet geschlossener Vertrag regulär außer Kraft treten kann. Dafür bedarf es indes allgemeiner Gestaltungsrechte.

Folglich bewirken die §§ 327 ff. BGB keine Verdrängung. Es bleibt bei der Kündigung als dem zentral einschlägigen Gestaltungsrecht.

VI. Schwarmausschluss aus wichtigem Grund

Nach § 314 Abs. 1 S. 1 BGB kann jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden. Im Hinblick auf die Plattformnutzung kommt vor allem ein Fehlverhalten in Form von Gesetzesverstößen (1.) und Vertragspflichtverletzungen (2.) in Betracht.

⁴⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134.

1. Gesetzesverstöße

In den Nutzungsbedingungen von *Facebook* heißt es zum wichtigen Grund, dass er insbesondere vorliege, „wenn eine Partei gegen [...] Gesetze [...] verstößt“.⁵⁰ Einschränkungen finden sich nicht. Im Folgenden soll deshalb überprüft werden, ob dies tatsächlich den Gesetzesverstoß ohne Plattformbezug (a), sämtliche Gesetze (b) und auch die außerordentliche Kündigung als schärfste Sanktion (c) erfasst.

a) Gesetzesverstöße ohne Plattformbezug?

Facebook schließt in seinen Nutzungsbedingungen verurteilte Sexualstraftäter von der Plattformnutzung aus.⁵¹ Die Klausel lässt sich durchaus kritisch sehen,⁵² an dieser Stelle soll sie jedoch nur zum Anlass genommen werden, um der Frage nachzugehen, ob eine nachträgliche Verurteilung – entweder bei unterstellter Wirksamkeit oder ohne eine solche Klausel aus der allgemeinen Wertung des § 314 BGB heraus – eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

Ein Seitenblick auf das Arbeitsrecht lässt Zweifel daran aufkommen: Als personenbezogener Grund kann eine Straf- oder Untersuchungshaft erst bei hinreichender Länge als Grund dienen.⁵³ Im Hinblick auf die verhaltensbedingte Kündigung kommt es hingegen darauf an, dass ein hinreichender Bezug zum Arbeitsverhältnis und dessen Vertrauensgrundlage besteht.⁵⁴ Zwar ist dies auch bei außerbetrieblichen Straftaten möglich, muss dann aber doch einen Konnex aufweisen⁵⁵ oder – im Ausnahmefall – die Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers infrage stellen.⁵⁶

Überträgt man diese Wertungen auf den Plattformnutzungsvertrag, der sich gerade nicht durch eine besondere Vertrauensbeziehung auszeichnet, lässt sich eine außerordentliche Kündigung wegen eines Gesetzesverstoßes grundsätzlich erst dann rechtfertigen, wenn die Plattforminfrastruktur für den Gesetzesverstoß genutzt wird. Allenfalls sei noch an eine Situation gedacht, in der ein Nutzer auf einer vergleichbaren Plattform gravierende Verstöße begeht. Bei besonders hoher Intensität kann dies im Einzelfall auch die außerordentliche Kündigung durch die andere Plattform rechtfertigen.

⁵⁰ *Facebook* (Fn. 13), Ziff. 4.2.

⁵¹ *Facebook* (Fn. 13), Ziff. 3.3.

⁵² *Pille* (Fn. 48), S. 315.

⁵³ Ausführlich: *Stoffels*, in: BeckOK ArbR, 63. Ed. 1.3.2022, § 626 BGB Rn. 150.

⁵⁴ *Stoffels* (Fn. 53), § 626 BGB Rn. 150.

⁵⁵ Als Beispiel sei die Patientenfotoserien in einem sozialen Netzwerk veröffentliche Krankenschwester genannt (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.4.2014 – 17 Sa 2200/13, NZA-RR 2014, 468).

⁵⁶ *Henssler*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 626 BGB Rn. 213.

b) Verstoß gegen jegliche Form von Gesetzen?

Gegen eine Kündigung bei jeglicher Form von Straftaten und darüber hinaus auch bei Verstößen gegen andere Gesetze lässt sich auf den ersten Blick das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) anführen, denn die hier vorgesehenen Sanktionen greifen nach § 1 Abs. 3 NetzDG nur bei einem abschließend geregelten Katalog an Straftaten.

Das NetzDG beinhaltet allerdings – wie der Name bereits andeutet – Verfahrensvorschriften: Es oktroyiert von staatlicher Seite aus ein bestimmtes Prozedere, betrifft aber nicht das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Plattform und Nutzer.⁵⁷ Die Pflicht zur bzw. das Recht auf Entfernung rechtswidriger Inhalte wird nicht erst durch § 3 Abs. 2 NetzDG begründet. Es ergibt sich bereits daraus, dass die Plattform andernfalls in die Haftung genommen werden könnte.⁵⁸

Hinzu kommt, dass auch die Plattformen selbst Grundrechtsträger sind. Es geht also nicht ausschließlich darum, einen etwaigen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer zu minimieren. Vielmehr sind die kollidierenden Grundrechtspositionen nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Ziel ist dabei, dass für beide Parteien die jeweilige Beschränkung möglichst gering ist.⁵⁹

Zukünftig lassen sich außerdem die Regelungen des Digital Services Act (DSA)⁶⁰ anführen: Aus der Definition seines Art. 3 lit. h folgt, dass der DSA Maßnahmen gegen alle Inhalte vorsieht, die gegen das Unionsrecht oder mitgliedstaatliches Recht verstoßen. Anders als das NetzDG beschränkt sich der DSA also nicht auf bestimmte Straftaten, noch nicht einmal auf Straftaten im Allgemeinen, sondern spricht bei jedem Gesetzesverstoß von rechtswidrigen Inhalten.

⁵⁷ Spindler, CR 2019, 238, Rn. 15.

⁵⁸ Friehe, NJW 2020, 1697, 1697; Lüdemann, MMR 2019, 279 ff.

⁵⁹ Grundlegend zum gesamten Absatz: BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20, juris, Rn. 59, 69 ff. – *Hassrede*; GRUR-RS 2021, 23182 Rn. 71 ff. – *Goldstücke*.

⁶⁰ Am 5.7.2022 wurde der DSA vom Europäischen Parlament angenommen (siehe *European Parliament*, Digital Services: landmark rules adopted for a safer, open online environment, 5.7.2022, <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>>). Am 4.10.2022 folgte die Zustimmung durch den Rat (siehe Council of the EU, DSA: Council gives final approval to the protection of users' rights online, 4.10.2022, <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/10/04/dsa-council-gives-final-approval-to-the-protection-of-users-rights-online/>>). Die hiesigen Ausführungen basieren auf der am 8.9.2022 vom Parlament veröffentlichten, berichtigten Fassung (TA-9-2022-0269-FNL-COR01).

c) Kündigung?

Möglicherweise folgt aus dem NetzDG aber eine Einschränkung im Hinblick auf die denkbaren Sanktionen. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 NetzDG ist der Anbieter eines sozialen Netzwerks nämlich nur dazu verpflichtet, auf eine Beschwerde hin rechtswidrige Inhalte je nach Grad der Offensichtlichkeit innerhalb von 24 Stunden oder sieben Tagen zu entfernen bzw. den Zugang zu ihnen zu sperren.

Und auch der DSA kennt die Accountlöschung nicht: Nach Art. 23 Abs. 1 DSA sollen Anbieter Nutzer zwar nach vorheriger Warnung für eine angemessene Zeit ausschließen, wenn sie häufig illegale Inhalte hochladen. Dies stellt jedoch nur eine temporäre Maßnahme dar. Allerdings deutet ErwGr. 64 S. 2 DSA darauf hin, dass Anbieter in ihren AGB strengere Maßnahmen bei besonders gravierenden Verstößen vorsehen dürfen. Über die temporäre Sperrung hinaus kommen hier vor allem das dauerhafte Sperren und das Löschen in Betracht. Der DSA enthält somit durchaus Indizien, dass auch die gänzliche Beendigung des Vertragsverhältnisses zulässig ist.

Im Hinblick auf das NetzDG lässt sich außerdem ergänzen, dass dieses nur die als besonders dringlich empfundenen Maßnahmen regelt: Der Gesetzesverstoß soll beendet werden. Dies geschieht aber bereits mit der Löschung des Posts. Weitere Maßnahmen sind hingegen nicht notwendig. Das bedeutet gleichwohl nicht, dass sie unzulässig wären.

Weder das NetzDG noch der DSA stehen deshalb einer außerordentlichen Kündigung bei einem Gesetzesverstoß entgegen.

2. Vertragspflichtverletzungen

§ 314 Abs. 2 BGB sieht explizit die Vertragspflichtverletzung als wichtigen Grund vor, wobei in diesem Fall zunächst eine Abhilfefrist gesetzt bzw. eine Abmahnung ergehen muss. Da bei realistischer Betrachtung keine individualvertraglichen Vereinbarungen vorliegen werden, kommt diesbezüglich nur ein Verstoß gegen die allgemeinen Nutzungsbedingungen in Betracht.

Im Rahmen der Gemeinschaftsstandards untersagt *Facebook* u. a. Beiträge, die Hassrede beinhalten.⁶¹ Weil diese Regelungen von besonderer Relevanz sind, sollen sie hier exemplarisch herausgegriffen werden. Sie werden auf verlinkten Seiten ausführlich beschrieben und untersagen in ihrer im Juli 2022 aktuellen Version⁶² nicht nur strafbare, sondern beispielsweise auch „Inhalte, die auf eine Person oder Personengruppe aufgrund ihrer geschützten

⁶¹ *Meta TransparencyCenter*, Facebook-Gemeinschaftsstandards, <<https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/>>.

⁶² Die Vorversionen sind unter ihren jeweiligen Daten aufgeführt, die gegenwärtige Version ist lediglich durch „Heute“ überschrieben.

Eigenschaft(en) abzielen“ und u. a. „Aussagen, die Abgrenzung befürworten oder unterstützen“ enthalten.⁶³

Die Regelungen sind vor allem deshalb problematisch, weil sich bei ihnen als AGB die Frage stellt, ob sie der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB standhalten.⁶⁴ Kritiker berufen sich darauf, dass die bei der Anwendung zu berücksichtigende Wertung des Art. 5 Abs. 1 GG ein Aussortieren von bestimmten, noch nicht die Grenze zur Strafbarkeit erreichenden Meinungen untersage.⁶⁵ Mit den BGH-Urteilen in den Verfahren *Goldstücke*⁶⁶ und *Hassrede*⁶⁷ dürfte jedoch das gegenteilige Ergebnis feststehen: Zwar gab der BGH den Klagen in den konkreten Verfahren statt, machte dies aber an Verfahrensaspekten fest.⁶⁸ Darüber hinaus sieht der DSA explizit die Möglichkeit von Gemeinschaftsstandards vor und stellt in seinem ErwGr. 64 S. 7 klar, dass Anbieter gegen eine Verletzung ihrer AGB vorgehen dürfen.

Werden Plattformen den vom BGH aufgestellten und so ähnlich zukünftig auch vom DSA vorgesehenen Verfahrensanforderungen gerecht, können sie folglich auch über die reine Illegalität hinausgehende Anforderungen an Beiträge stellen, und wiederholte Verstöße mit einem Plattformausschluss sanktionieren.⁶⁹

VII. Willkürlicher oder diskriminierender Schwarmausschluss

Sodann stellt sich die Frage, ob Social-Media-Plattformen über Vertragspflichtverletzungen und Gesetzesverstöße hinaus Accounts löschen dürfen. In Betracht kommen einerseits legitime Gründe wie die Schließung einer konkreten Plattform,⁷⁰ aber auch der völlig willkürliche oder sogar diskriminierende Ausschluss.

⁶³ *Meta TransparencyCenter*, Hassrede, Stufe 3, Bulletpoint 1 a.E., <<https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/hate-speech/>>.

⁶⁴ Zu den darüberhinausgehenden Fragen, wie die Nutzungsbedingungen Teil des Vertrags werden, warum sie keine überraschende Klausel und kein Problem hinsichtlich der Transparenzkontrolle darstellen: *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 10 ff.

⁶⁵ Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Wirksamkeit einer AGB, die Facebook das Recht gibt, einzelne Beiträge zu löschen. Hier stellt sich vor allem das Problem, ob darin nicht schon eine nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibung liegt (ausführlich: *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 8).

⁶⁶ BGH GRUR-RS 2021, 23182 – *Goldstücke*.

⁶⁷ BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20, juris – *Hassrede*.

⁶⁸ Zur Parallele zum zukünftigen DMA: *Strümpf*, RD i 2021, 509, 512.

⁶⁹ So auch *Wurmnest* (Fn. 22), § 307 BGB, Rn. 144.

⁷⁰ So die Beendigung von *StudiVZ* und *MeinVZ* zum 31.3.2022 (<<https://www.studivz.net/>>).

1. Möglichkeit der ordentlichen Kündigung

Anders als bei der außerordentlichen Kündigung existiert keine die ordentliche Kündigung vertragstypenübergreifend regelnde Norm. Lediglich bei den vertypten Schuldverhältnissen finden sich mit u. a. den §§ 542 Abs. 1, 604 f., 620 Abs. 2, 621, 671 BGB Regelungen, nach denen die ordentliche Kündigung grundsätzlich immer dann möglich ist, wenn die Parteien den konkreten Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen haben. Betrachtet man den Plattformnutzungsvertrag als typengemischten Vertrag mit miet-, dienst- und werkvertraglichen oder auch Elementen der Leihe und des Auftrags, kann auf diese Normen zurückgegriffen werden. Anders sieht es jedoch bei einem Vertrag *sui generis* aus. Insofern stellt sich die Frage, ob aus den speziellen Normierungen die allgemeine Regel abgeleitet werden kann, dass auf unbestimmte Zeit geschlossene Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich ordentlich kündbar sind.

In der Literatur findet sich zum ordentlichen Kündigungsrecht zumeist nur der Gemeinplatz, dass es gesetzlich oder vertraglich vorgesehen sein kann.⁷¹ Und auch gerichtliche Entscheidungen sind rar gesät: Der BGH scheint in zwei Urteilen (einmal aus dem Jahr 1972, das andere Mal 1993) die generelle Existenz zu unterstellen, wenn er bei einem zuvor als Vertrag *sui generis* eingeordneten Belegarztvertrag die damaligen §§ 553, 626, 723 BGB entsprechend heranzieht und bei einem Wäschereivertrag, bei dem er die genaue Zuordnung offen lässt, auf eine Analogie zu den damaligen §§ 624, 723 BGB abhebt.⁷² Dabei betont der BGH jedoch, dass feststehen müsse, dass die Parteien das ordentliche Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen hätten. Das OLG Hamm konstatiert, dass die Frage des ordentlichen Kündigungsrechts bei nicht-vertypten Verträgen stets einer Einzelfallbetrachtung bedürfe, und schließt im konkreten Fall aus der Regelung bestimmter Leistungsstörungen, dass die Parteien das ordentliche Kündigungsrecht stillschweigend abbedungen hätten.⁷³ Im Hinblick auf ein Internetforum zieht schließlich das AG Kerpen § 624 S. 2 BGB analog heran und gelangt auf diesem Weg zu einem Kündigungsrecht mit einer halbjährigen Frist.⁷⁴

Betrachtet man die Geschäftsbedingungen der Social-Media-Plattformen, könnte eine detaillierte Regelung des Löschens bei unerwünschtem Verhalten in Kombination mit einem Beendigungsrecht des Nutzers für einen still-

⁷¹ Siehe z.B. *Brox/Walker*, SchuldR AT, 46. Aufl. 2022, § 17, Rn. 15. Dies bereits 1979 konstatierend: *Michalski*, JA 1979, 401, 405. Eindeutig hingegen *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 314 Rn. 13, der sich mit Blick auf die u.g. BGH-Urteile für ein generelles ordentliches Kündigungsrecht ausspricht.

⁷² BGH, Urt. v. 28.2.1972 – III ZR 212/70, NJW 1972, 1128, 1129; BGH, Urt. v. 25.5.1993 – X ZR 79/92, NJW-RR 1993, 1460, 1460.

⁷³ OLG Hamm, Urt. v. 31.5.2011 – I-19 U 3/11, BeckRS 2012, 14963.

⁷⁴ AG Kerpen, Urt. v. 10.4.2017 – 102 C 297/16, MMR 2017, 642, Rn. 36 f.

schweigenden Ausschluss eines ordentlichen Kündigungsrechts durch die Plattform sprechen. Allerdings heißt es in den Nutzungsbedingungen von *Facebook* im Hinblick auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung, dass dieser u. a. dann gegeben sei, wenn „der kündigenden Partei [...] die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses [...] bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.“⁷⁵ Obgleich das ordentliche Kündigungsrecht nicht explizit geregelt zu sein scheint, lässt sich diese Klausel doch gegen einen stillschweigenden Ausschluss anführen. Und *Twitter* geht in seinen AGB sogar so weit, eine Sperrung oder Kündigung „jederzeit aus beliebigem Grund“ vorzusehen.⁷⁶ Jedenfalls im Hinblick auf diese beiden Plattformen liegt deshalb kein (stillschweigend vereinbarter) vertraglicher Ausschluss vor.

Nachdem der Plattformnutzungsvertrag als solcher nicht vertypt ist, kann für einen gesetzlichen Kündigungsausschluss nur auf die allgemeinen Bestimmungen zurückgegriffen werden. Diesbezüglich kommt insbesondere das AGG (2.), § 3 Abs. 2 UWG (3.), der neue, auf Big Tech zugeschnittene § 19a GWB (4.), mit seinem Inkrafttreten der Digital Markets Act (5.), das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (6.) und schließlich allgemein die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte (7.) in Betracht. Im Hinblick auf vertragliche Regelungen bietet sich darüber hinaus der Rekurs auf die §§ 307 ff. BGB an. Damit könnte man wohl Regelungen eliminieren, die – wie die oben bereits angeführte Klausel von *Twitter* – eine jederzeitige Kündigung vorsehen. Dies beantwortet jedoch nicht die Frage, inwiefern die ordentliche Kündigung allgemein – und insbesondere dann, wenn sie wie bei *Facebook* gerade nicht in den AGB geregelt wird – zulässig ist.

2. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG?

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sieht insbesondere für Massengeschäfte – wie es der Plattformnutzungsvertrag darstellt – ein Diskriminierungsverbot u. a. bei ihrer Beendigung vor. Allerdings beschränkt sich das AGG – wie schon § 1 zu entnehmen – auf eine Diskriminierung „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“.⁷⁷ Eine anderwei-

⁷⁵ *Facebook* (Fn. 13), Ziff. 4.2.

⁷⁶ *Twitter* (Fn. 33), Ziff. 4.

⁷⁷ Darüber hinaus ist eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 AGG denkbar. Nach BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, NJW 2021, 2514 ist ferner eine Einschränkung des Massengeschäfts bereits im Hinblick auf bestimmte Diskriminierungsmerkmale möglich, dies würde jedoch eine völlige Aushebelung des AGG ermöglichen. In der Literatur wurde das Urteil deshalb scharf kritisiert (siehe nur *Grünberger*, NJW 2021, 2517; *Kainer*, LMK 2021, 813516; *Mäsch*, JuS 2021, 977).

tige Diskriminierung, wie aus Gründen der besonders relevanten⁷⁸ politischen Gesinnung⁷⁹ oder wegen einer Verurteilung als Straftäter, ist hingegen nicht erfasst.

3. § 3 Abs. 1, 2 UWG?

Wie sich aus § 1 UWG ergibt, schützt das Lauterkeitsrecht Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Es begründet damit ein Marktverhaltensrecht,⁸⁰ sodass eine Anwendung nicht gänzlich fernliegt.

Die explizit geregelten Unlauterkeitstatbestände beziehen sich indes auf den Mitbewerberschutz, irreführende Handlungen und vergleichende Werbung, sodass im Hinblick auf den Plattformausschluss allenfalls die Generalklausel des § 3 Abs. 1 bzw. gegenüber Verbrauchern des § 3 Abs. 2 UWG in Betracht kommt. Gerade aus § 3 Abs. 2 UWG wird allerdings deutlich, dass selbst die Generalklausel bei einem Plattformausschluss nicht passt, wenn dort vorausgesetzt wird, dass unzulässige Handlungen dazu geeignet sein müssen, „das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen“.

4. § 19a GWB?

Nach dem Regierungsentwurf ist der Anfang 2021 in Kraft getretene § 19a GWB speziell auf die Digitalwirtschaft zugeschnitten und wendet sich vor allem gegen „mögliche wettbewerbsschädliche Wirkungen und Gefährdungen des Wettbewerbs im Bereich digitaler Ökosysteme, in denen einzelne Unternehmen eine sog. Gatekeeper-Funktion einnehmen“.⁸¹ Konkret adressiert er Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb. Diese werden nach seinem Absatz 1 vom Bundeskartellamt designiert.

Mittlerweile ist im Hinblick auf *Meta* eine entsprechende Feststellungsentscheidung ergangen.⁸² Aus dieser Verfügung heraus folgen jedoch noch keine Pflichten. Vielmehr bedarf es einer Untersagungsvereinbarung nach Absatz 2. Allerdings ist das Bundeskartellamt dabei auf die dort aufgezählten Verhal-

⁷⁸ Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19, NJW 2019, 1936 – *Der Dritte Weg I*; Beschl. v. 20.9.2021 – 1 BvQ 100/21, <http://www.bverfg.de/e/qk2021_0920_1bvq010021.html> – *Der Dritte Weg II*.

⁷⁹ *Thüsing*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 AGG, Rn. 60 ff.

⁸⁰ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka, UWG*, 7. Aufl. 2016, UWG, Einführung, A., Rn. 1.

⁸¹ *Bundesregierung, GWB-Digitalisierungsgesetz (RegE 10. GWB-Novelle)*, 7.9.2020, BT-Drs. 19/23492, 73.

⁸² BKartA, Beschl. v. 30.12.2021 – B7-61/21 – *Alphabet Inc., Google Germany GmbH; BKartA*, Für *Meta* (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest.

tensweisen beschränkt.⁸³ Diese betreffen insbesondere Probleme, die sich aus der Ausübung von Intermediärmacht für andere Unternehmen wie auch den Wettbewerb als solchen ergeben. Auf die Frage des Plattformausschlusses von Nutzern ist er hingegen nicht zugeschnitten und enthält folglich auch keine Regelung, die sich in dieser Hinsicht konkretisieren ließe.

5. Art. 5, 6 DMA?

Auch die Europäische Kommission geht gegen Big Tech vor. Ebenso wie der DSA wurde der von ihr vorgeschlagene Digital Markets Act (DMA) am 5.7.2022 vom Europäischen Parlament angenommen und der Rat gab seine Zustimmung am 18.7.2022.⁸⁴ Die Veröffentlichung im Amtsblatt erfolgte am 12.10.2022.⁸⁵

Obleich jedenfalls die besonders großen Plattformen als Adressaten in Betracht kommen, lassen sich für die vom DMA nach der dortigen Terminologie als „Gatekeeper“ bezeichneten Unternehmen – ähnlich wie bei § 19a GWB – indes keine Verpflichtungen ausmachen, die ein Kündigungsrecht begrenzen könnten. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass der DMA darauf ausgelegt ist, den „Wettbewerbsprozess als solchen“ offen zu halten,⁸⁶ also vor allem als Schutzinstrument für den Wettbewerb selbst konstituiert ist. Dies zeigt gerade auch Art. 5 Abs. 8 DMA, wenn er die umgekehrte Situation, nämlich dass Nutzer keine weiteren Plattformdienste abonnieren müssen, regelt.

6. § 19 Abs. 1 GWB?

Möglicherweise ist in einer willkürlichen Kündigung aber ein Kartellrechtsverstoß zu sehen. Im Hinblick auf § 19 Abs. 1 GWB setzt dies eine marktbeherrschende Stellung⁸⁷ und ihren Missbrauch voraus. Das europäische Pen-

⁸³ Ausführlich zu § 19a GWB: *Bongartz*, WuW 2022, 72 ff.; *Franck/Peitz*, Journal of European Competition Law & Practice 2021, 513 ff.; *Grünwald*, in: FK-KartellR, 102. Lieferung 5/2022, § 19a GWB; *Käseberg*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost*, Die 10. GWB-Novelle 2021; *Lettl*, WRP 2021, 413 ff.; *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte*, 14. Aufl. 2022, § 19a GWB; *Polley/Kaup*, NZKart 2020, 113 ff.; *Schnelle/Wyrembek*, GRUR-Prax 2021, 432 ff.; *Scholz*, WuW 2022, 128 ff.

⁸⁴ Siehe *European Parliament* (Fn. 60); Council of the EU, DMA: Council gives final approval to new rules for fair competition online, 18.7.2022, <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/>>.

⁸⁵ ABl. L 265 v. 12.10.2022, 1.

⁸⁶ Vgl. *Kühling/Weck*, ZWeR 2021, 487, 501.

⁸⁷ Für Konstellationen unterhalb der Marktbeherrschung könnte außerdem auf § 20 Abs. 1 GWB rekurriert werden. Dieser betrifft jedoch nur Handlungen gegenüber anderen Unternehmen, sodass er im Hinblick auf eine Diskriminierung von Verbrauchernutzern nicht in Betracht kommt. Darüber hinaus wurde er in einer frühen *ebay*-Konstellation vom

dant des Art. 102 AEUV fordert darüber hinaus, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein muss. Nachdem dies in Bezug auf den Ausschluss einzelner Nutzer fernliegt, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf das deutsche Kartellrecht.

a) *Marktbeherrschende Stellung*

Die Voraussetzung der marktbeherrschenden Stellung liegt im Hinblick auf verschiedene Social-Media-Plattformen durchaus nahe: Das Bundeskartellamt ging in seinen Untersuchungen von einem rein nationalen Markt für soziale Netzwerke aus und stellte diesbezüglich Anfang 2019 eine marktbeherrschende Stellung *Facebooks* fest.⁸⁸ Der Beschluss ist allerdings bis heute nicht rechtskräftig: Zwar bestätigte der BGH die marktbeherrschende Stellung *Facebooks* im einstweiligen Rechtsschutz,⁸⁹ jedoch rief das OLG Düsseldorf im Hauptsacheverfahren den EuGH an.⁹⁰ Die Hauptverhandlung fand bereits statt, ein Urteil steht aber noch aus.⁹¹

Nachdem das Bundeskartellamt im Rahmen seiner *Facebook*-Entscheidung ausführt, dass es neben einem Markt für soziale Netzwerke einen Markt für berufliche Netzwerke wie *LinkedIn* gebe und auch *Twitter* und *Instagram* andere Märkte betreffen,⁹² ist darüber hinaus eine marktbeherrschende Stellung weiterer Social-Media-Plattformen auf jeweils anderen sachlichen Märkten denkbar.

b) *Missbrauch*

Problematisch ist indes, ob in der Verweigerung eines Kontos ein Missbrauch dieser Stellung gesehen werden kann.

In dogmatischer Hinsicht wird vor allem zwischen dem Ausbeutungs- und dem Behinderungsmissbrauch bzw. der Diskriminierung differenziert,⁹³ wobei sich mit Blick auf die Regelbeispiele des Absatzes 2 auch feinere Unterscheidungen treffen lassen.⁹⁴ Nachdem die Verweigerung eines Kontos nicht zur Ausbeutung der entsprechenden Person führt, kommt nur ein Behinderungsmissbrauch in Betracht. Die Regelbeispiele des § 19 Abs. 2 GWB sehen

KG, Urt. v. 5.8.2005 – 13 U 4/05, NJW-RR 2005, 1630, 1632 verneint, da es hinreichende Ausweichmöglichkeiten (insb. im Hinblick auf offline-Märkte) gebe.

⁸⁸ BKartA, Fallbericht v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 5 f. – *Facebook*.

⁸⁹ BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19, juris, Rn. 14 – *Facebook*.

⁹⁰ OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 24.3.2021 – Kart 2/19 (V), NZKart 2021, 306 – *Facebook Datenschutzvorlage*.

⁹¹ Verfahren anhängig als Rs. C-252/21 – *Facebook Inc. u. a./Bundeskartellamt*.

⁹² BKartA (Fn. 88), Rn. 5 f. – *Facebook*.

⁹³ Siehe z.B. *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2016, § 20 Rn. 88; *Weyer*, in: FK-KartellR, 102. Lieferung 5/2022, § 19 GWB Rn. 1.

⁹⁴ Siehe z.B. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker II 1, 6. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 73 ff.

den Behinderungsmissbrauch jedoch ausschließlich im Horizontalverhältnis, also in Bezug auf Wettbewerber vor. Es bleibt daher lediglich die Anwendung der Generalklausel des Absatzes 1.

Vor Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle sprach der Wortlaut von der „missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“. Nach verbreiteter Ansicht ging damit eine funktionelle Kausalität einher: Der Missbrauch musste gerade auf Grund der marktbeherrschenden Stellung möglich gewesen sein.⁹⁵ Im *Facebook*-Verfahren des Bundeskartellamts zur Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten (das allerdings einen Ausbeutungsmissbrauch betraf) zeigte sich das Problem: Es ließ sich nicht feststellen, dass die Verwendung der möglicherweise rechtswidrigen AGB gerade aus der marktbeherrschenden Stellung (und nicht etwa aus bestehenden Informationsasymmetrien) resultierte.⁹⁶ Vor allem in der Folge wurden in der Literatur deshalb Stimmen laut, die die Kausalität im Sinne einer normativen Kausalität verstanden haben wollten: Es sollte ausreichen, dass der Rechtsverstoß gerade wegen der marktbeherrschenden Stellung zu wettbewerbsschädlichen Folgen führte.⁹⁷ Dem schloss sich zunächst der BGH⁹⁸ und dann der Gesetzgeber an, der den Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB mit der 10. GWB-Novelle zur „Klarstellung“ dahingehend änderte, dass nunmehr lediglich der „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ untersagt ist.⁹⁹

Trotz dieser Gesetzesänderung ist jedoch nicht gesagt, dass die willkürliche Kündigung eines Accounts missbräuchlich ist. Nicht geklärt ist nämlich nach wie vor, worauf sich die schädlichen Auswirkungen beziehen müssen. Zwar heißt es im *Facebook*-Beschluss des BGH, dass dem Verbraucher Wahlfreiheit zukommen müsse,¹⁰⁰ dabei erfolgt aber nach wie vor ein Rekurs auf die Marktstruktur.¹⁰¹ Und so lautet auch die Begründung des Regierungsentwurfs, dass es für eine normative Kausalität ausreiche, wenn die „schädlichen potenziellen Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens auf den durch seine Anwesenheit im

⁹⁵ Konkret zur Verwendung missbräuchlicher AGB: *Franck*, ZWeR 2016, 137, 151 ff.; *Körber*, NZKart 2019, 187, 192 f.; *Thomas*, NZKart 2017, 92, 95. Eine Übersicht zu den verschiedenen Positionen in Lit. und Rspr findet sich u. a. bei *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, 2021, Rn. 43 ff.

⁹⁶ Deshalb ablehnend: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), NZKart 2019, 495, 498 f. – *Facebook*.

⁹⁷ *Fuchs* (Fn. 94), § 19 GWB, Rn. 234a; *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, 4. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 14; *Mohr*, EuZW 2019, 265, 272 f.; *Wolf*, in: *MünchKomm WettbR II*, 3. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 34.

⁹⁸ BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19, juris, Rn. 65, 71 ff. – *Facebook*.

⁹⁹ RegE 10. GWB-Novelle (Fn. 80), 70.

¹⁰⁰ BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19, juris, Rn. 86 – *Facebook*. Ausführlich zur Bedeutung des Verbrauchers im *Facebook*-Beschluss: *Podszun*, GRUR 2020, 1268.

¹⁰¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19, juris, Rn. 74 – *Facebook*.

Markt bereits geschwächten Wettbewerb“ betreffen.¹⁰² Wird Einzelnen kein Nutzungskonto gewährt, stellt dies jedoch nur für sie selbst ein Problem dar, tangiert den Wettbewerb als solchen aber nicht. Es kommt somit darauf an, ob das Kartellrecht Verbraucher auch um ihrer selbst willen schützt.¹⁰³

Zwar rekurriert die Regierungsbegründung im Folgenden ferner auf den Schutz „der Verbraucher vor Machtausübung und Übervorteilung“, „ihre Wahlfreiheit“ und „machtbedingte[...] Fremdbestimmung“, hebt hier allerdings wieder primär auf die „durch die Marktbeherrschung eingeschränkte[...] Möglichkeit der Marktgegenseite, sich dem Verhalten des Normadressaten durch Ausweichen auf andere Unternehmen zu entziehen“ ab.¹⁰⁴ Deshalb ist nach wie vor zweifelhaft, ob der Missbrauch bei einer diskriminierenden Accountverweigerung bejaht werden kann, die aufgrund der marktbeherrschenden Stellung lediglich für den einzelnen Nutzer besonders einschneidend ist.¹⁰⁵

7. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte?

Ein alternativer Ansatzpunkt für die Einschränkung der ordentlichen Kündigung rührt aus den Grundrechten selbst. In seiner zentralen *Stadionverbot*-Entscheidung führt das BVerfG nämlich aus:

„Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben. [...] Maßgeblich für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots ist dessen Charakter als einseitiger, auf das Hausrecht gestützter Ausschluss von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setzt, erwächst ihm von Verfassungs wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. Er darf seine hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus struktureller Überlegenheit – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.“¹⁰⁶

¹⁰² RegE 10. GWB-Novelle (Fn. 81), 71.

¹⁰³ Dies im Hinblick auf die 10. GWB-Novelle befürwortend: *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, 14. Aufl. 2022, § 19 GWB Rn. 8. So tendenziell auch *Bechtold/Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 10. Aufl. 2021, § 19 GWB Rn. 5. Siehe ferner *Weyer* (Fn. 93), § 19 GWB Rn. 6: „zumindest in Teilbereichen“.

¹⁰⁴ RegE 10. GWB-Novelle (Fn. 81), 71.

¹⁰⁵ Allgemein zu den Auswirkungen auf den Endverbraucher: *Weyer* (Fn. 93), § 19 GWB Rn. 6, 9 f.

¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41 – *Stadionverbot*. Ausführlich und kritisch *Grobe*, in: Jeromin/Klose/Ring/Schulte Beerbühl, StichwortKommentar Nachbarrecht, 2021, Hausrecht Rn. 26 ff.

Das BVerfG leitet also eine Einschränkung des Hausrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG ab. Dies solle jedenfalls für in erheblichem Umfang für das gesellschaftliche Leben relevante Massengeschäfte gelten. Außerdem sei in Monopolsituationen oder bei struktureller Überlegenheit darüber nachzudenken.

Alle drei Situationen scheinen bei den zentralen Plattformen einschlägig.¹⁰⁷ Trotzdem ist der Rekurs auf diese Entscheidung problematisch. Dies beginnt in dogmatischer Hinsicht damit, dass das BVerfG zwar nominell noch von einer mittelbaren Drittwirkung spricht, der Beschluss faktisch aber zu einer direkten Grundrechtsbindung Privater führt.¹⁰⁸ Darüber hinaus lässt sich auch ein zentraler Unterschied ausmachen: In der Plattformersituation geht es um die Einschränkung der Vertragsfreiheit, in der *Stadionverbot*-Entscheidung hingegen um die des Hausrechts. Es hat allerdings durchaus eine andere Qualität, ob jemand, der die eigenen Räumlichkeiten ohnehin für das breite Publikum öffnet, nicht willkürlich einzelne auszuschließen darf oder ob ein Vertrag oktroyiert wird. Der Zugang zu den Räumlichkeiten mag zwar ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten begründen, Leistungspflichten resultieren daraus jedoch nicht.

Und selbst der *Thermalbad*-Entscheidung des BGH¹⁰⁹ muss nicht zwingend eine andere Wertung entnommen werden: Zum einen sind die dortigen Überlegungen insofern nur hypothetischer Natur, als dass der BGH die Voraussetzungen letztlich verneinte. Zum anderen lag dem Urteil die Besonderheit zugrunde, dass der Inhaber nichtpersonalisierte Eintrittskarten – also kleine Inhaberpapiere – verteilt hatte.¹¹⁰ Auch dieser Sachverhaltskonstellation wohnte somit eine gewisse Verdinglichung inne.

8. Gesamtbetrachtung

Zusammenfassend folgt eine Beschränkung der ordentlichen Kündigung eines Plattformnutzungsvertrags weder aus § 3 Abs. 1, 2 UWG oder § 19a GWB noch zukünftig aus dem DMA. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG lässt sich entnehmen, dass eine Kündigung nicht aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität erfolgen darf. Nicht erfasst sind hingegen die beiden gegenwärtig besonders relevanten Fälle politischer Couleur und des Begehens einer Straftat ohne Plattformzusammenhang. Zunächst ist deshalb zu überprüfen, ob dem AGG die Wertung zu entnehmen ist, dass sonstige Dis-

¹⁰⁷ Vgl. *Jobst*, NJW 2020, 11, 15 f., der aus den Grundrechten sowohl den Anspruch auf Zugang zur Plattform als auch auf Veröffentlichung einzelner Beiträge ableitet.

¹⁰⁸ Deshalb kritisch: *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 909.

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 29.5.2020 – V ZR 275/18, NJW 2020, 3382 – *Thermalbad*.

¹¹⁰ Ausführlich zur Problematik der kleinen Inhaberpapiere in diesem Kontext: *Schmitt*, ZfPW 2021, 414, 422 f.

kriminierungen erlaubt sind. Ist das nicht der Fall, stellt sich die Frage, ob eine über § 19 AGG hinausgehende Kündigungseinschränkung geboten ist.

Zwar resultiert das AGG aus einer Umsetzung verschiedener EU-Diskriminierungsrichtlinien¹¹¹ und in Bezug auf diese hat der EuGH ausgeführt, dass eine analoge Anwendung auf weitere Gründe wie Krankheit nicht möglich sei.¹¹² Nur weil keine europäische Vorgabe besteht, bedeutet das jedoch nicht, dass der deutsche Gesetzgeber nicht weitere Diskriminierungen sanktionieren darf. § 2 Abs. 3 AGG stellt den entsprechenden gesetzgeberischen Willen explizit klar.

Art. 3 Abs. 3 GG recurriert u. a. auf die „politischen Anschauungen“. Ihm lässt sich also entnehmen, dass jedenfalls der Staat nicht wegen der politischen Couleur diskriminieren darf. Allgemeiner folgt aus ihm die Wertentscheidung, dass eine entsprechende Ungleichbehandlung problematisch ist.

Auch das Recht auf Resozialisierung findet seine Stütze in den Grundrechten: Es lässt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, also aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG ableiten.¹¹³ Damit widerspricht die kontinuierliche Benachteiligung aufgrund einer vormals begangenen Straftat den grundgesetzlichen Wertungen.

Auf dieser Basis wird hier geschlussfolgert, dass eine über das AGG hinausgehende Einschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts geboten ist. Dies führt zu der Frage, welcher Weg der sinnvollere ist: Der Rekurs auf § 19 Abs. 1 GWB oder der direkte Rückgriff auf die Grundrechte.

Es lässt sich nicht leugnen, dass aus der *Stadionverbot*-Entscheidung die Wertung resultiert, dass in „Fällen einer selbstgeschaffenen Staatsähnlichkeit mit monopolartiger Breitenwirkung [...] Private zumindest auf die Einhaltung gewisser rechtstaatlicher Mindeststandards vertrauen können“ müssen.¹¹⁴ Weil Grundrechte jedoch traditionell und selbst nach den Ausführungen des BVerfG in seiner *Stadionverbot*-Entscheidung¹¹⁵ ihren Weg über Generalklauseln ins Zivilrecht finden, liegt es nahe, dass dies auch im Hinblick auf den Plattformausschluss das dogmatisch saubere Vorgehen ist. Die Suche nach ausfüllbaren Generalklauseln führt aber zu § 19 Abs. 1 GWB.

Letztlich sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass der von § 19 GWB vorgesehene Schutz des Wettbewerbs keinen Selbstzweck darstellt.¹¹⁶ In dem Maße, in dem man den Verbraucherschutz als legitimen Zweck ansieht, ist es aber nur konsequent, auch die gravierenden Auswirkungen für den Einzelnen als ausreichend für die Annahme des Missbrauchs einer

¹¹¹ Ausführlich: *Baumgärtner*, in BeckOGK, 1.6.2022, § 1 AGG Rn. 33 ff.

¹¹² EuGH, Urt. v. 11.7.2006 – C-13/05, Rn. 52 – *Chacón Navas*.

¹¹³ Grundlegend: BVerfG, Urt. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, NJW 1973, 1226 – *Soldatenmord von Lebach*.

¹¹⁴ *Schmitt*, ZFPW 2021, 414, 430.

¹¹⁵ BVerfG NJW 2018, 1667, Rn. 32 – *Stadionverbot*.

¹¹⁶ Vgl. *Weyer* (Fn. 93), § 19 GWB Rn. 10; *Wolf* (Fn. 97), § 19 GWB Rn. 2.

marktbeherrschenden Stellung ausreichen zu lassen. Dieser Variante wohnt zudem der Vorteil inne, dass mit der Marktbeherrschung ein deutlich klarer Maßstab besteht als im Hinblick auf die in der *Stadionverbot*-Entscheidung in den Raum geworfenen Kriterien. Hinzu kommt, dass sodann auch auf die Expertise des Bundeskartellamts zurückgegriffen werden kann. Mit der 9. GWB-Novelle und dem hierdurch eingeführten § 32e GWB zur Durchführung von Sektoruntersuchungen wurde ein entsprechender verbraucherschützender Weg bereits vorgezeichnet. Ihn weiterzugehen ist nur konsequent.

VIII. Zusammenfassende Thesen

1. Auf einen Plattformnutzungsvertrag findet dann deutsches Recht Anwendung, wenn entweder eine entsprechende Rechtswahl getroffen wurde (Art. 3 Rom I-VO) oder wenn der Nutzer ein Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland ist (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO) und deutsches Recht nicht abgewählt wurde (Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Rom I-VO). Jedenfalls für Verbrauchernutzer von *Facebook*, *Instagram* und *Twitter* gilt aus diesen Gründen deutsches Recht.
2. Das Anlegen eines Social-Media-Accounts führt zu einem Vertragsverhältnis in Form eines Dauerschuldverhältnisses. Mit der Anerkennung des Vertragsschlusses ist der Rekurs auf ein „virtuelles Hausrecht“ zur Account-Löschung obsolet. Eine Vertragsbeendigung erfolgt deshalb durch Kündigung.
3. Ist der Nutzer Verbraucher, werden die allgemeinen Regelungen durch die §§ 327 ff. BGB überformt. Dies führt allerdings nicht dazu, dass der Unternehmer sein Recht zur außerordentlichen (vgl. § 314 BGB) oder ordentlichen Kündigung verliert.
4. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist möglich, wenn die Plattform für Straftaten oder sonstige Gesetzesverstöße verwendet wird. Das bloße Begehen einer – wenn auch schweren – Straftat ohne Zusammenhang zur Plattform kann eine außerordentliche Kündigung jedoch nicht rechtfertigen.
5. In dem Maße, in dem Plattformen Inhalte untersagen dürfen, die (noch) nicht illegal sind, kann der wiederholte Verstoß ebenfalls die außerordentliche Kündigung rechtfertigen.
6. Jedenfalls dann, wenn die Plattform-AGB – wie bei *Facebook* und *Twitter* – auf die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung hinweisen, kann nicht von einem stillschweigenden Ausschluss dieser ausgegangen werden.
7. Eine Begrenzung der ordentlichen Kündigung ergibt sich zunächst aus § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Sie darf nicht aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität erfolgen.

8. Wegen der grundgesetzlichen Wertungen des Art. 3 Abs. 3 GG und der Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ist es darüber hinaus problematisch, wenn Plattformen auf die politische Gesinnung und das Begehen einer Straftat abstellen. Eine entsprechende Begrenzung der ordentlichen Kündigung ließe sich dogmatisch entweder über die Drittwirkung der Grundrechte oder über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen. Weil der Ausschluss gerade im Hinblick auf besonders marktmächtige Plattformen ein Problem darstellt und insofern relativ klare Beurteilungsmaßstäbe bestehen, ist § 19 GWB – trotz der im Kartellrecht problematischen Berücksichtigungsfähigkeit des Verbraucherschutzes – die bessere Wahl.

2. Teil

Verantwortung und Verantwortlichkeit im Schwarm

Schwärme und Cybermobbing

Gruppenbezogenes Strafrecht in der virtuellen Welt

Sebastian Golla

I. Schwärme und Strafrecht.....	77
II. Individualbezogenes und gruppenbezogenes Strafrecht.....	78
1. Täterschaft und Teilnahme.....	79
2. Gruppenbezogene Delikte.....	80
III. Der Schwarm als Cybermob	82
1. Das vorhandene Instrumentarium.....	84
2. Möglichkeiten zur Fortbildung des Strafrechts.....	86
IV. Fazit.....	88

Der Beitrag untersucht, wie sich das Auftreten von Schwärmen in der virtuellen Welt strafrechtlich behandeln lässt. Er konzentriert sich dabei auf Fragen der Zurechnung und der Erfassung des spezifischen Unrechts, das bestimmte Schwarmphänomene bewirken können. Als Phänomen steht das Cybermobbing im Zentrum der Untersuchung.

I. Schwärme und Strafrecht

Ein Schwarm ist nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis eine Kollektivität, die spontan agiert, keine festen und hierarchischen Organisationsstrukturen aufweist und sich vor allem aufgrund der vernetzten Kommunikationspraktiken des Internets herausbildet.¹ Schwarmverhalten ist eigen, dass es sich nicht vollständig auf die Beiträge der beteiligten Individuen zurückführen lässt und damit mehr ist als die Summe einzelner Handlungen.² Schwärme können in vielfältigen Kontexten auftreten und positive wie negative Folgen auslösen. Aus der strafrechtlichen Perspektive liegt es nahe, sich primär mit den Fällen zu befassen, in denen Schwarmverhalten schädliche Folgen hat.

In jüngerer Zeit wurden einige Schwarmphänomene mit Blick auf ihre strafrechtliche Relevanz diskutiert. Der über die Online-Plattform Reddit ausgelöste Handel mit Aktien des Unternehmens GameStop und weiteren

¹ Angelehnt an *Ingold*, *Der Staat* 56 (2017), 491, 514 f.

² Vgl. *Ingold*, *Der Staat* 56 (2017), 491, 515; *Kersten*, *ZfRSoz* 2017, 8, 17 f.

Short Squeeze-Papieren löste neben zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen (insbesondere aufsichtsrechtlichen) Diskussionen über das „Swarm Trading“ auch eine Auseinandersetzung um eine mögliche Strafbarkeit von Anleger*innen wegen Marktmanipulation aus.³ Schon seit einigen Jahren ein Thema im IT-Strafrecht sind DDos-Attacken (Distributed Denial of Service).⁴ Es handelt sich hierbei um koordinierte massenhafte Zugriffe auf Websites mit dem Ziel, ihren Betrieb zu stören. Während die einzelne Zugriffshandlung kaum sozial missbilligenswert erscheint, kann das Zusammenwirken vieler Internetnutzer erhebliche Schäden verursachen. Schließlich sind Shitstorms und Cybermobs strafrechtlich relevante Schwarmphänomene. Massenhafte Angriffe auf Persönlichkeiten in sozialen Medien waren in den letzten Jahren vielfach zu beobachten. Hier kommt es zwar auch isoliert betrachtet zu strafbaren Handlungen, jedoch geht der durch den Schwarm erzielte Effekt oft über die Summe der einzelnen Beiträge hinaus.

Den bisher nachvollziehbaren strafrechtlichen Diskussionen über Schwarmphänomene ist gemein, dass die Frage der Zurechnung eine zentrale Rolle einnimmt. Durch die für Schwärme typische Entindividualisierung von Handlungen und ihren Folgen entstehen Zurechnungsprobleme, die auch im Öffentlichen Recht und Zivilrecht zu behandeln sind.⁵ Eine weitere naheliegende Frage aus der Sicht des Strafrechts ist, ob sich Rechtsgutsverletzungen, die von Schwärmen verursacht wurden, durch die geltenden Straftatbestände sinnvoll abbilden lassen, selbst wenn eine Zurechnung gelingt. Dieser Beitrag befasst sich sowohl mit der Frage der Zurechnung als auch mit der angemessenen Erfassung der von Schwärmen verursachten Rechtsverletzungen durch das geltende Strafrecht. Dabei legt er ein besonderes Augenmerk auf das Phänomen des Cybermobbing und diskutiert an diesem Beispiel Möglichkeiten zur Fortentwicklung des Strafrechts.

II. Individualbezogenes und gruppenbezogenes Strafrecht

Wird aus einem Schwarm heraus ein Straftatbestand verwirklicht, drängt sich die Frage auf, ob sich dieser einem Mitglied des Schwarms zurechnen lässt. Im Ausgangspunkt kann das Strafrecht nicht anders, als die Verantwortlichkeit für einen aus einem Kollektiv heraus verursachten Erfolg bei einem Individuum

³ Siehe *Wegener*, BKR 2021, 181 ff., der zu dem Ergebnis kommt, dass das diskutierte Verhalten regelmäßig keine (straf-)rechtlich relevante Marktmanipulation ist; vgl. auch *Klöhn/Franke*, NZG 2021, 257 f.; *Merwald/Schauer*, BKR 2021, 280 ff.; *Piepenburg/Schwarz*, BKR 2021, 760 ff.

⁴ Vgl. *Ernst*, NJW 2003, 3233, 3255.

⁵ Vgl. zu der Zurechnungsproblematik über das Strafrecht hinaus *Gärditz*, Der Staat 54 (2015), 113, 114; *Ingold*, Der Staat 56 (2017), 491, 515.

zu suchen. Der Schwarm selbst kommt als Täter nicht in Betracht. Adressaten des deutschen Strafrechts sind ausschließlich natürliche Personen. Ihrer möglichen Bestrafung liegt das Schuldprinzip zugrunde, das verfassungsrechtlich aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet wird.⁶ Das Schuldprinzip erfordert, dass eine Rechtsgutsverletzung einer Person individuell vorgeworfen werden kann.⁷ Hierfür muss ein Zusammenhang zwischen einer Handlung der Person und der Verletzung bestehen.

1. Täterschaft und Teilnahme

Bei aus Schwärmen begangenen Rechtsverletzungen kommt zunächst eine Strafbarkeit von Schwarmmitgliedern als Täter oder Teilnehmer in Betracht. Unproblematisch ist die Täterschaft dann, wenn eine Person im Kontext eines Schwarmphänomens eine eigenständig strafrechtliche Handlung begeht, also zum Beispiel im Rahmen eines Cybermobs eine beleidigende Äußerung tätigt. Der Kontext und die Gruppendynamische Situation können bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

Interessanter ist es, wenn der Taterfolg erst durch das Handeln mehrerer bewirkt wird. In diesem Fall stellt sich zunächst die Frage, ob die Handlung eines Schwarmmitglieds einem anderen mittäterschaftlich zugerechnet werden kann (§ 25 Abs. 2 StGB). Es wird bei Schwarmphänomenen nicht leichtfallen, die weitgehend anerkannten Voraussetzungen einer Mittäterschaft anzunehmen: Einen gemeinsamen Tatplan sowie einen Tatbeitrag. Ein gemeinsamer Tatplan setzt eine ausdrückliche oder konkludente Verabredung voraus, eine Tat gemeinsam zu begehen.⁸ Im Kontext der Dynamik von Schwarmphänomenen wird eine Verabredung, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, aber nicht immer vorliegen. Jedenfalls wird ein Tatbeitrag, der objektiv eine Tatherrschaft begründet,⁹ nur selten in Betracht kommen. Die Mittäterschaft wird also nur in seltenen Fällen dazu führen, dass die Handlungen von Schwarmmitgliedern diesen gegenseitig zugerechnet werden können.

Führt jemand, der an einem Schwarmgeschehen mitwirkt, einen tatbestandlichen Erfolg nicht selbst herbei, erscheint es daher naheliegender, dass eine strafbare Teilnahmehandlung vorliegt. Während eine Anstiftung (§ 26 StGB) erfordert, dass ein anderer zur Begehung einer Straftat bestimmt wird, reicht für die Beihilfe (§ 27 StGB) eine Unterstützung aus, die auch rein psychischer Natur sein kann. Das Mitwirken am Treiben eines Schwarms wird als Unterstützungshandlung in objektiver Sicht genügen, wenn dadurch eine

⁶ BVerfG, Beschl. v. 3.6.1992 – 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, BVerfGE 86, 288, 313; BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996 – 2 BvR 1851/94, BVerfGE 95, 96, 140.

⁷ BVerfGE 95, 96, 140.

⁸ *Peters/Bildner*, JuS 2020, 731 m.w.N.

⁹ So die Anforderung der in der Literatur entwickelten Tatherrschaftslehre *Peters/Bildner*, JuS 2020, 731, 734 m.w.N.

Dynamik verstärkt wird, die zu einer Verletzung führt. Eher problematisch sind die subjektiven Anforderungen an die Beihilfe: Der Gehilfe muss einen Vorsatz nicht nur bezüglich seiner Beihilfehandlung, sondern auch bezüglich einer rechtswidrigen Haupttat haben. Bei Schwarmphänomenen wird dies oftmals nicht der Fall oder zumindest schwer nachzuweisen sein. Derartige Phänomene zeichnen sich dadurch aus, dass sie zu Folgen führen können, die von einzelnen Beteiligten nicht beabsichtigt und in vielen Fällen auch nicht vorhergesehen waren.

Die im Allgemeinen Teil des Strafrechts verankerten Konzepte von Täterschaft und Teilnahme machen es also nicht leicht, die an einem spontan gebildeten Kollektiv Mitwirkenden für einen Erfolg verantwortlich zu machen, der aus dem kollektiven Handeln entstanden ist, ohne dass sich der Erfolg direkt auf eine konkrete Handlung eines bestimmten Mitwirkenden zurückführen ließe. In derartigen Fällen will es auch wohlüberlegt sein, ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt sachgerecht und mit dem Schuldprinzip vereinbar wäre.

2. *Gruppenbezogene Delikte*

Das Strafrecht kennt allerdings auch Regelungen, die sich speziell auf die Gefährlichkeit von Gruppendynamiken beziehen. Diese stehen nicht im Zusammenhang mit einem Geschehen im virtuellen Raum, sondern knüpfen an reelle Phänomene an. Die einschlägigen Delikte lassen sich in ihren Wurzeln teilweise bis in die Antike zurückverfolgen.¹⁰ Dies gilt namentlich für die so genannten Rottendelikte, bei denen es darum geht, dass Personen sich an Gruppen bzw. Menschenmengen beteiligen, deren Ziel es ist, gewalttätige Handlungen auszuüben. Beispiele hierfür sind die Gefangenenneuterei (§ 121 StGB), der schwere Hausfriedensbruch (§ 124 StGB) sowie der Landfriedensbruch (§ 125 StGB).

Das Strafgesetzbuch regelt außerdem zwei Konstellationen, in denen die Beteiligung an einer gefährlichen Gruppe, die zu einem – nicht notwendigerweise vom Täter gewollten – Erfolg führt, eine Strafbarkeit begründet: Die Beteiligung an einer Schlägerei und die Begehung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung aus Gruppen heraus. Mit Blick auf die Zurechnungsfragen, die sich bei Schwarmphänomenen stellen, bietet sich eine nähere Auseinandersetzung mit diesen beiden Delikten an. Es stellt sich die Frage, ob sie als Blaupause für die Strafbarkeit für die Beteiligung an Schwärmen im virtuellen Bereich dienen könnten.

§ 231 StGB stellt die Beteiligung an einer Schlägerei unter Strafe. Wer sich an einer Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff beteiligt, kann allein dafür bestraft werden, dass durch das Geschehen der Tod

¹⁰ Vgl. dazu *Stuckenberg*, in: FS Rengier, 2018, S. 353, 357 ff. m. w. N.

eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Es ist nicht notwendig, dass der konkrete Beitrag des Täters zu der schweren Folge geführt hat. Nach herrschender Meinung handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, bei dem der Eintritt der schweren Folge eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist.¹¹

§ 184j StGB stellt es unter Strafe, sich an einer Personengruppe zu beteiligen, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn es aus der Gruppe heraus zu einer Sexualstraftat kommt. Wird von einem Beteiligten der Gruppe eine solche Tat begangen, führt das zu einer Strafbarkeit der anderen Beteiligten, ohne dass diese Tat ihnen zurechenbar sein muss. § 184j StGB wurde durch das 50. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.11.2016¹² eingeführt. Die Vorschrift ist eine Reaktion auf die Ereignisse der Kölner Silvesternacht 2015, in der es zu zahlreichen sexuellen Übergriffen aus Gruppen heraus kam.

§ 231 und § 184j StGB begründen damit eine Strafbarkeit für die Beteiligung an gefährlichen Gruppen im Falle des Eintritts eines bestimmten Erfolges als objektive Bedingung. Die Wahl dieses Tatbestandsmodells hat bei beiden Vorschriften ähnliche Gründe: Erstens trägt die Beteiligung an den Gruppen zu einer Dynamik bei, aus der besondere Gefahren für die körperliche Unversehrtheit und die sexuelle Selbstbestimmung entstehen. Zweitens haben beide Tatbestände unübersichtliche Situationen im Blick, in denen eine konkrete Zuordnung von Rechtsgutsverletzungen schwerfällt. Daraus resultieren Beweisschwierigkeiten, die sich dadurch relativieren, dass die Verletzung als objektive Bedingung der Strafbarkeit keinen diesbezüglichen Vorsatz voraussetzt.

§ 231 und § 184j StGB werden teilweise mit Blick auf ihre Vereinbarkeit mit den Schuldprinzip kritisiert.¹³ Die jeweiligen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit seien dem Täter nicht individuell vorwerfbar. Die Tatbestände beschreiben allerdings auch unabhängig von ihren objektiven Bedingungen der Strafbarkeit ein strafwürdiges Unrecht, das dem Täter vorgeworfen werden kann.¹⁴ Dieses Unrecht ist die Beteiligung an einer Personengruppe, von der ein gefährliches Verhalten ausgeht. Die objektive Bedingung der Strafbarkeit schränkt nach diesem Verständnis eine Strafbarkeit ein, die durchaus weiter ausfallen könnte.

Auf Grundlage dieses Verständnisses lässt sich überlegen, ob der hinter § 184j und § 231 StGB stehende Gedanke einer Strafbarkeit der Beteiligung

¹¹ *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 231 Rn. 1 m. w. N.

¹² 50. StrÄndG, BGBl. I S. 2460.

¹³ *Renzikowski*, in: MünchKomm StGB, 4. Aufl. 2021, § 184j Rn. 3 ff.; *Rönnau*, JuS 2011, 697, 698.

¹⁴ *Bock*, in: Papathanasiou/Schumann/Schneider/Godinho, Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, S. 58; *Hörnle*, BRJ 2017, 57, 59.

an gefährlichen Gruppen verallgemeinerungsfähig ist. Mit Blick auf die Gefahren gruppendynamischer Prozesse kamen nach Einführung von § 184j StGB Ideen auf, eine neue Zurechnungsregel im Allgemeinen Teil oder einen entsprechenden Straftatbestand zu schaffen.¹⁵ *Stefanie Bock* hat beispielhaft ausgeführt, wie ein solcher Straftatbestand formuliert werden könnte:

„Wer sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die Ehre, das Eigentum oder das Vermögen begangen wird.“¹⁶

Dieser Straftatbestand wäre sehr weitreichend. Er würde deutlich über die aktuellen Regelungen für Täterschaft und Teilnahme hinausgehen, zur Haftung für Exzesse einzelner Gruppenmitglieder führen und die Strafbarkeit auf den Zeitpunkt der Beteiligung vorverlagern, zu dem es noch zu keiner konkreten Schädigung gekommen sein muss.¹⁷ Jedenfalls in dieser Form wäre er daher nicht nur hinsichtlich seiner Bestimmtheit, sondern auch hinsichtlich seiner Verhältnismäßigkeit bedenklich. Es fragt sich aber, ob eine Strafbarkeit nach dem Modell von § 231 StGB und § 184j StGB für besonders riskante Gruppenphänomene im virtuellen Raum in Betracht käme. Hier könnte eine konkretere Regelung geschaffen werden, die auf die spezifische Gefährlichkeit dieser Phänomene einginge. Diese Möglichkeit soll im Zusammenhang mit dem Thema Cybermobbing näher betrachtet werden.

III. Der Schwarm als Cybermob

Konkrete Phänomene, bei denen schwarmartiges Verhalten zu strafrechtlich relevanten Verletzungen führt, sind Shitstorms und Cybermobs. Shitstorms sind koordinierte oder spontane Entrüstungstürme im Internet, die sich besonders über Äußerungen von Personen in den (sozialen) Medien entladen. Hierbei tätigt typischerweise eine größere Zahl von Menschen kritische Äußerungen gegen eine Person und ihr Verhalten, die bis in den Bereich des Beleidigenden gehen können.¹⁸ Es besteht die Gefahr, dass sich die Beteiligten an einem Shitstorm durch ihre Äußerungen gegenseitig aufwiegeln. Auch die Hemmschwelle für persönliche Anfeindungen erscheint im Internet durch die Distanz zwischen den Betroffenen geringer als anderswo. Der oder die Betroffene hingegen ist dem plötzlich ausartenden Geschehen relativ hilflos ausgeliefert.¹⁹

¹⁵ *Bock* (Fn. 14), S. 61 ff.; *Hörnle*, NSTZ 2017, 13, 21.

¹⁶ *Bock* (Fn. 14), S. 67.

¹⁷ *Bock* (Fn. 14), S. 68 ff.

¹⁸ Vgl. *Gomille*, ZUM 2021, 81 f.; *Selman/Simmler*, ZStrR 136 (2018), 248, 251.

¹⁹ *Gomille*, ZUM 2021, 81, 82.

Von einem einzelnen Ereignis, das einen Entrüstungsturm auslöst, sind Fälle des Cybermobbings abzugrenzen. Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass eine Person mit Hilfe moderner Kommunikationstechnologien wiederholt und über längere Zeit belästigt wird.²⁰ Mit den Worten von *Christian Gomille* geht es um eine „virtuelle Belagerung“²¹. Hieraus resultiert ein hoher psychischer Druck für die Betroffenen. Es sind viele Fälle bekannt geworden, in denen Cybermobbing schwere Folgen hatte. Besonders in Erinnerung geblieben sind jene von Jugendlichen, die nach der bloßstellenden Verbreitung von Bildmaterial Suizid begingen. Ein aktueller Fall, in dem besonders das Wirken von großen und dynamischen Kollektiven als Cybermobs deutlich wird, ist der des „Drachenlords“ *Rainer Winkler*.

Winkler veröffentlicht seit Jahren YouTube-Videos mit eher banaalem Inhalt. Durch Äußerungen in seinen Videos, Reaktionen in den Kommentaren und eigene Gegenreaktionen ist *Winkler* in eine Spirale aus Provokationen und Beleidigungen geraten. Es hat sich eine Gemeinde von Zuschauern gebildet, die einen Sport daraus gemacht haben, *Winkler* zu beleidigen und zu schikanieren. Sie nennen sich „Haider“ und spielen das „Drachengame“. Es geht dabei aber nicht um ein Spiel mit harmlosen Streichen, sondern ernsthafte und reelle Übergriffe. Die Feuerwehr wurde mit falschen Notrufen zu *Winkler* geschickt, das Grab seines Vaters geschändet und sein Haus, das er mittlerweile verkauft hat, im ganz realen Sinne von „Haidern“ belagert. *Winkler* wurde gegen die Belagerer mitunter handgreiflich und im März 2022 vom Landgericht Nürnberg wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt.²² Der Fall löste eine Diskussionen über das Cybermobbing und die Umkehr von Opfern zu Tätern aus.²³ Der Fall des „Drachenlords“, um den sich im Internet über die Jahre ein regelrechter Kult gebildet hat, ist sicherlich kein alltäglicher. Aber er zeigt, wie ein Cybermob sich verselbständigen und wie sein Wirken aus dem virtuellen in den realen Bereich überschlagen kann.

Strafrechtlich sind Phänomene wie das Cybermobbing nicht leicht fassbar. Das liegt zunächst daran, dass sie viele Erscheinungsformen haben. Hinzu kommen Probleme bei der individuellen Zurechnung der Folgen, die sich aus dem Verhalten des Mobs ergeben. Im Folgenden wird zunächst ein Blick auf das vorhandene Instrumentarium des Strafrechts geworfen, um mit Cyber-

²⁰ Näher zum Begriff des Cybermobbings *Cornelius*, ZRP 2014, 164; *Jülicher*, NJW 2019, 2801 f.; *Preuß*, KriPoZ 2019, 97, 98.

²¹ *Gomille*, ZUM 2021, 81, 84.

²² LG Nürnberg-Fürth, Urte. v. 23.3.2022 – 4 Ns 955 Js 163 614/19.

²³ Vgl. *Lobo*, Ein jahrelanges Martyrium in Deutschland – und niemand hält es auf, Spiegel Online vom 27.10.201, abrufbar unter <<https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/der-fall-drachenlord-ein-jahrelanges-martyrium-in-deutschland-und-niemand-haelt-es-auf-kolumne-a-91b94ce3-ab01-4ac1-9286-d85bea144928>> (zuletzt am 15.9.2022 abgerufen).

mobs umzugehen. Im Anschluss wird auf Lücken und Ergänzungsmöglichkeiten des Strafrechts eingegangen.

1. Das vorhandene Instrumentarium

Die geltenden Straftatbestände decken einzelne Handlungen ab, die durch diejenigen begangen werden, die sich an Shitstorms oder Cybermobs beteiligen. In Betracht kommen zunächst Ehrverletzungsdelikte nach den §§ 185 ff. StGB. Aber auch Taten gegen die persönliche Freiheit wie Bedrohungen (§ 241 StGB) kommen in derartigen Zusammenhängen regelmäßig vor. Des Weiteren sind Straftaten gegen die öffentliche Ordnung wie die Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB) oder die Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB) möglich.²⁴

Beteiligen sich Personen an einem Shitstorm oder Cybermob, können ihre Handlungen auch als Teilnahmehandlungen strafrechtlich relevant sein. Dies gilt beispielsweise, wenn jemand keine eigenen Beiträge verfasst, aber die Beiträge von anderen Personen teilt oder mit „Gefällt mir“ markiert, also liket.²⁵ In der Schweizerischen Rechtsprechung wurde sogar die Möglichkeit einer Täterschaft desjenigen angenommen, der einen verunglimpfenden Beitrag liket.²⁶ In Deutschland steht eine Gerichtsentscheidung hierzu noch aus. Die üblicherweise für eine Täterschaft notwendigen Voraussetzungen erscheinen beim Liken allerdings nicht erfüllt. Der nach der Rechtsprechung geforderte Wille zur Tatbeherrschung sowie das eigene Interesse am Taterfolg werden sich schwer feststellen lassen. Der Umfang der Beteiligung erscheint ebenso wie die objektive Beherrschung eher als gering. Bei Äußerungsdelikten wird zudem angenommen, dass die strafbare Erklärung durch den Täter selbst abgegeben werden oder dieser sich diese zu eigen gemacht haben muss.²⁷ Für das Liken²⁸ und Teilen²⁹ von Inhalten in sozialen Medien ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen darin ein Zueigenmachen liegt. Nach hier vertretener Auffassung kann ein Zueigenmachen weder beim Teilen noch beim Liken angenommen werden, wenn nicht im Einzelfall besonde-

²⁴ Vgl. mit einem weitergehenden Überblick *Cornelius*, ZRP 2014, 164, 165 f.; *Ruppert*, K&R 2020, 637, 639 ff.

²⁵ *Selman/Simmler*, ZStrR 136 (2018), 248, 277.

²⁶ Bezirksgericht Zürich, Urte. v. 29.5.2017 – GG 160246-L/U, MMR 2018, 220; Schweiz. Bger, Urte. v. 29.1.2020 – 6B_1114/2018, MMR 2020, 382; vgl. dazu *Selman/Simmler*, ZStrR 136 (2018), 248, 261.

²⁷ BGH, Urte. v. 20.2.1990 – 3 StR 278/89, BGHSt 36, 363, 367; *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 2; *Roxin*, in: FS Rengier, 2018, 93, 97 m.w.N.

²⁸ Dagegen *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 185 Rn. 1; dafür *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 4; *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu §§ 185 ff. Rn. 22a.

²⁹ Dafür *Volkman*, MMR 2018, 58, 62; *Zaczyk* (Fn. 28), Vorbemerkungen zu §§ 185 ff. Rn. 22a; dagegen *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 4; *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 559.

re Indizien dafür sprechen. Ein Teilen lässt sich als bloßer Hinweis auf einen Inhalt verstehen, ohne dass hiermit zwingend eine Wertung verbunden ist.³⁰ Ein Liken kann unterschiedliche Aussagegehalte haben. Während manche Nutzer mit dieser Funktion Zustimmung ausdrücken, verwenden andere sie als bloßes Lesezeichen. Die Annahme, dass ein Nutzer einen Inhalt liket, um ihn wie einen eigenen verstanden zu wissen, wird der Komplexität der Kommunikation im Internet nicht gerecht.

Geht es um eine mögliche strafbare Beteiligung an Äußerungsdelikten, ist beim Liken und Teilen von Beiträgen auch zu berücksichtigen, dass die Unterstützung durch diese Interaktionen erst erfolgt, wenn eine Äußerung bereits in der Welt ist. Mit anderen Worten ist die Tat, an der eine Teilnahme in Betracht kommt, bereits vollendet. In diesem Fall lässt sich über die Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe nachdenken, die in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung einer Tat möglich ist. Das tatsächliche Unrecht einer Tat erscheint noch nicht als abgeschlossen, wenn ein rechtswidriger Beitrag im Internet abrufbar ist und mit ihm interagiert wird. Üblicherweise wird bei Äußerungsdelikten allerdings ein Zusammenfallen von Vollendung und Beendigung angenommen.³¹ Dies hieße, dass es nach der Veröffentlichung eines strafbaren Beitrags kein Fenster für eine Beteiligung mehr gäbe. Der Realität wird das nicht gerecht. Eine Beleidigung, die in einem sozialen Netzwerk zu lesen ist, entfaltet möglicherweise erst dann spürbar verletzendende Wirkung, wenn sie geteilt und geliket wird. Daher ist bei Äußerungsdelikten in derartigen Kontexten die Möglichkeit anzunehmen, dass sie auf eine dauerhafte Weise begangen werden, solange der jeweilige Beitrag abrufbar ist und Interaktionen mit ihm möglich sind.³²

Das geltende Strafrecht sieht also durchaus Möglichkeiten vor, Handlungen und Interaktionen, die in Cybermobs und Shitstorms stattfinden, zu erfassen. Ganz passend erscheinen die hier anwendbaren Regelungen zur Behandlung dieser Phänomene aber nicht. Die einschlägigen Tatbestände berücksichtigen nicht jene Belastungen, die durch die Gesamtsituationen entstehen, einem Cybermob ausgesetzt zu sein. Aus der Masse von Äußerungen und Belästigungen kann ein besonderer psychischer Druck entstehen, der den Betroffenen in seinem Empfinden und Verhalten massiv beeinträchtigen kann.³³ Ob sich diese Beeinträchtigung durch eine Strafbarkeit wegen Beleidigung und der Beihilfe zu dieser abbilden lässt, ist zweifelhaft.

Zu der tatsächlichen Beeinträchtigung, die durch das Schwarmverhalten von Cybermobs entstehen kann, scheint aus dem Strafgesetzbuch am ehesten

³⁰ *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 2; *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 559.

³¹ Die Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe daher ablehnend *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 407.

³² So auch *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 561; ähnlich *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 3 ff.

³³ Vgl. *Gomille*, ZUM 2021, 81, 83.

noch der Straftatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) zu passen. Danach macht sich strafbar, wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung nicht unerheblich zu beeinträchtigen, indem er wiederholt bestimmte Handlungen wie etwa Bedrohungen oder Kontaktversuche vornimmt. Grund für die Strafbarkeit der Nachstellung ist die Kumulation einzelner Handlungen von einer einzelnen Person, die zu einer besonderen psychischen Belastung des Betroffenen führen. Bei Cybermobbing und Shitstorms geht es um die Kumulation von Handlungen, die von vielen verschiedenen Personen ausgehen, aber ähnliche Folgen haben. Aus diesem Grund kann § 238 StGB das Verhalten von Cybermobs auch nicht angemessen erfassen. Beteiligte an diesen Phänomenen nehmen die tatbestandsmäßigen Handlungen nicht unbedingt wiederholt vor.³⁴

2. Möglichkeiten zur Fortbildung des Strafrechts

Sollte das Strafrecht die besonderen Gefahren und Dynamiken von Cybermobs und Shitstorms durch neue Regelungen näher berücksichtigen? In jedem Fall wird es die rechtlichen Antworten nicht allein finden können. Phänomene wie das Cybermobbing und seine Bekämpfung sind nicht nur im Kontext des Strafrechts, sondern auch im breiteren Kontext der Regulierung sozialer Medien zu betrachten. Das Instrumentarium zivilrechtlicher und ordnungsrechtlicher Instrumente wächst ständig und sieht mit dem Digital Services Act der Europäischen Union³⁵ einem neuen Meilenstein entgegen. Gerade Regelungen, die den Betreibern von Plattformen neue infrastrukturelle Verpflichtungen auferlegen, sind aktuell von Interesse. Sie können sich auch auf das Strafrecht auswirken, wenn es etwa um die Verantwortlichkeit der Betreiber und den möglichen Vorwurf eines strafbaren Unterlassens geht.³⁶

Die besonderen Gefahren von virtuellen Gruppendynamiken, die sich im realen Bereich auswirken können, könnten eine Erweiterung der Strafbarkeit wegen Cybermobbing rechtfertigen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bisher gegen die Einführung neuer strafrechtlicher Regelungen gegen das Cybermobbing positioniert und dies mit der Komplexität des Phänomens sowie damit begründet, dass das geltende Strafrecht bereits flexible und situationsgerechte Reaktionen ermögliche.³⁷ Bisherige Diskussionen um eine Anpassung der Regelungen zum Cybermobbing bezogen sich allerdings eher auf

³⁴ Vgl. *Cornelius*, ZRP 2014, 164, 166.

³⁵ Vgl. hierzu *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 4 ff.; *Eisenreich*, RD 2021, 289 ff.; *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115 ff.; *Schmid/Greve*, MMR 2021, 279 ff.; *Spindler*, GRUR 2022, 593 ff.

³⁶ Vgl. zu der Möglichkeit einer Strafbarkeit der Betreiber wegen Unterlassens *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 404 ff.; *Eckel/Rottmeier*, NSZ 2021, 1, 5 ff.; das aktive Tun durch den Betrieb von Plattformen betonen *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522.

³⁷ BT-Drs. 19/6174, 5.

ehrverletzenden Handlungen Einzelner, die vor einem großen Publikum begangen werden,³⁸ als auf komplexe Schwarmphänomene.

Mit Blick auf die verletzenden Wirkungen von Schwarmverhalten in sozialen Medien ließe sich ein Tatbestand entwerfen, der ähnlich § 231 und § 184j StGB auf hierdurch ausgelöste schwerwiegende Folgen abstellt. Eine solche schwere Folge könnte etwa eine psychische Belastung sein, die in einem Suizidversuch des Betroffenen mündet. Als regelungstechnisches Vorbild hierfür könnte die erhebliche Beeinträchtigung der Lebensgestaltung dienen, auf die § 238 StGB abstellt. Hierunter fallen beispielsweise der Wechsel von Wohnort oder Arbeitsplatz,³⁹ der soziale Rückzug oder erhebliche Veränderungen der Alltagsgestaltung.⁴⁰ Dies sind Folgen, die sich nicht nur in derart krassen Fällen wie jenem des „Drachenlords“ feststellen lassen. Problematisch erscheint bei einem Internetmob anders als bei einem Straßenmob oder einer Schlägerei allerdings, wie weit der Kreis der Beteiligten gezogen werden könnte oder sollte.⁴¹ Wem genau könnte man die Beteiligung an einem Cybermob zum strafrechtlichen Vorwurf machen? Nicht jeder, der in einer Kommentarspalte oder über Interaktionen in sozialen Medien in einem mobartigen Geschehen präsent ist, trägt auch zu dessen Eskalation bei. Zudem ist der Bereich, in dem ein Mob agiert, im virtuellen Raum kaum sinnvoll einzugrenzen, da es an einem räumlichen Maßstab fehlt. Wie so oft stößt die Übertragung einer Regelungsidee aus der Realwelt bei ihrer Übertragung in den virtuellen Bereich an die Grenzen seiner Eigengesetzlichkeiten.

Wollte man die Problematik des schwarmartigen Cybermobbings also strafrechtlich erfassen, müssten zumindest die tatbestandlichen Handlungen konkreter beschrieben werden als die bloße Beteiligung am Geschehen eines Cybermobs. Dies spricht dafür, weiterhin eigenständig feststellbare Beleidigungen und Bedrohungen zum Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit zu machen. Bei Eintritt einer schweren Folge aufgrund des Wirkens eines Cybermobs ließe sich etwa ein Qualifikationstatbestand regeln.

Alles in allem erscheint es wahrscheinlich, dass sich der Strafgesetzgeber in Zukunft noch einmal mit einer Regelung zum Cybermobbing befassen wird. Ein möglicher Anknüpfungspunkt dafür ist Art. 9 des jüngst von der EU-Kommission vorgestellten Entwurfes einer Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt.⁴² Dieser sieht Mindeststandards für einen strafrechtlichen Schutz gegen Cybermobbing vor. Demnach haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass es unter Strafe gestellt wird,

³⁸ Vgl. hierzu auch der in Österreich im Jahr 2016 eingeführte „Cybermobbing-Tatbestand“ in § 107c ÖStGB.

³⁹ BT-Drs. 16/575, 8.

⁴⁰ Gericke, in: MünchKomm StGB, 4. Aufl. 2021, § 238 Rn. 49 m. w. N.

⁴¹ Selman/Simmler, ZStrR 136 (2018), 248, 279.

⁴² COM(2022) 105 final.

wenn jemand gemeinsam mit anderen einen Angriff gegen eine Person initiiert, „indem einer Vielzahl von Endnutzern mittels Informations- und Kommunikationstechnologien Material mit Drohungen und Beleidigungen zugänglich gemacht wird, was zur Folge hat, dass der angegriffenen Person erheblicher psychischer Schaden zugefügt wird.“⁴³ Die Formulierung hebt die Auswirkungen eines schädigenden Verhaltens vieler hervor. Im Übrigen legt sie es nahe, bei der Strafbarkeit auf eine qualifizierte Form von Beleidigungen und Drohungen abzustellen.

IV. Fazit

Das individualbezogene Strafrecht und die Rechtsgutsverletzungen, die aus komplexem Schwarmverhalten folgen, stehen in einem Spannungsverhältnis. Im virtuellen Bereich sind neuartige Gefährdungen entstanden, die Verantwortungsdiffusionen mit sich bringen, die sich schwerer in den Griff bekommen lassen als im räumlich abgrenzbaren Geschehen der Realwelt. Wer in einem Cybermob, der seinem Opfer schwere psychische Schäden zufügt, ein „Like“ hinterlässt, kann nicht so zur Verantwortung gezogen werden wie der Beteiligte an einer Schlägerei, bei der jemand ein Auge verliert. Eine ausufernde neue Strafbarkeit für die Beteiligung an gefährlichen Massenphänomenen im Internet würde mehr Probleme schaffen als sie lösen würde. Es ist insofern zu begrüßen, dass der Gesetzgeber der allgemeinen Tendenz zur Schaffung weitgehender, aber praktisch eher symbolischer Tatbestände im Fall des Cybermobbings nicht gefolgt ist. Andererseits befriedigt es nicht ganz, dass die potentiell schwerwiegenden Folgen des Wirkens von Cybermobs sich rechtlich kaum abbilden lassen. Eine punktuelle Ergänzung der Delikte zum Schutz der Ehre und persönlichen Freiheit sollte daher zumindest weiter erwogen werden. Letztlich erweist sich die rechtliche Behandlung von Schwarmphänomenen und die Bewältigung ihrer möglichen Gefahren als komplexe intradisziplinäre Aufgabe, bei der es gilt, das zivilrechtliche, ordnungsrechtliche und strafrechtliche Instrumentarium in einem Gesamtbild zu betrachten.

⁴³ Vgl. hierzu *Hoven*, ZRP 2022, 118, 119 f.

Die deliktische Haftung der Schwarmglieder

Christian Gomille

I.	Einleitung.....	89
II.	Was ist ein Schwarm?.....	90
	1. Die Bedeutung im ursprünglichen Zusammenhang.....	90
	2. Gesellschaften und Ansammlungen	91
	3. Versammlungen u.ä.	92
	4. Die Übertragung in virtuelle Welten	93
III.	Aus dem Schwarm heraus begangene unerlaubte Handlungen.....	93
	1. Die unerlaubte Handlung eines Schwarmglieds.....	93
	2. Der unmittelbare Schädiger ist bekannt.....	95
	3. Der unmittelbare Schädiger ist nicht bekannt	95
IV.	Unerlaubte Handlungen „des Schwarms“.....	100
	1. Der Geldentschädigungsanspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	100
	2. Die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung ergibt sich erst aus dem Handeln im Schwarm	101
V.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	103

I. Einleitung

Im Sommer 2012 berichtete der Publizist *Linus Neumann* auf netzpolitik.org, dass er sich bei der *Axel Springer SE* per E-Mail über den Erhalt einer Gratis-Ausgabe der Bildzeitung beschwert und bei dieser Gelegenheit um Auskunft darüber gebeten habe, welche personenbezogenen Daten über ihn die *Axel Springer SE* verarbeite.¹ In der Folge taten es beinahe eine Viertelmillion Menschen *Linus Neumann* gleich, was zu einer zeitweisen Überfüllung und Unbrauchbarkeit der betroffenen E-Mail-Adressen der *Axel Springer SE* führte. Solche sog. „Mailbomben“ sind nur eines von verschiedenen, insbesondere mit der Nutzung von Internetmedien einhergehenden gesellschaftlichen Phänomenen, für die sich in den vergangenen Jahren die metaphorische Be-

¹ *Neumann*, Gratis-Bild: Den Springer-Verlag effektiv zurücktrollen, abrufbar unter <<https://netzpolitik.org/2012/gratis-bild-den-springer-verlag-effektiv-zuruecktrollen/>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 17.8.2022 abgerufen).

schreibung als „Schwarm“ immer weiter verbreitet hat. Andere Beispiele sind etwa (i) die kollektive Meinungskundgabe insbesondere in sozialen Medien oder auch (ii) sog. Challenges wie z.B. die Jerusalema-Challenge aus dem Jahr 2020, bei der weltweit Belegschaften von Krankenhäusern, Feuerwehren etc. zu dem Song „Jerusalema“ von Master KG tanzten und ihre Videos in die sozialen Netzwerke hochluden.

Freilich gehen mit solchen virtuellen Zusammenkünften von Menschen zuweilen auch Gefahren für rechtlich geschützte Interessen anderer einher: Die Mailbombe kann verwendet werden, um einen Mitbewerber zu schädigen, die kollektive Meinungskundgabe kann sich zu einem regelrechten „Shitstorm“ entwickeln, der das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen schwer beeinträchtigt, und in Zusammenhang mit Video-Challenges können fremde Urheberrechte verletzt werden. Vor diesem Hintergrund soll es nachfolgend um den angemessenen deliktsrechtlichen Umgang mit solchen sog. Schwarmphänomenen gehen. Dabei wird am Anfang der Versuch stehen, einige Charakteristika des Schwarms herauszuarbeiten. Hier wird sich zeigen, dass unter den Schwarmbegriff keineswegs nur digitale, sondern auch ganz und gar analoge menschliche Zusammenkünfte fallen können, insbesondere die klassische Demonstration auf dem örtlichen Marktplatz. Es schließt sich eine Untersuchung von verschiedenen deliktsrechtlichen Haftungs- und Zurechnungsmodellen im Hinblick darauf an, ob und ggf. in welchem Umfang sie es ermöglichen, die einzelnen Schwarmglieder wegen durch den Schwarm oder aus dem Schwarm heraus begangener Rechts- und Rechtsgutsverletzungen in Anspruch zu nehmen.

II. Was ist ein Schwarm?

1. Die Bedeutung im ursprünglichen Zusammenhang

Im ursprünglichen biologischen Kontext spricht man von einem Schwarm, wenn sich eine große Anzahl von regelmäßig gleichartigen Tieren, die keine Säugetiere sind, zu einem mobilen Verband zusammenschließen.² Dieser Zusammenschluss ist eher locker und erfolgt ohne soziale Bindungen zwischen den einzelnen Tieren allein aufgrund äußerer Umstände. Ein weiteres Charakteristikum des Schwarms ist seine dezentrale, nicht hierarchische Struktur. Stets kommunizieren die Tiere nur mit ihren unmittelbaren Nachbarn und bewegen

² Lexikon der Biologie, Spektrum.de, abrufbar unter <<https://www.spektrum.de/lexikon/biologie/schwarm/60107>>.

sich dennoch alle in dieselbe Richtung. Mitunter wird diese nur lockere Struktur als „kollektive Selbstorganisation“ der Schwarmtiere bezeichnet.³

Trotz der nur lockeren Struktur ist ein Schwarm aber mehr als eine bloß zufällig räumlich gleichzeitige Anwesenheit von vielen Tieren der gleichen Art. Denn der Begriff des Zusammenschlusses impliziert, dass die einzelnen Schwarmglieder jedes für sich und alle gemeinsam einen identischen Zweck verfolgen. Dabei kann es ganz einfach darum gehen, dass jedes einzelne Schwarmtier in der Masse deutlich besser vor Fressfeinden geschützt ist, als wenn es für sich alleinstünde. Über diese Suche nach und Gewähr von Schutz hinaus können die Tiere im Schwarm aber auch kognitive Probleme lösen, die sie allein kaum oder womöglich gar nicht bewältigen könnten.⁴ Beispielsweise finden Zugvögel im Schwarm die effizienteste Route auf dem Weg von Norden nach Süden und umgekehrt, Fische finden die Wege zu ihren angestammten Laichplätzen und ausgeschwärmte Bienen finden einen Nistplatz, um dort ein neues Volk zu gründen.

2. Gesellschaften und Ansammlungen

Nach dem linguistischen Prinzip der Similarität kann der Begriff „Schwarm“ metaphorisch nur auf solche Phänomene der menschlichen Gesellschaft übertragen werden, die den im ursprünglichen Bedeutungszusammenhang beschriebenen Phänomenen aus dem Tierreich in wesentlichen Punkten ähnlich sind.⁵ Deshalb sollte der Schwarmbegriff nur zur bildhaften Beschreibung solcher Menschengruppen verwendet werden, deren Mitglieder (1.) zahlreich und (2.) untereinander nur locker und insbesondere nicht hierarchisch verbunden sind sowie (3.) einen gemeinsamen Zweck verfolgen.

Vor diesem Hintergrund kann zunächst eine Gesellschaft nicht als ein Schwarm angesehen werden, und zwar auch dann nicht, wenn sie sich aus einer immens großen Anzahl von Gesellschaftern zusammensetzt. Denn zwar ist die Förderung eines gemeinsamen Zwecks durch die Mitglieder gerade eine der typischen Eigenarten der Gesellschaft.⁶ Jedoch besteht eine weitere Eigenart jeder Gesellschaft darin, dass ihre Mitglieder sich mit Rechtsbindungen verpflichten, den gemeinsamen Zweck durch die Leistung eines bestimmten Beitrags zu fördern.⁷ Eine nur lockere Verbindung besteht also nicht einmal im Fall der bloßen Innen-GbR, mag diese sich im Übrigen auch gerade durch die fehlende Verfassung und damit nicht-hierarchische Verbin-

³ Vgl. *Breuer*, Schwarmintelligenz im Internet, DLF-Sendung vom 28.6.2012, abrufbar unter <<https://www.deutschlandfunk.de/schwarmintelligenz-im-internet-100.html>>; *Rittger*, Wettbewerbsvorteil Anpassungsfähigkeit, 2006, S. 22.

⁴ *Rösch*, Wirbel im Schwarm, abrufbar unter <<https://www.mpg.de/18879846/schwarm>>.

⁵ Vgl. *Pfefferkorn*, in: Haß/Storjohann, Handbuch Wort und Wortschatz, 2015, S. 473.

⁶ *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 146.

⁷ *Schäfer* (Fn. 6), § 705 BGB Rn. 17.

derung ihrer Mitglieder auszeichnen.⁸ Wenn Gesellschaften und Schwärme sich danach jedenfalls in einem jeweils konstitutiven Kriterium voneinander unterscheiden, dann folgt daraus weiter, dass sich die deliktische Haftung der einzelnen Schwarmglieder nicht über die entsprechenden Haftungs- und Zurechnungsregeln des Gesellschaftsrechts konstruieren lässt.

Neben den Gesellschaften lassen sich aber auch solche Personengruppen nicht sinnvoll als Schwärme bezeichnen, die man im Versammlungsrecht herkömmlich als „Ansammlungen“ bezeichnet. Hier kommen Menschen am selben Ort zusammen, ohne dass sie einen gemeinsamen Zweck verfolgen.⁹ So liegt es namentlich dort, wo jede Einzelperson ihren individuell verfolgten Zweck erreichen kann, ohne dabei auf die Mitwirkung der anderen anwesenden Personen angewiesen zu sein.¹⁰ Typische Beispiele für solche Ansammlungen sind Schaulustige bei einem Verkehrsunfall oder auch Menschaufmärsche an Informationsständen.¹¹

3. *Versammlungen u. Ä.*

Keine Ansammlung, sondern eine Versammlung i. S. d. Art. 8 Abs. 1 GG liegt jedenfalls dort vor, wo eine Personengruppe physisch am selben Ort zusammenkommt, um gemeinsam eine Meinung kundzutun.¹² Hier wirkt der gemeinsame Auftritt als Verstärker für die Botschaft eines jeden einzelnen Teilnehmers. Zugleich besteht zwischen ihnen keine andere, insbesondere rechtlich verfasste Verbindung als eben die Verfolgung des gemeinsamen Kundgabezwecks. Deshalb ist die Verbindung zwischen den Teilnehmern auch locker und nicht hierarchisch. Unter der weiteren Voraussetzung, dass die Versammlung zur kollektiven Meinungskundgabe eine hinreichend große Zahl an Teilnehmern hat, ist ihre metaphorische Beschreibung als ein „Schwarm“ von Demonstranten somit durchaus treffend.

Wie bereits erwähnt bauen Menschen zueinander aber schon dann eine innere Verbindung durch eine gemeinsame Zweckverfolgung auf, wenn jeder einzelne von ihnen seinen individuell verfolgten Zweck nicht ohne die jeweils anderen erreichen kann. Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls der Schwarmbegriff nicht auf die kollektive Meinungskundgabe beschränkt sein, sondern muss alle gemeinsam unternommenen Aktivitäten umfassen, die entweder nur in der Gruppe Sinn ergeben oder bei denen die Teilnehmer

⁸ BGH, Urt. v. 24.2.1954 – II ZR 3/53, BGHZ 12, 308, 314 f.; *Schöne*, in: BeckOK, Stand: 1.5.2022, § 705 BGB Rn. 158.

⁹ *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 96. EL 2021, Art. 8 Rn. 47.

¹⁰ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2022, Rn. 883.

¹¹ *Depenheuer* (Fn. 9), Art. 8 Rn. 47.

¹² BVerfG, Beschl. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 Rn. 63; Beschl. v. 27.10.2016 – 1 BvR 459/10, BVerfGE 143, 161 Rn. 110; *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 885.

gerade ein Gruppenerlebnis herstellen und verspüren wollen. Demnach bilden namentlich auch die Teilnehmer sog. Flashmobs, wie z. B. über soziale Medien verabredete Kissenschlachten, das „Ringsaufen“ in der Berliner S-Bahn oder auch Musik- und Tanzchoreographien im öffentlichen Raum, ebenso einen Schwarm wie die Besucher von sog. Massenpartys oder von Sport- und Unterhaltungssevents.¹³

4. Die Übertragung in virtuelle Welten

Das Internet und dort insbesondere die sozialen Medien haben zwischenzeitlich freilich eine neue Form der Öffentlichkeit geschaffen, in der nahezu beliebig große Gruppen von Menschen zu einem gemeinsamen Zweck agieren können, ohne dabei – wie es die Versammlung i. S. d. Art. 8 Abs. 1 GG nach h. M. erfordert¹⁴ – gleichzeitig am selben Ort physisch zusammenkommen zu müssen.

Namentlich für die kollektive Meinungskundgabe erweist sich diese neue Form von Öffentlichkeit als besonders geeignet, denn zum einen können über Funktionalitäten der sozialen Netzwerke wie „ liken“ oder „ teilen“ Informationen lawinenartig verbreitet werden, und zum anderen bleiben diese Informationen jedenfalls für eine gewisse Zeit im wahrnehmbaren Bereich gespeichert und hallen deshalb womöglich länger nach als klassische Demonstrationen in der physisch-realen Welt. Sofern auch in diesen virtuellen Öffentlichkeiten die Voraussetzungen (1.) der großen Zahl, (2.) der gemeinsamen Zweckverfolgung und (3.) der lockeren und nicht-hierarchischen Struktur erfüllt sind, sind auch solche Internetphänomene mit der Schwarmmetapher recht treffend beschrieben.

Freilich sollte man auch hier den Schwarmbegriff nicht über inhaltliche Anforderungen an den verfolgten Zweck restringieren. Vielmehr sind auch die „Jerusalema“-Challenge und vergleichbare Fälle als Schwärme anzusehen.

III. Aus dem Schwarm heraus begangene unerlaubte Handlungen

1. Die unerlaubte Handlung eines Schwarmglieds

Werden aus einem solchen Schwarm heraus die Rechte oder Rechtsgüter Dritter verletzt, so folgt die deliktische Haftung des einzelnen Schwarmglieds meist daraus, dass es die unerlaubte Handlung allein oder einvernehmlich

¹³ Zur Frage, ob solche Zusammenkünfte die Anforderungen an den Versammlungsbe-griff des Art. 8 Abs. 1 GG erfüllen vgl. *Neumann*, NVwZ 2011, 1171, 1173.

¹⁴ *Schneider*, in: BeckOK, Stand: 15.5.2022, Art. 8 GG Rn. 11.3; *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 889; a. A. *Möhlen*, MMR 2013, 221, 227; *Welzel*, MMR 2021, 220, 221.

zusammenwirkend mit anderen unmittelbar selbst begangen hat. Hier ist die rechtliche Beurteilung im Ausgangspunkt denkbar einfach. Denn natürlich hat derjenige, der im vermeintlichen Schutz einer Demonstration unmittelbar selbst fremdes Eigentum verletzt, den von ihm angerichteten Schaden nach § 823 Abs. 1 BGB ebenso zu ersetzen, wie derjenige mindestens Unterlassung und Beseitigung schuldet, der im Rahmen eines Shitstorms im Internet Beleidigungen oder unwahre Tatsachenbehauptungen über den Betroffenen veröffentlicht oder verbreitet.

Allerdings wird man an dieser Stelle über die Deliktsqualität einzelner Verhaltensweisen innerhalb des Schwarms durchaus diskutieren können. Das betrifft namentlich die Fälle, in denen ein Nutzer den rechtsverletzenden Inhalt nicht selbst erstellt, sondern ihn per Mausclick lediglich „likt“ oder ihn mit anderen Nutzern teilt. Hier haftet der jeweilige Nutzer wie der Autor des rechtsverletzenden Beitrags selbst, wenn er sich den fremden Beitrag durch seinen Mausclick zu eigen macht, was nach der Rechtsprechung des BGH auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu beurteilen ist.¹⁵ Dabei darf das Zu-eigen-Machen eines fremden Inhalts nicht voreilig bejaht werden.¹⁶ Erforderlich ist vielmehr, dass die fremde Äußerung so in den Gedankengang eingefügt wird, dass die gesamte Äußerung als eigene erscheint.¹⁷

Auf Basis dieser allgemeinen Grundsätze kommen wenigstens Teile der Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass sich jedenfalls derjenige einen fremden rechtsverletzenden Beitrag zu eigen macht, der diesen teilt und obendrein mit einem „Like“ versieht oder anderweitig seine Zustimmung äußert.¹⁸ Dem ist zuzustimmen, denn zum einen liegt in dem Teilen des Beitrags eine Vergrößerung von dessen Empfängerkreis und zum anderen wird durch die ausdrücklich erklärte inhaltliche Zustimmung der – wenn auch kurze – Gedankengang des Nutzers deutlich. Das unkommentierte Teilen des fremden rechtsverletzenden Beitrags bringt demgegenüber keinerlei innere Einstellung des teilenden Nutzers zum Ausdruck und kann schon deshalb nicht für ein Zu-eigen-Machen genügen.¹⁹ Das schließt allerdings nicht auch die Verbreiterhaftung aus,²⁰ denn diese erfasst gerade die Fälle, in denen der Täter einen fremden Inhalt Dritten zugänglich macht, ohne ihn sich zu eigen zu machen.²¹

¹⁵ BGH, Urt. v. 14.1.2020 – VI ZR 496/18, NJW 2020, 1587 Rn. 39.

¹⁶ BGH, NJW 2020, 1587 Rn. 39.

¹⁷ BGH, Urt. v. 27.3.2012 – VI ZR 144/11, NJW 2012, 2345 Rn. 11.

¹⁸ OLG Dresden, Urt. v. 7.2.2017 – 4 U 1419/16, MMR 2017, 542, 543.

¹⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 26.11.2015 – 16 U 64/15, MMR 2016, 489, 490; OLG Dresden, MMR 2017, 542, 543; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand: 1.7.2022, § 823 Rn. 1660.

²⁰ *Selman/Simmler*, ZStrR 136 (2018), 248, 261.

²¹ BGH, Urt. v. 25.4.1958 – I ZR 97/57, NJW 1958, 1043; Urt. v. 10.10.1969 – V ZR 155/66, NJW 1970, 187, 189; Urt. v. 23.2.1995 – I ZR 75/93, NJW 1995, 1965, 1966; *Wagner*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 824 Rn. 31.

Hier ist der Unterlassungsanspruch allerdings auf das „Teilen“ als maßgebliche Verletzungshandlung beschränkt. Entsprechendes gilt – sofern man diesem Verhalten überhaupt einen selbständigen deliktsrechtlichen Unwert zuerkennen möchte²² –, wenn der Nutzer den fremden rechtswidrigen Beitrag lediglich mit einem „Like“ markiert.

2. Der unmittelbare Schädiger ist bekannt

Unter der Prämisse, dass der Geschädigte den unmittelbaren Schädiger kennt, wird dessen Inanspruchnahme häufig auch effektiv sein.²³ Das gilt abstrakt-generell jedenfalls, wenn – wie bei der einfachen Eigentumsverletzung – der Geschädigte sich nur mit einem einzelnen Täter und ggf. nur wenigen Mit- oder Nebentätern auseinandersetzen muss.

Dort aber, wo dasselbe Recht oder Rechtsgut einer massenhaften Verletzung durch viele vollendete Einzeldelikte ausgesetzt ist, wird ein Vorgehen gegen alle Verletzer schnell sehr ressourcenintensiv. Zwar mag diese hohe Ressourcenintensität die Effektivität des deliktischen Rechtsschutzsystems auch für solche Fälle nicht generell infrage stellen. Denn immerhin war z.B. *Warner Music* durchaus in der Lage, hunderte von Abmahnschreiben an Teilnehmer der „Jerusalema-Challenge“ zu versenden, weil diese mit ihren auf Youtube, Instagram, TikTok & Co. hochgeladenen Tanzvideos vermeintlich das Synchronisationsrecht der Tonträgerherstellerin verletzt hätten.²⁴ Eine natürliche Person allerdings, die sich tausenden von Beleidigungen und/oder üblen Nachreden in Internetmedien gegenüber sieht, wird kaum jemals über die Mittel und die Ausdauer verfügen, ihr Persönlichkeitsrecht gegen jeden einzelnen Verletzer zu verteidigen. Hier bieten dann allenfalls negatorische Ansprüche gegen die Betreiber der Medien, über die die massenhafte Verbreitung der rechtswidrigen Inhalte stattgefunden hat, eine Möglichkeit zur Beendigung der Angriffe auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

3. Der unmittelbare Schädiger ist nicht bekannt

Allerdings ergibt sich für den Geschädigten bei solchen aus dem Schwarm heraus begangenen Delikten häufig ein ganz anderes, vorgelagertes Problem. Man denke nur etwa an eine eskalierte Demonstration klassischen Formats oder auch an eine Flashmob-Veranstaltung wie das sog. „Ringsaufen“ in der Berliner S-Bahn: Hier wird der Geschädigte nach dem Abzug der Men-

²² Tendenziell eher bejahend *Selman/Simmler*, ZStrR 136 (2018), 248, 262.

²³ Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, WD 10 – 3000 – 063/18, S. 23 f.

²⁴ Siehe dazu etwa „Muss ich bei selbstgedrehten Musikvideos zahlen?“, Zeit Online, 21.2.2021, <<https://www.zeit.de/news/2021-02/21/muss-ich-bei-selbstgedrehten-musikvideos-zahlen>>.

schenmenge regelmäßig vor seinem beschädigten Eigentum stehen und den unmittelbaren Schädiger nicht namhaft machen können. Es stellt sich dann die Frage, bis wohin der Geschädigte solche aus dem Schutz bzw. der Anonymität des Schwarms heraus begangene Rechts- und Rechtsgutsverletzungen als Teil seines allgemeinen Lebensrisikos hinzunehmen hat.

a) *Die Inanspruchnahme der „Schwarminitiatoren“*

Rechtsprechung und Literatur lösen das Problem über die Figur der Verkehrssicherungspflicht. Voraussetzung ist, dass man konkrete Personen benennen kann, die den „Schwarm“ als Gefahrenquelle erschaffen haben und deshalb im Rahmen des Zumutbaren zum Ergreifen von Sicherungsmaßnahmen verpflichtet sind, damit aus dem Schwarm heraus Rechte und Rechtsgüter Dritter möglichst nicht verletzt werden.²⁵ Bei den klassischen Demonstrationen sind diese Personen namentlich diejenigen, die öffentlich dazu aufgerufen haben und ggf. als Leiter im Sinne des § 7 Abs. 1 VersammlG fungieren. Bei Flashmob-Veranstaltungen, kollektiven Meinungskundgaben u. Ä. m. ist dementsprechend auf die Personen abzustellen, die die Schwarmbildung durch ihre ursprünglichen Postings initiiert haben.

Manche Gerichte sahen solche Personen dabei sogar als Garanten für das Ausbleiben von Rechts- oder Rechtsgutsverletzungen an.²⁶ So soll es jedenfalls liegen, wenn eine Eskalation der Veranstaltung objektiv vorhersehbar sei oder sogar nahe liege. Vor diesem Hintergrund wurde beispielsweise der Asta einer baden-württembergischen Universität, der zu einem „aktiven Proteststreik“ in einem Hörsaal aufgerufen hatte, für sämtliche Gebäudeschäden haftbar gemacht, die namentlich unbekannte Teilnehmer der Veranstaltung verursacht hatten.²⁷

Legte man dies zugrunde, hätten gewiss auch die Aufrufer zu dem schadensgeneigten Flashmob „Ringsaufen“ deliktsrechtlich für Schäden an der Infrastruktur der Berliner S-Bahn einzustehen. Freilich ist diese strenge Sichtweise von Teilen der Rechtsprechung gleich in mehrerlei Hinsicht problematisch. So ist zunächst zu berücksichtigen, dass ein strenges zivilrechtliches Haftungsregime Rechtssubjekte davon abschrecken kann, zu Versammlungen überhaupt erst aufzurufen. Eine solche negative Anreizwirkung ist namentlich dort besonders kritisch zu sehen, wo die Versammlung unter dem besonderen Schutz

²⁵ OLG Karlsruhe, Urt. 10.4.1974 – 12 U 111/73, NJW 1974, 1824, 1825; Urt. v. 8.8.1980 – 10 U 194/79, OLGZ 1980, 494, 495; LG Hamburg, Urt. v. 30.10.1997 – 309 S 26-97, NJW 1998, 1411 f.; *Spindler*, in: BeckOGK, Stand: 1.7.2022, § 823 Rn. 511; *Wagner* (Fn. 21), § 823 BGB Rn. 808; *Hager*, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2021, § 823 Rn. E 15.

²⁶ OLG Karlsruhe, NJW 1974, 1824, 1825; der Sache nach auch LG Hamburg, NJW 1998, 1411 f.

²⁷ OLG Karlsruhe, NJW 1974, 1824, 1825.

von Art. 8 Abs. 1 GG steht.²⁸ Letzteres mag für kollektive Vergnügungen wie das „Ringsaufen“ in der Berliner S-Bahn nach h.M. zwar nicht gelten.²⁹ Dennoch bleibt hier immer noch der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG, der ebenfalls unverhältnismäßig verkürzt würde, wenn man jeden, der einen noch so harmlosen Aufruf zum gemeinsamen Spaßhaben tätigt, haftungsrechtlich mit dem Risiko jeder abstrakt denkbaren Eskalation belegen würde.³⁰

Sucht man nun nach einem Mittelweg, der die Schwarminitiatoren einerseits nicht aus jeder Verantwortung entlässt, andererseits aber auch keine unverhältnismäßigen Haftungsdrohungen statuiert, mag man sich an den Zurechnungsmaßstäben orientieren, die für die Fälle der sog. „psychisch vermittelten Kausalität“ entwickelt wurden. Danach kommt es für die eigene Haftung des Schwarminitiators darauf an, ob er mit seinem Aufruf eine Gefahrenlage schafft, die die Deliktsbegehung durch den unmittelbaren Schädiger wesentlich begünstigt.³¹ Dies wird man jedoch nur dort annehmen können, wo bereits der Aufruf keine friedliche Zusammenkunft zum Ziel hat, sondern die potentiellen Teilnehmer aufwiegelt und so eine Atmosphäre schafft, in der es mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu Schädigungen Dritter kommt.³² In allen anderen Fällen schafft der unbekanntes unmittelbare Schädiger durch sein Handeln eine völlig neue Gefahrenlage für das betroffene Recht oder Rechtsgut, für die der „Schwarminitiator“ nicht einzustehen hat.

b) Inanspruchnahme namentlich bekannter Schwarmglieder aufgrund von § 830 Abs. 2 BGB?

Allerdings wird ein Vorgehen gegen die Initiatoren in zahlreichen Fällen von eskalierten Demonstrationen nur wenig erfolgversprechend sein, was etwa daran liegen mag, dass die Aufrufe eine Haftung der Initiatoren nicht begründen können, oder aber daran, dass die Initiatoren über kein ausreichendes Vermögen verfügen, um die entstandenen Schäden ersetzen zu können. In solchen Konstellationen wird dem Geschädigten daran gelegen sein, sich

²⁸ *Wagner* (Fn. 21), § 823 BGB Rn. 808; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.1.1984 – VI ZR 37/82, BGHZ 89, 383, 395.

²⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01 und 1 BvQ 30/01, NJW 2001, 2459, 2460; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 3a; *Neumann*, NVwZ 2011, 1171, 1173.

³⁰ Vgl. *Hager* (Fn. 25), § 823 BGB Rn. E 15.

³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.1992 – VI ZR 129/91, NJW 1992, 1381, 1382; Urt. 10.12.1996 – VI ZR 14/96, NJW 1997, 865, 866.

³² OLG Karlsruhe, OLGZ 1980, 494, 495; *Wagner* (Fn. 21), § 823 BGB Rn. 808; *Hager* (Fn. 25), § 823 BGB Rn. E 15; vgl. auch BGH, BGHZ 89, 383, 393 f.; je nach Lage der konkreten Umstände können die Initiatoren hier nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht, sondern auch als Anstifter zu den von den Demonstranten begangenen Delikten nach § 830 Abs. 2 Alt. 1 BGB in die Haftung genommen werden, siehe *Wagner* (Fn. 21), § 823 BGB Rn. 808.

einzelne einfache und namentlich bekannte Schwarmglieder herauszugreifen und diese für die von ihren Mitdemonstranten verursachten Schäden in Anspruch zu nehmen.

Insoweit mag man zunächst versuchen, eine Gehilfenhaftung aufgrund von § 830 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu konstruieren. Das setzt freilich voraus, dass das als Haftungssubjekt auserkorene Schwarmglied dem unmittelbaren Schädiger zu dessen vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung vorsätzlich Hilfe geleistet hat.³³ Dieser Gehilfenvorsatz kann von vornherein nur dort gegeben sein, wo der in Anspruch Genommene zunächst objektiv eine Form von Unterstützung geleistet hat, die die Begehung des fremden Delikts in irgendeiner Form gefördert hat und für sie relevant wurde.³⁴ Zwar soll dafür grundsätzlich bereits ausreichend sein, dass das einzelne Schwarmglied mithilfe, dem unmittelbaren Schädiger den Schutz und die Anonymität des Schwarms zuteilwerden zu lassen.³⁵ Um den Gehilfenvorsatz feststellen zu können, seien aber weitergehende Verhaltensweisen des in Anspruch Genommenen erforderlich, die – wie etwa das Anfeuern oder das ostentative Zugesellen zu einer Gruppe von Personen, die gerade Delikte begehen – den Schluss zulassen, dass der in Anspruch Genommene den Schädigern den Schutz des Schwarms aktiv vermitteln wolle.³⁶ Andernfalls drohe die Haftungsandrohung des § 830 Abs. 2 Alt. 2 BGB einen unzulässig abschreckenden Effekt auf die Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG zu haben.³⁷

Begründet man diese recht hohen Anforderungen an die Haftung aus § 830 Abs. 2 Alt. 2 BGB allerdings nur mit den Wertungen des Art. 8 Abs. 1 GG, so drohen die Teilnehmer an reinen Spaßveranstaltungen sehr viel schneller als Gehilfen des unmittelbaren Schädigers schadensersatzpflichtig zu werden. Gerade bei Veranstaltungen wie dem „Ringsaufen“ in der Berliner S-Bahn liegt es insbesondere aufgrund des verabredeten Alkoholkonsums für jedermann nahe, dass es wenigstens zu Sachbeschädigungen kommen werde. Ebenso sollte jedem Teilnehmer bewusst sein, dass solche aus dem Schwarm heraus begangenen Delikte allenfalls mühevoll aufgeklärt werden können. Folglich sollte man annehmen können, dass jeder der angesichts dieser Umstände dennoch an der Schwarmveranstaltung teilnimmt, immerhin billigend in Kauf nimmt, unmittelbaren Schädigern bei deren unerlaubten Handlungen Unterstützung zu leisten.

Eine solche Sicht auf die Dinge berücksichtigt allerdings nicht hinreichend, dass das öffentliche Zusammenkommen mit anderen Menschen unabhängig von der sachlichen Reichweite des Art. 8 Abs. 1 GG stets auch der

³³ *Eberl-Borges*, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2018, § 830 Rn. 38.

³⁴ BGH, BGHZ 89, 383, 395; *Armbrüster/Schreier*, VersR 2017, 1173, 1174.

³⁵ BGH, BGHZ 89, 383, 395; *Armbrüster/Schreier*, VersR 2017, 1173, 1174.

³⁶ BGH, BGHZ 89, 383, 395; *Armbrüster/Schreier*, VersR 2017, 1173, 1174.

³⁷ BGH, BGHZ 89, 383, 395; *Armbrüster/Schreier*, VersR 2017, 1173, 1174.

Verwirklichung des eigenen allgemeinen Persönlichkeitsrechts dient.³⁸ Deshalb ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch gegenüber Personen zu beachten, die zum reinen Vergnügen mit einer Vielzahl von anderen Personen zusammenkommen. Dem würde es aber nicht entsprechen, wenn man jeden Teilnehmer an einer abstrakt-generell schadensgeneigten Massenveranstaltung schon allein wegen seiner Teilnahme zum Gehilfen solcher anderen Teilnehmer erklärte, die aus der Anonymität der Masse heraus unerlaubte Handlungen begehen. Somit ist festzuhalten, dass auch bei Vergnügungen, die in der Masse eines Schwarms gleichermaßen genossen und ausgeübt werden, für die Haftung aus § 830 Abs. 2 Alt. 2 BGB dieselben Grundsätze wie bei der unfriedlich verlaufenen Großdemonstration gelten.

c) Inanspruchnahme namentlich bekannter Schwarmglieder aufgrund von § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB?

Will der Geschädigte ein ihm namentlich bekanntes Schwarmglied, welches für aus dem Schwarm heraus begangene unerlaubte Handlungen weder als Täter nach § 823 Abs. 1 BGB noch als Teilnehmer nach § 830 Abs. 2 BGB einzustehen hat, in Anspruch nehmen, verbleibt als Anspruchsgrundlage lediglich noch § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach haften mehrere Personen als Gesamtschuldner, wenn sie – ohne Mittäter oder Teilnehmer zu sein – an einem deliktischen Schadensereignis beteiligt sind und sich nicht ermitteln lässt, welcher von den mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

Allerdings muss eine Lesart, nach der § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB bereits wegen der bloßen Zusammenkunft im Schwarm eine solidarische Haftung aller Schwarmglieder für ein aus dem Schwarm heraus verursachtes Schadensereignis anordnete, aus mehreren Gründen ausscheiden. Zum einen nämlich verlangt § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB nach Wortlaut und Systematik, dass jeder Beteiligte eine unerlaubte Handlung in Richtung auf das verletzte Recht oder Rechtsgut vorgenommen hat und lediglich die haftungsbegründende Kausalität der jeweiligen Handlung ungeklärt ist.³⁹ Und zum anderen impliziert der Beteiligtenbegriff – jedenfalls nach herrschender Meinung –, dass jede dieser Handlungen geeignet sein muss, den gesamten Schaden allein zu verursachen.⁴⁰

Man sieht also, dass § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB einen nur sehr eng begrenzten Anwendungsbereich hat, weshalb er dem Geschädigten auch nur in entsprechend wenigen Fällen von aus dem Schwarm heraus begangenen Delik-

³⁸ *Schneider* (Fn. 14), Art. 8 GG Rn. 11.1.

³⁹ BGH, Urt. v. 22.6.1976 – VI ZR 100/75, BGHZ 67, 14, 18; BGH, Urt. v. 20.6.1989 – VI ZR 320/88, NJW 1989, 2943, 2944; Urt. v. 11.1.1994 – VI ZR 41/93, NJW 1994, 932, 934; *Eberl-Borges* (Fn. 33), § 830 BGB Rn. 73.

⁴⁰ BGH, NJW 1989, 2943, 2944; 1994, 932, 934; *Wagner* (Fn. 21), § 830 BGB Rn. 76.

ten weiterhelfen kann, zum Beispiel dann, wenn mehrere Personen Steine in Richtung derselben Schaufensterscheibe werfen, sich aber nicht klären lässt, welcher der Steine die Scheibe zuerst zerstörte, und der Geschädigte immerhin einen der Werfer namentlich benennen kann. Keinesfalls ist es aber möglich, ein beliebiges Schwarmglied nur deshalb über § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB in Haftung zu nehmen, weil es eben Bestandteil des Schwarms gewesen ist, aus dem heraus die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung begangen wurde.

IV. Unerlaubte Handlungen „des Schwarms“

Unter der Überschrift „Unerlaubte Handlungen des Schwarms“ sollen schließlich noch zwei Konstellationen betrachtet werden, in denen das Agieren Vieler im Schwarm einem bestimmten Schadensgeschehen deliktsrechtlich eine neue Qualität verleiht. Wiederum geht es dabei aber um die individuelle Haftung der einzelnen Schwarmglieder. Keinesfalls kommt der Schwarm als solcher als Haftungssubjekt in Betracht, denn ihm fehlt – wie bereits weiter oben erwähnt – die dafür erforderliche (Teil)Rechtsfähigkeit.

1. Der Geldentschädigungsanspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Zunächst sei hier der Geldentschädigungsanspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den Blick genommen. Insoweit kann man sich ohne Weiteres Fälle ausdenken, in denen eine Person im Internet eine Verleumdungskampagne gegen eine andere Person starten will und zu diesem Zweck bewusst und gewollt eine unwahre Tatsachenbehauptung über diese in beliebigen sozialen Netzwerken postet.

Wegen dieser ersten Äußerungen schuldet der Erklärende dem Betroffenen Unterlassung, Beseitigung und materiellen Schadensersatz, aber noch nicht zwingend eine immaterielle Geldentschädigung. Letztere setzt nämlich zum einen eine besondere Schwere der Persönlichkeitsverletzung voraus und zum anderen, dass Abhilfe anders nicht geschaffen werden kann.⁴¹ Für diese beiden Kriterien spielt es nach der Rechtsprechung des BVerfG u. a. eine Rolle, welche öffentliche Resonanz die rechtswidrige Äußerung hervorgerufen hat.⁴² Erst wenn es dem Erklärenden tatsächlich gelingt, ausreichend viele Nutzer zur Weiterverbreitung seiner Lüge zu animieren und sich über dem Betroffenen wenigstens ein kleinerer Shitstorm zusammenbraut, kann der Betroffene

⁴¹ Siehe etwa BGH, Urt. v. 25.9.1980 – III ZR 74/78, BGHZ 78, 274, 280; BGH, Urt. v. 30.1.1979 – VI ZR 163/77, NJW 1979, 1041; Urt. v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, NJW 2003, 3693, 3697.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20, NJW 2022, 680 Rn. 37; Beschl. v. 2.4.2017 – 1 BvR 2194/15, NJW-RR 2017, 879 Rn. 12.

neben Unterlassung, Beseitigung und Ersatz der materiellen Schäden auch die immaterielle Geldentschädigung verlangen.

Als Schuldner dieses Geldentschädigungsanspruchs kommt danach zunächst wiederum derjenige in Betracht, der die Verleumdungskampagne mit seinen ersten Äußerungen gestartet hat, denn ihm ist die gesamte erzielte Breitenwirkung haftungsrechtlich zurechenbar. Hingegen können diejenigen Nutzer, die den rechtsverletzenden Beitrag lediglich verbreiten, indem sie ihn „liken“ oder „teilen“, keine Schuldner des Geldentschädigungsanspruchs sein. Zum einen sind sie als bloße Verbreiter für den Inhalt der fremden Äußerung nicht verantwortlich. Zum anderen sind sie zwar Bestandteil der für das Persönlichkeitsrecht so belastenden Menge, bringen diese durch ihre Beteiligung am Schwarm aber nicht in ausreichendem Umfang selbst hervor. Grundsätzlich trifft dieser zuletzt genannte Aspekt auch auf diejenigen Nutzer zu, die sich die fremde rechtsverletzende Äußerung sogar zu eigen machen. Anders liegt es aber, wenn der die fremde Äußerung sich zu eigen Machende ein reichweitenstarker Influencer ist, der mit seiner zustimmenden Weiterverbreitung nicht nur sein eigenes Gefolge in den Kreis der Empfänger aufnimmt, sondern dieses zugleich dazu animiert, die rechtsverletzende Äußerung wenigstens weiterzuverbreiten. Hier erfährt die ursprüngliche Äußerung bereits durch die zustimmende Weiterverbreitung des Influencers eine derart gesteigerte Aufmerksamkeit und Breitenwirkung, dass es gerechtfertigt ist, auch ihn als Schuldner des Geldentschädigungsanspruchs anzusehen.⁴³

2. Die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung ergibt sich erst aus dem Handeln im Schwarm

In der zweiten hier noch zu erörternden Fallgruppe ergibt sich die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung erst aus dem Zusammenwirken von zahlreichen Einzelaktionen, von denen jede einzelne deliktsrechtlich irrelevant ist. Ein typisches Beispiel hierfür ist die eingangs erwähnte Mailbombe, bei der ausreichend viele Mails innerhalb eines bestimmten Zeitraums zusammenkommen müssen, damit der Mailserver des Betroffenen zusammenbricht und so dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb objektiv beeinträchtigt wird.

Keine deliktsrechtlichen Probleme entstehen in diesem Zusammenhang natürlich dann, wenn die vielen E-Mails lediglich zufällig und unabhängig voneinander abgesandt werden. Anders kann es sich aber verhalten, wenn diese Form der Schwarmbildung wiederum auf einen Initiator zurückgeht. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob in dem Aufruf ein betriebsbezogener Eingriff liegt oder ob er lediglich eine sozial übliche Behinderung herbeiführt.⁴⁴

⁴³ Vgl. dazu aus der Perspektive des anglo-amerikanischen Rechtskreises *Hua*, 44 *Fordham Urb. L.J.* 1217, 1262 (2017).

⁴⁴ *Spindler* (Fn. 25), § 823 BGB Rn. 208.

Letzteres wird man jedenfalls dann zu bejahen haben, wenn die aufgerufenen Schwarmglieder mit ihren einzelnen E-Mails lediglich legitime eigene Rechte, etwa auf Auskunft, gegenüber dem Mailempfänger geltend machen. Fordert der Initiator demgegenüber dazu auf, irgendwelche Nachrichten mit möglichst großen Dateianhängen zu versenden, liegt – ähnlich einer physischen Betriebsblockade – ein betriebsbezogener Eingriff vor, für den der Initiator deliktsrechtlich einzustehen hat.

Darüber hinaus ist zu klären, ob auch die einzelnen Schwarmglieder, die dem rechtswidrigen Aufruf zur Beteiligung an einer Mailbombe gefolgt sind, für den Zusammenbruch des Servers haftbar gemacht werden können. Einerseits haben sie immerhin einen kumulativ kausalen Beitrag zu der letztlich geschehenen Rechtsverletzung geleistet. Das spricht für ihre eigene deliktische Haftung. Hinzu kommt, dass auch in den Betriebsblockadefällen grundsätzlich jeder einzelne Teilnehmer als Mit- oder Nebentäter anzusehen ist.⁴⁵ Andererseits kann in den Fällen der kumulativen Kausalität den Einzelnen der gesamte Erfolg nur dann als eigener zugerechnet werden, wenn sie mit ihren jeweils eigenen Beiträgen eine verbotene Gefahr für das letztlich verletzte Recht oder Rechtsgut geschaffen haben.⁴⁶ Das dürfte bei solch minimalen Tatbeiträgen wie der einzelnen Mail in der Mailbombe regelmäßig zu verneinen sein, so dass auch in diesen Konstellationen eine deliktische Haftung der einfachen Schwarmglieder ebenso regelmäßig ausscheidet. Der Unterschied zu den Betriebsblockadefällen besteht dabei darin, dass bereits der einzelne Mensch eine physische Barriere darstellen kann, um den reibungslosen Betriebsfortgang zu beeinträchtigen. Demgegenüber begründet eine einzelne E-Mail nur dann eine Gefahr für den Mailserver, wenn dessen Kapazitäten deutlich zu gering ausgelegt sind.

Das bedeutet freilich nicht, dass solche Mails deliktsrechtlich zwingend unerheblich wären. Vielmehr können auch sie nach den allgemeinen Regeln den Tatbestand der Belästigung erfüllen.⁴⁷ In diesem Fall schuldet der Absender aber nur die Unterlassung der Wiederholung seiner unmittelbar eigenen Mail und hat auch nur die durch seine Mail ggf. messbaren Schäden zu ersetzen.

⁴⁵ BGH, Urt. 30.5.1972 – VI ZR 6/71, BGHZ 59, 30, 34; Katzenmeier, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 823 BGB Rn. 521.

⁴⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. StGB Rn. 83.

⁴⁷ Zur Belästigung von Unternehmern durch E-Mail-Werbung vgl. BGH, Beschl. v. 20.5.2009 – I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 Rn. 12 – *E-Mail-Werbung II*.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Eine Menschengruppe, deren Mitglieder (1.) zahlreich und (2.) untereinander nur locker und insbesondere nicht hierarchisch verbunden sind sowie (3.) einen gemeinsamen Zweck verfolgen, kann metaphorisch als „Schwarm“ bezeichnet werden. Das schließt Gesellschaften und bloße Ansammlungen aus, erfasst aber insbesondere große Versammlungen in der physisch realen Welt sowie entsprechende Phänomene in virtuellen Welten.

Für aus dem Schwarm heraus begangene Rechts- und Rechtsgutsverletzungen haftet dasjenige Schwarmglied nach §§ 823 ff. BGB, das den deliktischen Haftungstatbestand unmittelbar selbst verwirklicht. Unter der Voraussetzung, dass der unmittelbare Schädiger bekannt ist, kann der deliktische Rechtsschutz gegen ihn nach den Umständen des einzelnen Falls durchaus effektiv sein. Er stößt aber rasch an praktische Grenzen, sobald eine große Anzahl von Schädigern, die untereinander weder als Mittäter noch als Teilnehmer verbunden sind, ein und dasselbe Recht oder Rechtsgut beeinträchtigen.

In Fällen, in denen der unmittelbare Schädiger nicht ermittelt werden kann, besteht unter Umständen die Möglichkeit zur Inanspruchnahme desjenigen, der den Schwarm durch seinen Aufruf initiiert hat. Das gilt aber nur, wenn bereits der Aufruf darauf abzielt, eine erhebliche und verbotene Gefahrenlage für Rechte und Rechtsgüter Dritter zu schaffen. Eine Inanspruchnahme von namentlich bekannten Schwarmgliedern, die selbst keine Aktivitäten gegen das geschädigte Recht oder Rechtsgut entfaltet haben, kommt demgegenüber nicht in Betracht, auch nicht über § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Führt das Agieren im Schwarm zu einer Intensivierung der Rechts- oder Rechtsgutsbeeinträchtigung oder ergibt sie sich erst aus der Summe von vielen, jeweils für sich betrachtet irrelevanten Tatbeiträgen, kommt abermals allenfalls die Inanspruchnahme des Schwarminitiators in Betracht. Dem einfachen Schwarmglied kann der gesamte Verletzungserfolg in aller Regel schon deshalb nicht als sein Werk zugerechnet werden, weil es durch seinen nur minimal kausalen Tatbeitrag noch keine verbotene Gefahrenlage für das betroffene Recht oder Rechtsgut schafft.

Die Plattform-Verantwortlichkeit für Schwarmchäden

Lea Katharina Kumkar

I.	Die Plattform als Haftungsadressat	106
II.	Plattformen zwischen Verantwortlichkeit und Haftungsprivilegierung	106
	1. Die Gratwanderung.....	108
	2. Das Haftungsmodell für Vermittler.....	109
III.	Besondere Sperr- und Löschpflichten nach dem NetzDG	111
IV.	Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Persönlichkeitsrechtsverletzungen	113
	1. Volle Verantwortlichkeit der Plattform für eigene und „zu eigen gemachte“ Inhalte.....	113
	2. Eingeschränkte Verantwortlichkeit für fremde Inhalte	115
	3. Besonderheiten bei Schwarmchäden.....	119
V.	Ausblick: EU-weit harmonisierte Pflichten für Vermittlungsdienste unter dem DSA.....	120
VI.	Fazit.....	121

Digitale Kommunikationsplattformen sind die wesentlichen Treiber für modernes menschliches Schwarmverhalten, indem sie die Vernetzung und Gruppenbildung im digitalen Raum vereinfachen.¹ Bedingt durch ihre offene Zugangsgestaltung und einer Philosophie größtmöglicher Offenheit (*sharing culture*) haben diese Plattformen dabei auch den Boden für Persönlichkeitsrechtsverletzungen bisher unbekannter Intensität bereitet: Persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte können durch Teilen oder Liken anderer Nutzer innerhalb kurzer Zeit auf der gesamten Plattform oder sogar plattformübergreifend verbreitet werden, wodurch sich die Verletzung kontinuierlich wiederholt bzw. intensiviert. Schwarmbezogene Persönlichkeitsrechtsverletzungen, insbesondere in Gestalt von *Shitstorms*² und *Cybermobbing*³, haben sich damit zu einem der drängendsten Probleme der heutigen Internetkultur entwickelt. Der vorliegende Beitrag geht anlässlich von *Schwarmchäden* im Bereich der Persönlichkeitsrechte der Frage nach, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Plattformbetreiber für die von seinen Nutzern über die Plattform begangenen Rechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen werden kann.

¹ Vgl. dazu *Korch/Köhler*, in diesem Band, S. 1.

² Zum Begriff *Gomille*, ZUM 2021, 81 ff.

³ Zum *Cybermobbing* aus zivilrechtlicher Perspektive *Giebel*, NJW 2017, 977.

I. Die Plattform als Haftungsadressat

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die über digitale Plattformen begangen werden, erweist sich das individuelle Vorgehen gegen die unmittelbaren Verletzer regelmäßig als wenig effizient:⁴ Viele Nutzer lassen sich schon gar nicht identifizieren, etwa weil sie unter einem Pseudonym auftreten,⁵ was der BGH vor kurzem jedenfalls unter Geltung der DSRL unter dem Gesichtspunkt des datenschutzrechtlichen Selbstschutzes für zulässig erklärt hat,⁶ oder im Ausland ansässig⁷ sind. Sofern die Identifizierung überhaupt gelingt, ist das anschließende Vorgehen gegen den Verletzer typischerweise kosten- und zeitintensiv; dies gilt insbesondere, wenn ein Gerichtsverfahren angestrengt werden muss. Dabei schafft *ein* individuelles Verfahren allein für die Betroffenen typischerweise noch keine Abhilfe: Denn digitale Inhalte weisen eine hohe Verbreitungsgeschwindigkeit auf; mit jedem Teilen oder Liken intensiviert sich die Rechtsverletzung und verlässt damit auch den Kontrollbereich des Erstverursachers. Der Betroffene steht so unter Umständen innerhalb kürzester Zeit einer Vielzahl von Verletzungen und Verletzern gegenüber. Sucht man die Lösung für den Umgang mit diesen Schwarm Schäden auf individueller Ebene, müsste der Betroffene unter Umständen gegen (hundert-)tausende Äußerungen vorgehen. Es liegt auf der Hand, dass mit dieser Lösung ein effektiver Rechtsschutz für die Betroffenen nicht gewährleistet werden kann.

II. Plattformen zwischen Verantwortlichkeit und Haftungsprivilegierung

Damit rückt naturgemäß die offen agierende Plattform – als Vermittlerin der Rechtsverletzung – in den Fokus.⁸ Da die Plattform die rechtswidrigen Inhalte aber weder selbst hergestellt noch veröffentlicht hat, sondern nur den Zugang zu diesen Inhalten vermittelt, ist ihre Inanspruchnahme grundsätzlich

⁴ Vgl. *Wagner*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 836, 844; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 337.

⁵ Zwar besteht mit § 14 Abs. 3 TMG die Möglichkeit über ein datenschutzrechtliches Gestattungsverfahren die Identität des Beklagten herauszufinden: Ein Diensteanbieter muss danach Auskunft erteilen, soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte im Sinne des § 10a Abs. 1 TMG oder § 1 Abs. 3 NetzDG erforderlich ist. Bei einem Handeln unter Pseudonym hilft dies aber wenig, vgl. *Kumkar/Rapp*, Deepfakes: Eine Herausforderung für die Rechtsordnung, ZfDR 2022, 199, 207 ff.

⁶ BGH, Urt. v. 27.1.2022 – III ZR 3/21, NJW 2022, 1314; dazu *Kumkar*, Klarnamenpflicht in sozialen Netzwerken unter der Datenschutzgrundverordnung und § 19 TTDSG, ZUM 2022, 489.

⁷ *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 836.

rechtfertigungsbedürftig: Denn das Haftungsrecht wird von dem Prinzip beherrscht, dass jeder grundsätzlich nur für das eigene Verhalten einzustehen hat. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 831 BGB darf man sich grundsätzlich darauf verlassen, dass Dritte ihr Verhalten an den Geboten der Rechtsordnung ausrichten.⁹ Gerade bei Sachverhalten, bei denen die Entscheidung über die Zulässigkeit von Nutzerinhalten von einer Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen abhängt, erweist sich die Plattform zudem in gewisser Weise als „falsche Prozesspartei“¹⁰: Denn die Plattform verfügt überhaupt nicht über die Informationen, die erforderlich sind, um den Sachverhalt abschließend beurteilen zu können.¹¹ So bezeichnet es auch *Gerhard Wagner* treffend als das „zentrale Problem der Haftungsverfassung von Plattformen [...], dass sie Verletzungen der Rechte Dritter lediglich als Intermediär die Bühne bereitet und insoweit Mittler zwischen den Fronten ist.“¹²

Ausschlaggebend für die Rechtfertigung einer Vermittlerhaftung ist aber die Überlegung, dass die Plattform durch ihr Tätigwerden überhaupt erst den Boden für Rechtsverletzungen bereitet. Es ist gerade die Bereitstellung der technischen Infrastruktur der Plattform, die es den Nutzern ermöglicht, fremde Rechte in großem Umfang zu verletzen: Ohne die Plattform wäre der *Shitstorm* kein Sturm, sondern nur ein leichter Windstoß – eine simple rechtsverletzende Äußerung unter Privaten.¹³ Zudem handeln die Plattformbetreiber keineswegs altruistisch, sondern aus eigenem (Gewinn-)Interesse. Mit dem Betrieb der Plattform wird – in der Terminologie der deliktischen Verkehrspflichten – eine Gefahrenquelle zum eigenen Nutzen geschaffen, sodass es im Gegenzug auch gerechtfertigt erscheint, den Plattformbetreibern Sicherungspflichten für die Rechte Dritter aufzuerlegen.¹⁴

Nicht zuletzt sind Plattformen am besten in der Lage, die Rechtsverletzung abzustellen (sog. *cheapest cost avoider*).¹⁵ So hat auch das BVerfG in seiner Recht auf Vergessen II-Entscheidung betont, die Abwägung der Interessen von Betroffenen und Suchmaschinenbetreibern stehe „stets im Spannungsfeld der Zumutbarkeit möglicher Schutzmaßnahmen seitens des Suchmaschinenbetreibers und der Zumutbarkeit anderweitig zu erlangender Schutzmöglichkeiten seitens der jeweils Betroffenen“. So könne „eine Inanspruchnahme

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.2007 – I ZR 18/04, NJW 2008, 758 Rn. 40; BGH, Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, NJW 2016, 794 Rn. 82; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 337; *Wagner* (Fn. 3), § 823 BGB Rn. 836.

⁹ *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 838; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 336.

¹⁰ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 336.

¹¹ Vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 7.1.2019 – 4 W 1149/18, NJW-RR 2019, 676 Rn. 15.

¹² *Wagner*, GRUR 2020, 329, 329.

¹³ „Die ‚dunkle Seite‘ des Internets“, vgl. *Hofmann*, ZfPW 2021, 385, 386; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 337.

¹⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 337.

¹⁵ *Leistner*, GRUR Beil. 2010, 1, 32; *Leistner*, ZUM 2012, 722, 723.

eines Suchmaschinenbetreibers als mittelbarer Störer weiter reichen, wenn ein Inhaltenanbieter im Ausland rechtlich kaum greifbar ist, als wenn er innerhalb der Europäischen Union ohne Weiteres rechtlich in Anspruch genommen werden kann.¹⁶ Wenn auch dagegen zutreffend einwendet werden kann, es sei in der Regel der Primärschädiger und nicht der Intermediär, der die Rechtsverletzung mit den einfachsten und günstigsten Mitteln vermeiden könne,¹⁷ so scheint die Charakterisierung der Plattform als *cheapest cost avoider* doch speziell für die massenhafte Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch *Shitstorms* oder *Cybermobbing* zuzutreffen: Denn hier erreichen die persönlichkeitsverletzenden Inhalte durch das wiederholte, teils auch plattformübergreifende Teilen eine derartig weitreichende Verbreitung, dass bei einem Vorgehen gegen den oder die individuellen Erstverursacher nicht mehr gewährleistet werden kann, dass die Rechtsverletzung auch tatsächlich abgestellt wird. Eine direkte Inanspruchnahme der Plattform ist daher auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes für die Betroffenen dringend geboten.

1. Die Gratwanderung

Die Schaffung eines sachgerechten Haftungsmodells für Plattformen erweist sich nach dem Vorgesagten als Gratwanderung zwischen Verantwortlichkeit und Privilegierung:¹⁸ Einerseits ließe es sich nicht rechtfertigen, Plattformen vollständig auf der Haftung zu entlassen: Dafür spricht, dass die Plattformen eine Gefahrenquelle zum eigenen Nutzen schaffen, die in großem Umfang die Verletzung Rechte Dritter ermöglicht. Auch ist häufig nur über die Plattform für die Betroffenen effektiver Rechtsschutz zu erlangen. Andererseits dürfen die Plattformen auch nicht für jede beliebige Rechtsverletzung zur Rechenschaft gezogen werden. Denn die Idee des Internets basiert auf der Möglichkeit eines möglichst ungehinderten Informationsaustauschs; das Geschäftsmodell der (Informations-)Intermediäre hat entscheidend zur Erreichung dieses Ziels beigetragen.¹⁹ Ein (zu) strenges Haftungsregime würde die Plattformen – aus Angst vor einer späteren Inanspruchnahme für Rechtsverletzungen – hingegen in die Rolle von Zensurbehörden zwingen,²⁰ Beiträge würden aus Furcht vor einer eigenen Haftung durch die Plattformen gelöscht (sog. *overblocking*). Dass dies auch mit Blick auf die Ziele der Meinungsvielfalt

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, GRUR 2020, 88 Rn. 119.

¹⁷ Wagner, GRUR 2020, 329, 337 f.

¹⁸ Vgl. Hofmann, ZfPW 2021, 385, 386: „Für diese Kategorie von Haftungsadressaten ist folglich ein Haftungskonzept erforderlich, das beides kann: Privilegierungen zugestehen und Verantwortung zuweisen.“

¹⁹ Hofmann, ZfPW 2021, 385, 386; Janal, ZEuP 2021, 227, 237 f.

²⁰ Wagner (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 838.

und eines lebendigen politischen Meinungsaustauschs nicht gewollt sein kann, liegt auf der Hand.

2. Das Haftungsmodell für Vermittler

Dieser besonderen Ausgangslage im Bereich der Vermittlerhaftung wird durch besondere Haftungsprivilegierungen²¹ für Diensteanbieter der Informationsgesellschaft Rechnung getragen, die auf europäischer Ebene einheitlich durch die Art. 12 bis 15 der RL 2000/31/EG (sog. E-Commerce-Richtlinie, im Folgenden: ECRL) vorgegeben und national durch die §§ 7 bis 10 TMG umgesetzt werden. Nach Art. 12 Abs. 1 ECRL, § 8 TMG werden Zugangsvermittler (Access-Provider) von der Haftung befreit, soweit ihre Tätigkeit sich auf die reine Durchleitung von Nutzerinformationen beschränkt. Auch Diensteanbieter, die fremde Informationen speichern und zum Abruf anbieten (sog. Host Provider), zu denen etwa Betreiber von Internetforen, Suchmaschinen und soziale Netzwerke zählen, sind nach Art. 14 ECRL, § 10 TMG grundsätzlich privilegiert und haften nur dann, wenn sie von der Rechtsverletzung positive Kenntnis haben oder die Rechtsverletzung aufgrund der Umstände offensichtlich ist (sog. Notice-and-Take-Down-Verfahren). Art. 15 ECRL, § 7 Abs. 2 TMG enthält zudem ein Verbot allgemeiner Überwachungspflichten, d.h. Diensteanbieter sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

Die Art. 12 ff. ECRL, §§ 7 ff. TMG sind „Querschnittsregelungen“²², die für alle denkbaren Arten von Verletzungen und Formen der Inanspruchnahme gelten. Es wird keine eigene Haftung begründet, sondern umgekehrt der Haftung nach mitgliedstaatlichem Recht eine Grenze gesetzt.²³ Diensteanbieter werden aber keineswegs vollständig von ihrer Verantwortung befreit. Einschränkungen der Privilegierung bilden die Beschränkung auf fremde Inhalte (a) und passive Tätigkeiten (b) sowie der Vorbehalt für die negatorische Haftung (c).

a) Beschränkung auf fremde Inhalte

Die Privilegierung nach der ECRL gilt nur für die „durch einen Nutzer eingegebenen“ Inhalte (vgl. Art. 12 ff. ECRL), die §§ 7 ff. TMG sprechen insoweit von „fremden“ Informationen. (Nur) insoweit lässt sich vor dem Hintergrund

²¹ Das Vorbild für die Haftungsprivilegierung findet sich im US-amerikanischen Recht: Section 512 Copyright Act stellt Plattformen von der Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen frei, soweit ihr Tätigwerden sich auf die bloße Durchleitung beschränkt. Ähnliches gilt nach Section 230 Communications Decency Act für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, vgl. zum Ganzen *Wagner*, GRUR 2020, 329, 333.

²² *Janal*, ZEuP 2021, 227, 235.

²³ *Janal*, ZEuP 2021, 227, 236.

der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Geschäftsmodells der Plattformen eine privilegierte Behandlung rechtfertigen: Denn der Betreiber ist mit Blick auf die offene Zugangsgestaltung der Plattform hier bereits rein praktisch nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit aller Nutzerinhalte zu gewährleisten. Etwas anderes gilt aber, wenn es sich um eigene Inhalte handelt (vgl. § 7 Abs. 1 TMG) oder der Betreiber von einer konkreten Rechtsverletzung Kenntnis erlangt. In diesem Fall müssen seine eigenen Interessen gegenüber denen der Betroffenen zurückstehen.²⁴

b) *Beschränkung auf „passive“ Tätigkeiten*

Der EuGH beschränkt die Privilegierung in Anknüpfung an ErwGr. 42 ECRL zudem auf Dienste „technischer, automatischer und passiver Art“, die „weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information“ besitzen.²⁵ Von der Privilegierung erfasst werden demnach nur „passive“ Tätigkeiten – die insoweit von den „aktiven“ Tätigkeiten abzugrenzen sind. Allerdings herrschen nach wie vor große Unsicherheiten, wo genau eigentlich die Trennlinien zwischen „aktiv“ und „passiv“ verlaufen. Nicht ausreichend sollen nach der EuGH-Rechtsprechung die Entgeltlichkeit eines Dienstes, die Festlegung von Modalitäten für die Nutzung oder allgemeine Kundenauskünfte sein.²⁶ Die Schwelle zu aktivem Verhalten soll aber bei Hilfestellungen zu Werbung oder Angebotsoptimierungen überschritten sein.²⁷ Besonders umstritten war in der jüngeren Vergangenheit die Einordnung von automatisierten Empfehlungsfunktionen, wie sie etwa auch von der Plattform Youtube verwendet werden. Nach einer Vorlage durch den BGH²⁸ hat der EuGH sich der auch von Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* in seinen Schlussanträgen²⁹ präferierten Einordnung als grundsätzlich passives Verhalten angeschlossen.³⁰

Anders als der EuGH stellt der BGH nicht (unmittelbar) darauf ab, ob der Diensteanbieter eine „aktive“ oder „passive“ Rolle einnimmt, sondern ob er

²⁴ Hofmann, GRUR 2017, 848, 849.

²⁵ EuGH, Urt. v. 23.3.2010 – C-236/08 bis C-238/08 (*Google France*), GRUR 2010, 445 Rn. 113 f.; vgl. auch *Paal/Hennemann*, in: BeckOK Informations- und MedienR, Stand: 1.2.2022, § 7 TMG Rn. 34a.

²⁶ EuGH, Urt. v. 12.7.2011 – C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), GRUR 2011, 1025 Rn. 115; EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 116.

²⁷ EuGH, GRUR 2011, 1025 Rn. 116.

²⁸ BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132.

²⁹ Nur bei individueller Unterstützung bei der Inhalteoptimierung soll die Grenze zu aktivem Verhalten überschritten sein, vgl. GA *Saugmandsgaard Øe*, SchlA verb. Rs. C-682/18 (*YouTube*) und C-683/18 (*Elsevier*) Rn. 83, 157 ff.

³⁰ EuGH, Urt. v. 22.6.2021 – C-682/18 (*YouTube*) und C-683/18 (*Elsevier*), ZUM 2021, 682 Rn. 103 ff.

sich einen zunächst fremden Inhalt „zu eigen gemacht“ hat³¹ und auf diese Weise seine Verantwortung für den Inhalt zum Ausdruck bringt.³² In der Literatur wurden z.T. Zweifel daran geäußert, ob sich ein solches Verständnis mit der Richtlinienkonzeption in Einklang bringen lässt.³³ Da der BGH seine Rechtsprechung zum „Zu-Eigen-Machen“ zwischenzeitlich allerdings weitgehend an die EuGH-Rechtsprechung angeglichen hat,³⁴ ergeben sich im Ergebnis kaum Unterschiede.

c) Vorbehalt für die negatorische Haftung

Von der Haftungsprivilegierung ausgenommen bleibt die negatorische Haftung der Diensteanbieter, die auf eine Entfernung oder Sperrung von Inhalten für die Zukunft gerichtet ist.³⁵ Dies ergibt sich für die ECRL aus einer Zusammenschau von Art. 14 Abs. 3 und ErwGr. 46. Im nationalen Recht wird ein solcher Vorbehalt ausdrücklich in § 7 Abs. 3 TMG normiert. Dieser Vorbehalt dient als Einfallstor für die vom BGH begründete Haftung als „mittelbarer Störer“ einer Rechtsverletzung, die in einem späteren Teil dieses Beitrags noch näher zu vertiefen sein wird.

III. Besondere Sperr- und Löschpflichten nach dem NetzDG

Losgelöst von der noch darzulegenden zivilrechtlichen Haftung der Plattformen für persönlichkeitsrechtsverletzende Nutzerinhalte können sich besondere Sperr- und Löschpflichten für rechtswidrige Nutzerinhalte auch aus dem 2017 verabschiedeten und kürzlich reformierten³⁶ Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) ergeben, das sich gegen die besonderen Gefahren von Falschnachrichten und Hasskriminalität auf sozialen Netzwerken³⁷ richtet. Das NetzDG verpflichtet die Betreiber sozialer Netzwerke und seit neuestem auch Videosharingplattform-Dienste³⁸ zur Einrichtung von Verfahren zur schnellen Löschung

³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, NJW-RR 2010, 1276.

³² *Sobola*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 42 Rn. 11.

³³ Mit Blick auf den technischen Ansatz der Richtlinie krit. *Sobola* (Fn. 32), § 42 Rn. 13.

³⁴ BGH, Urt. v. 19.3.2015 – I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Rn. 28; unter Inbezugnahme der EuGH-Rechtsprechung BGH, Urt. v. 4.4.2017 – VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 Rn. 20.

³⁵ *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 851; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 333.

³⁶ Hierzu *Cornils*, NJW 2021, 2465 f.; *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283 f.; *Kalb-henn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518; *Kühling*, ZUM 2021, 461, 465 f.

³⁷ Zur Definition sozialer Netzwerke vgl. § 1 Abs. 1 NetzDG.

³⁸ Im Rahmen der 2021 beschlossenen Novellierung des NetzDG wurde das Melde- und Abhilfeverfahren mit leichten Modifikationen auf Videosharingplattform-Dienste er-

bzw. Sperrung rechtswidriger Inhalte innerhalb festgelegter Fristen und sieht darüber hinaus u. a. besondere Berichtspflichten und Bußgeldtatbestände vor.

Die Sperr- und Löschpflichten des NetzDG knüpfen an „rechtswidrige Inhalte“ an, die abschließend in § 1 Abs. 3 NetzDG definiert werden. Erforderlich ist stets das Vorliegen einer strafbaren Handlung aus dem Straftatenkatalog des § 1 Abs. 3 NetzDG. Zu den dort genannten Straftatbeständen zählen auch die Ehrdelikte gem. §§ 185 ff. StGB, die in schwereren Fällen von *Cybermobbing* oder *Shitstorms* durchaus einschlägig sein können. Ob dies auch für das bloße Liken oder Teilen gilt, ist bislang allerdings ungeklärt.³⁹ Der Anbieter muss „offensichtlich rechtswidrige Inhalte“ grundsätzlich innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernen oder den Zugang sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG).⁴⁰ Für andere rechtswidrige Inhalte sieht das NetzDG eine 7-Tages-Frist vor, die allerdings überschritten werden darf, wenn die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder anderen tatsächlichen Umständen abhängt oder der Anbieter die Entscheidung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung übertragen hat (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG); der Fristlauf beginnt mit Eingang der Beschwerde. Gerade mit Blick auf die strenge 24-Stunden-Frist für „offensichtlich rechtswidrige Inhalte“ in § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG wird zum Teil eine Europarechtswidrigkeit des NetzDG wegen Verstoßes gegen die Art. 12 ff. ECRL angenommen.⁴¹ Diese und weitere Bedenken, etwa zu den Gefahren eines meinungsrelevanten „Overblocking“⁴² von Inhalten sowie eine Unvereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Herkunftslandprinzip (vgl. Art. 3 ECRL) sind dafür verantwortlich, dass auch nach der 2021 durchgeführten Reform noch erhebliche Bedenken an der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Regelungen des NetzDG bestehen.⁴³

weitert, womit geänderten Vorgaben in der Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) Rechnung getragen wird, vgl. *Cornils*, NJW 2021, 2465, 2469 f.

³⁹ Zum Streitstand *Eckel/Rotmeier*, NSZ 2021, 1, 2 ff.

⁴⁰ Ein Inhalt ist laut der Gesetzesbegründung nur dann offensichtlich rechtswidrig, „wenn die Rechtswidrigkeit ohne vertiefte Prüfung, das heißt von geschultem Personal in der Regel sofort, mit zumutbarem Aufwand aber in jedem Fall binnen 24 Stunden erkannt werden kann.“ Im Zweifel soll dabei aber nicht von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Inhalte ausgegangen werden können, sodass der Anwendungsbereich der Nr. 2 insgesamt gering sein dürfte, vgl. BT-Drs. 18/13013, 20.

⁴¹ So wird argumentiert, die Pflicht, ein Verfahren vorzuhalten, das garantiere, dass die 24-Stunden-Frist eingehalten werde, den Rahmen der nach Art. 14 Abs. 3 ECRL zulässigen Verfahrensvorgaben überschreite, vgl. *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2579.

⁴² Ein zentraler Kritikpunkt zielt darauf ab, dass das NetzDG ökonomische Anreize für eine übermäßige Löschung setze, sodass die Meinungsfreiheit der Nutzer erheblich verkürzt werde (*Chilling Effects*), vgl. *Eifert*, NJW 2017, 1450, 1452; *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577; *Liesching*, MMR 2018, 26, 27; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 558 f. Diese Gefahr scheint sich allerdings nicht bewahrheitet zu haben, vgl. *Eifert*, Evaluierungs-Gutachten zum NetzDG, BT-Drs. 19/22610, 16 f.

IV. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Für die Beurteilung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Plattformen für persönlichkeitsrechtsverletzendes Schwarmverhalten ist die von den Art. 12 ff. ECRL, §§ 7 ff. TMG vorgezeichnete Trennung zwischen eigenen und fremden Inhalten entscheidend. Während die Plattform für eigene und „zu eigen gemachte“ Inhalte vollumfänglich verantwortlich ist, besteht für fremde Nutzerinhalte nur eine eingeschränkte Verantwortlichkeit in Gestalt der Störerhaftung. Dabei kann auf umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die sich in der Vergangenheit insbesondere mit der Haftung für persönlichkeitsverletzende Äußerungen von Bewertungsportalen⁴⁴ und Suchmaschinen⁴⁵ eingehender befasst hat.

1. Volle Verantwortlichkeit der Plattform für eigene und „zu eigen gemachte“ Inhalte

Anders als für fremde Inhalte ist die Plattform für eigene Inhalte grundsätzlich voll verantwortlich. (vgl. § 7 Abs. 1 TMG). Die Plattform ist insoweit nicht gegenüber anderen Verletzern privilegiert,⁴⁶ d.h. sie kann etwa gemäß §§ 1004 Abs. 1 i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB auf Beseitigung und Unterlassung sowie – bei Verschulden – gem. § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Eine solche Haftung für eigene Inhalte hat der BGH in der Vergangenheit etwa für die *Autocomplete*-Funktion von Google bejaht.⁴⁷

Den eigenen Inhalten gleichgestellt – und hierin liegt der eigentliche Stoff für Kontroversen – sind nach der BGH-Rechtsprechung Inhalte, die sich der Diensteanbieter „zu eigen gemacht“ hat. Dies richtet sich nach einer Gesamtbeurteilung aller relevanten Umstände;⁴⁸ entscheidend ist, ob der Anbieter nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die auf seiner Internetseite veröffentlichten Inhalte übernommen oder den zurechenbaren Anschein er-

⁴³ Vgl. *Cornils*, NJW 2021, 2465, 2471; *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283, 284 f. Zu den Bedenken auch *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2581; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 561; *Nölscher*, ZUM 2020, 301; *Spindler*, ZUM 2017, 473.

⁴⁴ Vgl. etwa BGH, Ur. v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888; BGH, Ur. v. 23.9.2014 – VI ZR 358/13, NJW 2015, 489; BGH, GRUR 2017, 844; BGH, Ur. v. 20.2.2018 – VI ZR 30/17, NJW 2018, 1884. Zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf Online-Bewertungsportalen siehe auch *Paal*, NJW 2016, 2081; *Smirra*, ZUM 2020, 525.

⁴⁵ Vgl. etwa BGH, Ur. v. 14.5.2013 – VI ZR 269/12, GRUR 2013, 751; BGH, Ur. v. 27.2.2018 – VI ZR 489/16, NJW 2018, 2324.

⁴⁶ *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 840.

⁴⁷ BGH, GRUR 2013, 751 Rn. 20.

⁴⁸ BGH, NJW-RR 2010, 1276 Rn. 23; BGH, Ur. v. 27.3.2012 – VI ZR 144/11, GRUR 2012, 751 Rn. 11; GRUR 2015, 1129 Rn. 25.

weckt hat, er identifiziere sich mit den fremden Inhalten.⁴⁹ Allerdings soll für den zweiten Fall – die Identifikation mit fremden Inhalten – mit Blick auf die Meinungsfreiheit grundsätzlich Zurückhaltung geboten sein.⁵⁰ Hinsichtlich der Frage, welche Handlungen ein Zu-Eigen-Machen begründen können, hat der BGH in der Vergangenheit entscheidend darauf abgestellt, ob der Anbieter die von Dritten hochgeladenen Inhalte inhaltlich-redaktionell auf Vollständigkeit und Richtigkeit kontrolliert oder auswählt oder die fremden Informationen in das eigene redaktionelle Angebot eingebunden hat⁵¹ und sich damit der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Tätigkeiten durch den EuGH annähert.⁵² Die inhaltlich-redaktionelle Überprüfung bildet damit ein wichtiges Indiz für das Zu-Eigen-Machen.⁵³ Unter diesem Blickwinkel hat der VI. Zivilsenat etwa 2017 eine unmittelbare Haftung des Betreibers eines Bewertungsportals bejaht, der eine Nutzerbewertung eigenmächtig abgeändert hatte.⁵⁴ Das bemerkenswerte dabei ist, dass der BGH es als unbeachtlich einstufte, dass die Aussage im Vergleich zum Original inhaltlich „abgeschwächt“ wurde und der Betreiber sich durch einen formalen Hinweis von ihr distanziert hatte.⁵⁵ Kein Zu-Eigen-Machen begründet die im Vorfeld erfolgende Überprüfung der Nutzerinhalte auf Unregelmäßigkeiten, z. B. durch den Einsatz präventiver Filtersysteme.⁵⁶ Dies überzeugt, denn ein aus eigenem Antrieb „vorsorgender Intermediär“ sollte nicht für seine überobligatorischen Schutzmaßnahmen bestraft werden.⁵⁷ Im Entwurf für den Digital Services Act, der die Regelungen der E-Commerce-RL ersetzen soll, soll dem nun auch durch eine Gute-Samariter-Regelung Rechnung getragen werden.⁵⁸

Für die hier behandelten *Schwarmschäden* durch *Shitstorms* und *Cybermobbing* bedeutet dies, dass eine Haftung der Plattform als unmittelbarer Verletzer gemäß §§ 1004, 823 BGB regelmäßig erst in Betracht kommt, nachdem die Plattform einen Beitrag inhaltlich-redaktionell überprüft bzw. bearbeitet hat, z. B. indem einzelne Bestandteile der Äußerung gelöscht werden. Da die Rechtmäßigkeit jedes – potenziell persönlichkeitsverletzenden – Nutzerinhalts aber grundsätzlich für sich genommen zu beurteilen ist, ist die Schwelle der inhaltlich-redaktionellen Bearbeitung nicht schon insgesamt

⁴⁹ St. Rspr. vgl. nur BGH, NJW-RR 2010, 1276 Rn. 23, 27; GRUR 2015, 1129 Rn. 25; BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 28; siehe auch *Paal*, NJW 2016, 2081, 2082.

⁵⁰ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 28; BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, NJW 2016, 2106 Rn. 17; BGH, GRUR 2012, 751 Rn. 11.

⁵¹ BGH, GRUR 2015, 1129 Rn. 25.

⁵² Dazu bereits vorstehend II.2.b.

⁵³ *Hofmann*, GRUR 2017, 848, 849.

⁵⁴ EuGH, ZUM 2021, 682 Rn. 109; BGH, GRUR 2017, 844 Rn. 20.

⁵⁵ Vgl. insoweit auch *Janal*, ZEuP 2021, 227, 239 („potentielle Fallstricke“).

⁵⁶ BGH, GRUR 2015, 1129 Rn. 25; BGH, NJW 2016, 2106 Rn. 18.

⁵⁷ Vgl. *Hofmann*, GRUR 2017, 848, 849; *Paal*, NJW 2016, 2081, 2082.

⁵⁸ Dazu nachfolgend V.

(d.h. für den gesamten *Shitsstorm*) überschritten, wenn die Plattform einzelne rechtsverletzende Nutzerbeiträge aus dem „Sturm“ isoliert und löscht.

2. Eingeschränkte Verantwortlichkeit für fremde Inhalte

Für fremde Inhalte trifft die Plattform nur eine eingeschränkte Verantwortlichkeit, vgl. § 10 TMG. Es besteht grundsätzlich keine Haftung, es sei denn die Plattform hatte positive Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information oder ihr waren – im Fall von Schadensersatzansprüchen – Tatsachen oder Umstände bekannt, aus denen die Rechtswidrigkeit der Handlung oder Information „offensichtlich“ wird. Letzteres setzt nach allgemeiner Ansicht grobe Fahrlässigkeit voraus, d.h. dem Host-Provider muss sich die Rechtswidrigkeit geradezu aufdrängen.⁵⁹ Da die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten allerdings eine – häufig sehr komplexe – Interessenabwägung voraussetzt,⁶⁰ dürfte die Schwelle zur „Offensichtlichkeit“ nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen überschritten sein.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Inanspruchnahme für fremde Inhalte vollständig ausgeschlossen ist. Denn § 7 Abs. 3 TMG sieht einen Vorbehalt für die negatorische Haftung vor.⁶¹ Diese Regelung hat die Rechtsprechung zum Anlass genommen, über das Institut der sog. Störerhaftung eine Verantwortlichkeit der Hostprovider als bloß mittelbarer Verursacher für von Dritten begangene Rechtsverletzungen zu begründen. Als *mittelbarer Störer* kann danach auf Unterlassung der Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer bzw. „unmittelbarer Störer“ zu sein⁶² – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat zur Verletzung eines absolut geschützten Rechts beiträgt, sofern zumutbare Prüfpflichten verletzt wurden. Als Beitrag zur Rechtsverletzung kann dabei auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte.⁶³ Auf diese Weise lässt sich eine Störerhaftung des Plattformbetreibers für die auf der Plattform von Dritten begangenen Rechtsverletzungen begründen. Die Störerhaftung ist gegenüber der Haftung des unmittelbaren Rechtsverletzers dabei grundsätz-

⁵⁹ *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 447; *Paal/Hennemann* (Fn. 24), § 10 TMG Rn. 36.

⁶⁰ Dazu nachfolgend b).

⁶¹ Dazu bereits vorstehend II.2.c).

⁶² Zu der unterschiedlichen Begriffsverwendung in der Terminologie des I. und VI. Senats siehe BGH, Urt. v. 28.7.2015 – VI ZR 340/14, NJW 2016, 56 Rn. 34; v. *Pentz*, AfP 2014, 8, 16.

⁶³ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 28; BGH, NJW 2016, 2106 Rn. 22; BGH, NJW 2016, 56 Rn. 34; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, NJW 2012, 148 Rn. 21.

lich nicht subsidiär⁶⁴ und setzt damit auch nicht voraus, dass der Betroffene zunächst erfolglos gegen den unmittelbaren Verletzer vorgegangen ist. Nicht über die Störerhaftung geltend gemacht werden können Schadensersatzansprüche.⁶⁵ Da diese nicht vom Vorbehalt des § 7 Abs. 3 TMG erfasst werden, greift insoweit die Privilegierung des § 10 TMG.

Die Vermittlerhaftung hat – obwohl sehr umstritten⁶⁶ – mittlerweile in vielen Bereichen⁶⁷ Anerkennung gefunden und wurde nicht zuletzt auch von BVerfG⁶⁸ grundsätzlich bestätigt. Neben persönlichkeitsrechtlich geprägten Fallgestaltungen spielen vor allem urheber- und lauterkeitsrechtliche Sachverhalte eine praktisch bedeutende Rolle. Übergreifende Grundsätze für die Störer- bzw. Vermittlerhaftung herauszuarbeiten, fällt gleichwohl schwer. Es haben sich im Laufe der Zeit verschiedene Fallgruppen mit eigener Dogmatik und terminologischen Besonderheiten⁶⁹ entwickelt, deren vollständige Darstellung den Rahmen dieser Ausarbeitung sprengen würde.⁷⁰ Einigkeit besteht aber dahingehend, dass die Intermediäre als bloße Vermittler von Rechtsverletzungen Dritter in der Haftung privilegiert sind. Erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der Rechtsverletzung unterliegen sie einer Haftung und dies auch nur, sofern bestimmte zumutbare Prüfpflichten verletzt wurden. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die, bei den hier behandelten Fallgestaltungen im Fokus stehenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen.

a) Haftung bei Verletzung zumutbarer Prüfpflichten

Nach ständiger Rechtsprechung darf die Haftung als mittelbarer Störer nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben. Sie setzt daher voraus, dass Verhaltenspflichten, insbesondere in Gestalt sog. Prüfpflichten, verletzt wurden.⁷¹ Die Plattform haftet damit nicht schon für jeden Verletzungserfolg, sondern

⁶⁴ BGH, NJW 2016, 794 Rn. 82; BGH, NJW 2008, 758 Rn. 40; vgl. auch BVerfG, GRUR 2020, 88 Rn. 112. Zu Ausnahmen vgl. *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 845.

⁶⁵ Dazu *Wagner*, GRUR 2020, 329, 334.

⁶⁶ Zur Kritik vgl. etwa *Paal/Hennemann* (Fn. 25), § 7 Rn. 54 ff.; *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 854 f.; *Wielsch*, RW 2019, 84, 99 ff.; Abl. auch *Hermann*, in: BeckOGK, Stand: 1.12.2021, § 823 BGB Rn. 1728.

⁶⁷ Zu den verschiedenen Fallgruppen im Überblick *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 103.

⁶⁸ BVerfG, GRUR 2020, 88 Rn. 113.

⁶⁹ Dazu BGH, NJW 2016, 56 Rn. 34; v. *Pentz*, AfP 2014, 8, 16; *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 852 f.

⁷⁰ Eingehende Untersuchung zu den Grundlagen und Ausprägungen der Störerhaftung bei *Wollin*, Störerhaftung im Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht, 2018, S. 29 ff.

⁷¹ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 31; BGH, Urt. 21.9.2017 – I ZR 11/16, NJW 2018, 772 Rn. 74; BGH, NJW 2016, 2106 Rn. 22; BGH, NJW 2012, 148 Rn. 22; BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038 Rn. 20; BGH, Urt. v. 11.3.2004, NJW 2004, 3102. Krit. *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 858.

nur, sofern ihr ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann.⁷² Die Reichweite der Prüfpflichten bestimmt sich danach, inwieweit dem als mittelbaren Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen des Einzelfalls eine Verhinderung der Verletzung zuzumuten war.⁷³ Umfang und Intensität der Prüfpflichten werden damit an die ökonomische Position und soziale Bedeutung des Diensteanbieters geknüpft.⁷⁴ Mit Blick auf Art. 15 ECRL, § 7 Abs. 2 TMG besteht auch für Hostprovider nach der Rechtsprechung grundsätzlich keine Verpflichtung, die Nutzerbeiträge vor der Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen.⁷⁵ Eine Verantwortlichkeit wird vielmehr erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der Rechtsverletzung begründet. Der Betroffene eines *Shitstorms* ist daher in der Regel gehalten, dem Plattformbetreiber die behauptete Rechtsverletzung zur Kenntnis zu bringen.⁷⁶

b) Interessenabwägung und Prozeduralisierung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Gerade bei einer (behaupteten) Verletzung von Persönlichkeitsrechten lässt sich das Vorliegen einer Rechtsverletzung häufig nicht ohne Weiteres zweifelsfrei feststellen. Denn beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht handelt es sich um ein sog. Rahmenrecht⁷⁷, dessen Reichweite nicht absolut festgelegt ist, sondern vielmehr erst für den Einzelfall durch eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen bestimmt werden muss. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann als rechtswidrig anzusehen, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt.⁷⁸ Insoweit kommen grundsätzlich dieselben Maßstäbe zur Anwendung wie bei der Haftung der individuellen Verletzer.⁷⁹ Allerdings gilt es speziell für die hier behandelten Plattformkonstellationen zu berücksichtigen, dass außerhalb der Interessen der unmittelbar Beteiligten – Äußernde(r) und Betroffene(r) – regelmäßig noch eine Reihe anderer Interessen tangiert sind.⁸⁰ Zum einen die des Plattformbetreibers: Jedenfalls in den einschlägigen

⁷² *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 852 f.

⁷³ Vgl. nur BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 31 mwN.

⁷⁴ *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 853.

⁷⁵ Für Suchmaschinen BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 33 ff.

⁷⁶ Krit. wegen des damit verbundenen Aufwands *Gomille*, ZUM 2021, 81, 88.

⁷⁷ *Looschelders*, Schuldrecht BT, 16. Aufl. 2021, § 59 Rn. 5 ff.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 77 Rn. 1 ff.

⁷⁸ St. Rspr., vgl. nur BGH, Urt. v. 10.7.2018 – VI ZR 225/17, NJW 2018, 3506 Rn. 22 m. w. N.

⁷⁹ Vgl. zur Haftung der Schwarmmitglieder den Beitrag von *Gomille*, in diesem Band, S. 89.

⁸⁰ *Schröder*, VerwArch 2010, 205, 210 ff.

Entscheidungen zu Bewertungsportalen⁸¹ und Suchmaschinen⁸² hat der BGH insoweit auch die Kommunikationsfreiheit des Portalbetreibers in der Vergangenheit als Faktor in die Interessenabwägung mit eingestellt.⁸³ Hat sich der Betreiber eines Bewertungsportals die fremde Meinung oder Tatsachenbehauptung zu eigen gemacht, kann auch sein Recht auf Meinungsfreiheit berührt sein.⁸⁴ Nicht zuletzt wird regelmäßig auch die Meinungs- und Informationsfreiheit der übrigen Plattformnutzer tangiert.⁸⁵

Dem Betreiber werden von der Rechtsprechung besondere Ermittlungspflichten auferlegt: Wird der Provider von dem Betroffenen mit einer hinreichend substantiierten Beanstandung⁸⁶ eines Rechtsverstoßes konfrontiert, ist er zur Ermittlung und Bewertung des gesamten Sachverhalts unter Berücksichtigung einer etwaigen Stellungnahme des für den beanstandeten Beitrag Verantwortlichen verpflichtet.⁸⁷ Die Hostprovider werden also zu einem Quasi-ADR-Verfahren⁸⁸ verpflichtet. Dies gilt nach der Rechtsprechung nicht nur für Tatsachenbehauptungen, sondern grundsätzlich auch für Werturteile, sofern das Werturteil vom Betroffenen mit der schlüssigen Behauptung als rechtswidrig beanstandet wird, der tatsächliche Bestandteil der Äußerung, auf dem die Wertung aufbaue, sei unrichtig, sodass dem Werturteil jegliche Tatsachengrundlage fehlt.⁸⁹

c) Haftungsumfang

Wird der Hostprovider durch den Betroffenen auf eine – mögliche – Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch einen Nutzer hingewiesen, kann der Diensteanbieter nach der Rechtsprechung auch zur Verhinderung zukünftiger

⁸¹ BGH, NJW 2018, 1884 Rn. 14; BGH, NJW 2016, 2106 Rn. 31; BGH, NJW 2015, 489 Rn. 28; BGH, NJW 2009, 2888 Rn. 27 ff.

⁸² BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 51.

⁸³ Dies lässt sich damit begründen, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG den Kommunikationsprozess als solchen schützt. Deshalb kann die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung selbst dann in den Schutzbereich des Grundrechts fallen, wenn der Mitteilende sich diese weder zu eigen macht noch sie in eine eigene Stellungnahme einbindet, vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.6.2009 – 1 BvR 134/03, NJW-RR 2010, 470 Rn. 58.

⁸⁴ BGH, GRUR 2017, 844.

⁸⁵ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 33 ff.; BGH, NJW 2018, 1884 Rn. 14; BGH, NJW 2009, 2888 Rn. 27 ff.

⁸⁶ Bei Bewertungsportalen wird eine Beanstandung bereits dann als hinreichend konkret angesehen, wenn sich die Bewertung durch Angabe der Fundstelle und des Zeitpunkts eindeutig identifizieren lässt und der Bewertete es mit Nichtwissen bestreitet, dass es einen Kundenkontakt zum Bewerteten gab, vgl. *Hermann* (Fn. 66), § 823 BGB Rn. 1722 mit Verweis auf LG Hamburg, Urt. v. 12.1.2018 – 324 O 63/17, MMR 2018, 407.

⁸⁷ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 32; BGH, NJW 2012, 148 Rn. 25 f.

⁸⁸ *Wagner* (Fn. 4), § 823 BGB Rn. 846.

⁸⁹ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 32; BGH, NJW 2016, 2106 Rn. 24.

gleichartiger Verletzungen verpflichtet sein.⁹⁰ So soll es etwa nach Kenntniserlangung von einer tiefgreifen Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht ausreichen, wenn der Betreiber nur den Zugang zu den gemeldeten Seiten sperrt. Vielmehr ist er gehalten, eine Überprüfung dahingehend durchzuführen, ob der beanstandete Inhalt auch noch an einer anderen Stelle vorhanden ist.⁹¹

Ähnlich entschied anlässlich eines österreichischen Vorlageverfahrens 2019 auch der EuGH, wonach von der Löschung auch solche Informationen erfasst werden müssen, „deren Inhalt wegen der verwendeten Worte oder ihrer Kombination im Vergleich zu der Information, deren Inhalt für rechtswidrig erklärt worden ist, zwar leicht unterschiedlich formuliert ist, aber im Wesentlichen die gleiche Aussage vermittelt“.⁹² Um einen möglichen Konflikt mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten gemäß Art. 15 ECRL zu vermeiden, wird die Pflicht zur Löschung sinngleicher Inhalte allerdings auf Fälle beschränkt, in denen Hosting-Anbieter keine „autonome Beurteilung“ vornehmen müssen, sondern „auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung“ zurückgreifen können.⁹³ Dies deutet darauf hin, dass die Pflicht nur so weit reicht, wie noch eine automatisierte Überprüfung, insbesondere durch den Einsatz von Filtersoftware, möglich ist.⁹⁴

3. Besonderheiten bei Schwarmschäden

Ob einzelne Äußerungen im Rahmen von *Shitstorms* nach Maßgabe der dargestellten Grundsätze einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen⁹⁵ und eine Inanspruchnahme der Plattform als mittelbare Störerin rechtfertigen, kann abschließend nur für den jeweiligen Einzelfall unter Einbeziehung aller relevanten Umstände beurteilt werden. Je nach Gewicht der behaupteten Persönlichkeitsrechtsverletzung und Inhalt der beanstandeten Beiträge kann sich die Beseitigungspflicht der Plattform auf den gesamten *Shitstorm* oder einzelne Beiträge bzw. Bestandteile desselbigen erstrecken. Letzteres setzt allerdings voraus, dass sich die einzelnen Äußerungen „rückstandslos herauslösen lassen“⁹⁶, etwa weil es sich um eigenständige Beiträge oder Nutzerkommentare handelt.

⁹⁰ BGH, NJW 2018, 2324 Rn. 32; BGH, NJW 2016, 2106 Rn. 23; BGH, NJW 2012, 148 Rn. 24. Zur Kritik an der sog. „Kerntheorie“ siehe *Paal/Hennemann* (Fn. 25), § 7 Rn. 63 ff.

⁹¹ LG Würzburg, Urt. v. 7.3.2017 – 11 O 2338/16 UVR, BeckRS 2017, 103822 (redaktioneller 3. LS.); vgl. auch *Hermann* (Fn. 66), § 823 BGB Rn. 1724.

⁹² EuGH, Urt. v. 3.0.2019 – C-18/18 (*Glawischnig-Piesczek*), NJW 2019, 3287 Rn. 41. Krit. *Paal*, JZ 2020, 92, 93 ff.

⁹³ EuGH, NJW 2019, 3287 Rn. 48.

⁹⁴ Vgl. *Spindler*, NJW 2019, 3274, 3275.

⁹⁵ Dazu auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Möglichkeiten zum Umgang mit so genannten „Shitstorms“, 7.9.2018, S. 17 ff.

⁹⁶ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags (Fn. 95), S. 20 f.

V. Ausblick: EU-weit harmonisierte Pflichten für Vermittlungsdienste unter dem DSA

Für die Art. 12 ff. ECRL wird schon seit einigen Jahren beklagt, die Bestimmungen zur Verantwortlichkeit von Diensteanbietern seien nicht mehr zeitgemäß, denn in den gut 20 Jahren seit ihrem Erlass hat sich die digitale Landschaft maßgeblich verändert: Es sind neue Geschäftsmodelle entstanden und auch die Nutzergewohnheiten haben sich in vielen Bereichen erheblich verändert.⁹⁷ Eines der zentralen Ziele des im Dezember 2020 im Rahmen eines Legislativpakets zu digitalen Diensten vorgestellten Gesetzesvorschlags der EU-Kommission für ein Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act)⁹⁸ war es daher, den europäischen Rechtsrahmen für die Vermittlerhaftung zu modernisieren.⁹⁹ Ebenso wie der parallel verabschiedete Digital Markets Act (DMA), der sich mit den wettbewerblichen Aspekten marktstarker Plattformen in der Digitalökonomie befasst,¹⁰⁰ hat der DSA das Gesetzgebungsverfahren im Eiltempo durchlaufen: Im April 2022 haben sich die EU-Organe im Rahmen des sog. Trilog-Verfahrens auf eine finale Textfassung verständigt, dem das EU-Parlament am 5. Juli 2022 nun auch formell zugestimmt hat. Der Rat der europäischen Union hat Anfang Oktober 2022 seine formelle Zustimmung erklärt. Die Verordnung tritt voraussichtlich noch im Herbst 2022 in Kraft und wird nach kurzer Übergangsfrist dann unmittelbar in allen EU-Staaten gelten.¹⁰¹

Was die Neuregelung der Haftungsregelungen für Vermittler angeht, so hält der DSA an der grundsätzlichen Struktur des unionsrechtlichen Haftungsregimes fest. Die Regelungen der Art. 12 bis 14 ECRL werden vom DSA in weiten Teilen übernommen und nur punktuell ergänzt bzw. modifiziert.¹⁰² Wie auch schon im Rahmen der Art. 12 ff. ECRL zeigen die unionsrechtlichen Regelungen dabei nur die Schranken der intermediären Verant-

⁹⁷ Vgl. *Holznel*, CR 2021, 123, 124; *Janal*, ZEuP 2021, 227, 230.

⁹⁸ COM (2020) 825 final; dazu *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 4; *Eisenreich*, RDi 2021, 289; *Gerpott*, CR 2021, 255; *Holznel*, CR 2021, 123; *Janal*, ZEuP 2021, 227; *Kuhlmann/Trute*, GSZ 2022, 115; *Kaesling*, ZUM 2021, 177; *Kalbhen/Hemmerthalswick*, ZUM 2021, 184; *Peguera* IIC 2022, 681; *Rössel*, ITRB 2021, 35; *Spindler*, GRUR 2021, 545.

⁹⁹ Durch den DSA werden nur die Art. 12 bis 15 ECRL aufgehoben; die übrigen Regelungen zur ECRL bleiben bestehen, vgl. *Spindler*, GRUR 2021, 545, 546.

¹⁰⁰ Hierzu *Kumkar*, Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten: Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren, RDi 2022, 347.

¹⁰¹ Siehe Verordnung (EU) 2022/... des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), PE-CONS 30/22, in der Fassung v. 21.9.2022, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_30_2022_INIT&from=EN> (11.10.2022).

¹⁰² Krit. *Holznel*, CR 2021, 123, 124 ff.; *Janal*, ZEuP 2021, 227, 233 ff. Zu offenen Fragen im Entwurf siehe *Spindler*, GRUR 2021, 545, 548 ff.

wortlichkeit auf. Die Haftung selbst richtet sich – wie auch bisher – nach den nationalen Regelungen. Danach soll bei reiner Vermittlung – i. e. Durchleitung, Caching, Hosting – grundsätzlich keine Verantwortung für fremde Inhalte bestehen, es sei denn, der Intermediär erlangt von diesen Inhalten Kenntnis (sog. *Notice-and-take-down*, vgl. Art. 4 ff. DSA). Wie schon nach Art. 15 ECRL gilt zudem ein Verbot allgemeiner Überwachungspflichten: Den Diensteanbietern soll keine allgemeine Verpflichtung auferlegt werden, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen (vgl. Art. 8 DSA).

Neu ist zum einen die *Good-Samaritan*-Regelung in Art. 7 DSA, wonach eine freiwillige Überprüfung von Nutzerinhalten für sich genommen noch nicht zum Ausschluss der Haftungsprivilegierungen führen soll. Damit begegnet der Verordnungsentwurf der Gefahr, dass Diensteanbieter proaktive Maßnahmen zum Schutz vor Rechtsverletzungen aus der Furcht unterlassen könnten, den Bereich „neutralen Verhaltens“ zu verlassen und eine aktive Rolle einzunehmen.¹⁰³ Für Host Provider wird das Verfahren zudem in Richtung eines *Notice-and-Action*-Mechanismus weiterentwickelt, wonach spezifische Mechanismen für die Meldung von illegalen Inhalten vorgehalten und die Betroffenen zum Einsatz automatischer Systeme, Rechtsschutzmöglichkeiten sowie Sperr- und Löschentscheidungen informiert werden müssen (Art. 16 DSA).¹⁰⁴ Neuerungen im Vergleich zur alten Rechtslage bringen darüber hinaus auch die Vorschriften zu hoheitlichen Anordnungen (Art. 9 und 10 DSA).¹⁰⁵ ErwGr. 18 und 20 stellen klar, dass die Haftungsprivilegien nur anwendbar sind, sofern die Diensteanbieter eine „neutrale Rolle“ einnehmen; diese ist in jedem Fall überschritten, wenn Diensteanbieter eigene Informationen bereitstellen, die betreffenden Informationen unter redaktioneller Kontrolle des Diensteanbieters erstellt wurden oder der Anbieter bewusst mit dem rechtswidrig agierenden Nutzer zusammenwirkt.

VI. Fazit

Mit den Schwierigkeiten, die individuellen Verletzer für vom Schwarm verursachte Schäden zur Verantwortung zu ziehen, rückt die Plattform als möglicher Haftungsadressat in den Vordergrund. Die Plattform ist zwar ohne Weiteres in der Lage, Rechtsverletzungen durch Löschung oder Sperrung der angegriffenen Nutzerbeiträge abzustellen. Allerdings gilt es auch zu beachten, dass die Tätigkeiten der Informationsintermediäre zentral für die Ge-

¹⁰³ Janal, ZEuP 2021, 227, 238 f.

¹⁰⁴ Rössel, ITRB 2021, 35, 39 f.; Spindler, GRUR 2021, 545, 552 f.

¹⁰⁵ Hierzu Holznapel, CR 2021, 123, 128 ff.

währleistung eines freien Meinungs- und Informationsaustauschs im Netz sind. Eine überproportionale Inanspruchnahme für Rechtsverletzungen Dritter muss daher vermieden werden. Der europäische Gesetzgeber hat dieser Spannungslage durch weitreichende Haftungsprivilegierungen Rechnung getragen, die allerdings ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zugunsten von Beseitigungs- und Unterlassungspflichten, in Deutschland vor allem in Gestalt der Störerhaftung, durchbrochen werden können.

Schwärme im Internationalen Zivilverfahrensrecht und im Internationalen Privatrecht

Andreas Engel

I.	Annäherung an grenzüberschreitende Schwärme	123
1.	Einleitende Beispiele	123
2.	Gegenstand und Anliegen des Beitrags	125
II.	Regelungsziele	127
1.	Internationales Privatrecht	127
2.	Internationale Sachverhalte unter Beteiligung von Schwärmen	127
III.	Bewältigung von internationalen Schwarmsachverhalten in ausgewählten Beispielfällen	129
1.	Persönlichkeitsrechtsverletzungen	129
2.	Marktmanipulation	136
IV.	Bewertung und Ausblick	141
V.	Zusammenfassung in Thesen	143

I. Annäherung an grenzüberschreitende Schwärme

1. Einleitende Beispiele

Die Metapher des Schwarms, die dieser Band von einer rechtswissenschaftlichen Warte aus in den Blick nimmt, findet auch in Konstellationen mit grenzüberschreitendem Bezug Verwendung. So war von einem Schwarm die Rede, als 2021 weltweit ansässige Nutzer des Reddit-Unterforums /r/wallstreetbets eine kollektive Handelsstrategie gegen Leerverkaufspositionen bei der Aktie des Unternehmens GameStop entwickelten und umsetzten.¹ Die Aktie erreichte Ende Januar 2021 ein Allzeithoch. Mehrere in verschiedenen Staaten tätige (Neo-)Broker wie Robinhood oder Trade Republic setzten in Reaktion hierauf die Möglichkeit aus, dass ihre Kunden betreffende Aktien und Derivate erwerben konnten. Der Kurs der Aktie fiel im Anschluss wie-

¹ Siehe etwa *Scott*, The real lesson of the GameStop story is the power of the swarm, *The Guardian*, 30.1.2021, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/jan/30/gamestop-power-of-the-swarm-shares-traders>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 15.7.2022 abgerufen).

der. Im Nachgang wurden in mehrere Richtungen Vorwürfe der Marktmanipulation erhoben: Gegen den Schwarm und seine Glieder angesichts der in sozialen Medien entwickelten Handelsstrategie, gegen die (Neo-)Broker ob ihrer Beschränkungen der Handelsmöglichkeiten für ihre Kunden.²

Bereits im Jahr 2012 fiel der Begriff Schwarm, als sich Bettina Wulff gegen das Gerücht wehrte, sie habe in der Vergangenheit im Rotlichtmilieu gearbeitet. Diese Fama verbreiteten in- und ausländische Blogger. Aufgegriffen wurde sie von Nutzern der Suchmaschine google, deren automatische Vervollständigungsfunktion schließlich den Namen „Bettina Wulff“ um Vorschläge für entsprechende Suchanfragen ergänzte.³ Diese Vorschläge lieferte ein Algorithmus, der unter anderem die Anzahl der von Nutzern eingegebenen Suchabfragen zugrunde legte.⁴ Frau Wulff ging einerseits gegen einzelne Stimmen vor und erwirkte Unterlassungserklärungen. Andererseits wandte sie sich auch gegen den Suchmaschinenbetreiber. Das Verfahren endete mit einem Vergleich.⁵

An einen Schwarm kann man weiter auch bei dem Sachverhalt denken, welcher der EuGH-Entscheidung *Bolagsupplysningen und Ilsjan*⁶ zugrunde lag: Nach den Angaben der Klageschrift im Ausgangsverfahren führte die schwedische Gesellschaft Svensk Handel, in der Arbeitgeber des Handelssektors zusammengeschlossen sind, auf ihrer Website eine „schwarze“ Liste. In diese nahm sie den Eintrag auf, Bolagsupplysningen, eine Gesellschaft estnischen Rechts, betreibe Betrug und Gaunerei. Ein zugehöriges Diskussionsforum auf der Website enthielt nach der Klageschrift nahezu 1000 Kommentare, darunter direkte Aufrufe zur Gewalt gegen das Unternehmen Bolagsupplysningen und seine Mitarbeiter. Bolagsupplysningen machte geltend, seine wirtschaftliche Tätigkeit in Schweden sei lahmgelegt und klagte auf Richtigstellung und Schadensersatz.⁷ Dieses Verfahren ist von den vorherigen Beispielen allerdings abzugrenzen: Rechtsschutz wurde nur gegen Svensk Handel begehrt, nicht gegen die Urheber der einzelnen Kommentare im Diskussionsforum. Dementsprechend trifft das Urteil des EuGH Aussagen zur Ausle-

² Eingehend zu diesen Geschehnissen und insbesondere zu ihrer materiell-rechtlichen Bewertung *Sajnovits*, ZGR 2021, 804 und Beitrag *Sajnovits*, in diesem Band, S. 197.

³ Vgl. etwa *Exner*, Das Vorleben der Bettina Wulf – wie sie es erzählt, Welt, 9.9.2021, <<https://www.welt.de/politik/deutschland/article109110496/Das-Vorleben-der-Bettina-Wulff-wie-sie-es-erzaehlt.html>>.

⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 269/12, GRUR 2013, 751.

⁵ Autocomplete-Funktion: Bettina Wulf schließt Vergleich mit Google, heise online, 15.1.2015, <<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Autocomplete-Funktion-Bettina-Wulff-schliesst-Vergleich-mit-Google-2518426.html>>; zur rechtlichen Bewertung der Autovervollständigen-Funktion vgl. BGH, GRUR 2013, 751.

⁶ EuGH, Urt. v. 17.10.2017 – C-194/16 (*Bolagsupplysningen und Ilsjan*), ECLI:EU:C:2017:766.

⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2017:766, Rn. 10.

gung von Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO⁸, ohne spezifisch auf Fragen einzugehen, die sich aus der kollektivbezogenen Dimension des Sachverhalts ergeben. Solche hätten sich womöglich eröffnet, wenn Bolagsupplysningen auch gegen die Urheber der Kommentare Rechtsschutz gesucht hätte.

Schließlich findet sich die Metapher des Schwarms auch bei Crowdfunding bzw. Schwarmfinanzierung, einer Art der Finanzierung also, bei der über Plattformen potentielle Anleger oder Kreditgeber zusammengeführt werden, sodass ein Kollektiv als Financier fungiert.⁹ In diesem Zusammenhang drängt sich vor allem die Frage auf, ob und wie solche Finanzierungsformen adäquat beaufsichtigt und reguliert werden können.¹⁰ Es können sich aber auch (international-)privatrechtliche Probleme stellen: Das Computerspiel *Ant Simulator* sollte über die Crowdfunding-Plattform *Kickstarter* schwarmfinanziert werden. Das Geld wurde von den Initiatoren veruntreut,¹¹ so dass sich die Frage nach einer Haftung gegenüber der Vielzahl (wie zu vermuten ist: auch internationaler) Investoren stellte.

2. Gegenstand und Anliegen des Beitrags

Ausgehend von den Beispielen einer Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch einen Schwarm und für Marktmanipulation (durch einen Schwarm oder in einer Fallgestaltung, die einen Schwarm betrifft) wirft dieser Beitrag einen Blick auf Schwärme aus der Warte des Internationalen Zivilverfahrensrechts und des Internationalen Privatrechts.

In all den eingangs benannten Konstellationen, die Haftungsfragen betreffen, kann man metaphorisch von Schwärmen sprechen. Was das differenzierende Spezifikum dieser Sachverhalte ist, bedarf aber näherer Betrachtung. Der Begriff des Schwarms bezieht sich auf Gruppen von Menschen, die emergente Verhaltensmuster zeigen, welche sich aus gleichförmigem Verhalten beteiligter Individuen ergeben.¹² Mithin kann man auch von emergenten

⁸ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 v. 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 S. 1).

⁹ Siehe dazu auch die Verordnung (EU) 2020/1503 v. 7. Oktober 2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 und der Richtlinie (EU) 2019/1937 (ABl. L 347 S. 1), die allerdings keine ausdrücklichen Regelungen zu internationalprivatrechtlichen Fragen trifft, *Rennig*, RD 2022, 1, 7.

¹⁰ Dazu im Einzelnen den Beitrag von *Omlor*, in diesem Band, S. 181.

¹¹ <<https://www.forbes.com/sites/erikkain/2016/02/01/ant-simulator-cancelled-after-devs-blow-kickstarter-funds-on-booze-and-strippers/?sh=61d5ede3f7a4>>.

¹² *Korch/Köhler*, in diesem Band, S. 1, 2 f.; vgl. aber auch den Begriff der *Kollektivität* bei *Öry*, *Kollektivität im Haftungsrecht*, 2020, S. 5 ff., die bei ihrer Analyse von Kollektivität im Haftungsverhältnis Kollektive als Phänomene sozialer Interdependenz zwischen

Kollektiven sprechen, die in fluider, nicht organisatorisch verfestigter Selbstkoordination handeln.¹³ Der Schwarm hat weder eine Zentrale, noch wird er zentral gesteuert. Aus der Warte des Rechts ist von besonderem Interesse, dass das Verhalten eines so verstandenen Schwarms gleichwohl nicht ohne Weiteres zu erklären und erfassen ist, wenn man nur die Schwarmglieder als Individuen in den Blick nimmt.¹⁴

Der Schwarm ist dem Internationalen Privatrecht und dem Internationalen Zivilverfahrensrecht als Begriff und auch als Denkkategorie nicht als solcher zu eigen, auch wenn Kollektivphänomene durchaus behandelt werden, so etwa bei Massenunfällen, Streudelikten mit mehreren Geschädigten¹⁵ und Fragen internationalen kollektiven Rechtsschutzes. Grundsätzlich gehen das Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht von einer individualistischen Perspektive aus. Die Gerichtsstände der Brüssel Ia-VO wie auch der ZPO sind grundsätzlich für Prozesse zwischen zwei Parteien geschaffen,¹⁶ die Frage des anwendbaren Rechts wird in kollisionsrechtlichen Instrumenten zunächst einmal für Zwei-Personen-Verhältnisse entfaltet.¹⁷ Kollektive werden nur punktuell berührt. Zur Illustration mag Art. 20 Rom II-VO („Mehrfache Haftung“) dienen. Die Norm regelt, nach welchem Recht einer von mehreren Schuldern derselben Forderung bei den anderen Schuldnern Regress nehmen kann. Als Regressstatut ist das Recht berufen, das auf die Verpflichtung dieses Schuldners (bzw. Regressgläubigers) gegenüber dem Gläubiger aus dem außervertraglichen Schuldverhältnis anzuwenden ist. Diese Regelung setzt voraus, dass sich die Rom II-VO grundsätzlich mit Zweierbeziehungen befasst.¹⁸

Für internationale Delikte setzt sich damit das haftungsrechtliche „Denken in Akteuren, deren Verhalten und deren Schaden“¹⁹ fort. Im Folgenden soll erläutert werden, dass und wie das Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht Deutschlands und der EU dennoch weitgehend adäquate Lösungen für typische Fragestellungen bereithalten, in denen Schwärme auftreten.

Individuen begreift, die auszeichnet, dass sie sich beziehungsweise ihr Handeln (unabhängig von einer darauf gerichteten Intention) koordinieren.

¹³ Kersten, ZfRSoz 37 (2017), 8, 17 m. w. N.

¹⁴ Korch/Köhler, in diesem Band, S. 1, 3.

¹⁵ Unter Streudelikten werden Delikte verstanden, die Schäden in mehreren Staaten verursachen. Denkbar ist dabei auch, dass sich diese Schäden nur auf einen einzelnen Geschädigten beziehen, vgl. Junker, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom II-VO Rn. 31 m. w. N.

¹⁶ Rentsch, RabelsZ 85 (2021), 544, 558 zur Brüssel Ia-VO.

¹⁷ Vgl. Junker (Fn. 15) Art. 40 EGBGB Rn. 45.

¹⁸ Rühl, in: BeckOGK, Stand: 1.12.2017, Art. 4 Rom II-VO Rn. 96.

¹⁹ Öry (Fn. 12), S. 3.

II. Regelungsziele

Dafür ist zunächst zu erörtern, welche Regelungsziele durch das Internationale Privatrecht überhaupt erreicht werden können und sollen, wenn in grenzüberschreitenden (Haftungs-)Fällen Schwärme beteiligt sind.

1. Internationales Privatrecht

Das Internationale Privatrecht setzt gedanklich bereits vor der materiellrechtlichen Behandlung eines Falls an und zielt grundsätzlich darauf, die Rechtsordnung mit der engsten Verbindung zum betreffenden Sachverhalt zu identifizieren,²⁰ auch wenn dieser Grundsatz gewisse Durchbrechungen erfährt.²¹ Das Kollisionsrecht soll damit den Zielen der Vorhersehbarkeit²² und Rechtssicherheit dienen²³ und zugleich den internationalen Entscheidungseinklang fördern, wie auch effektiven und einfachen Rechtsschutz und eine effiziente Streitbeilegung befördern.²⁴

2. Internationale Sachverhalte unter Beteiligung von Schwärmen

Diese Zielsetzungen nehmen jedoch die Beteiligung von Schwärmen nicht spezifisch in den Blick. Hier sind je nach Fallgestaltung weitere Erwägungen anzustellen, welchen Beitrag das Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht trotz ihrer individualistischen Prämisse für die Bewältigung von Schwarmsachverhalten liefern können.

a) Schwarm auf Schädigerseite

Steht eine Schädigung durch Schwarmverhalten in Rede, ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Schwarm als solcher auch vom materiellen Recht bislang weitgehend nicht erfasst ist und das Recht das Geschehen in individuelle Verhältnisse auflöst. Ebenso halten das Internationale Zivilverfahrensrecht und das Internationale Privatrecht grundsätzlich nur Regelungen für Verhältnisse von Individuen bereit. Die Emergenz und Koordination im Schwarm wird damit nicht als solche erfasst. Das Internationale Zivilverfahrensrecht und das Internationale Privatrecht könnten jedoch immerhin eine Aggregation erleichtern. Das kann insbesondere bedeuten, den Rechtsverfolgungsaufwand dadurch gering zu halten, dass möglichst einheitliche Gerichtsstände eröffnet sind und damit die Prozessbündelung gegen eine Viel-

²⁰ von Hein, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, Einl. IPR Rn. 29.

²¹ Ausführlich und eingehend Schwemmer, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2018, S. 196 ff.

²² ErwGr. 6, 16 Rom II-VO.

²³ ErwGr. 6, 14 Rom II-VO; Schwemmer (Fn. 21), S. 190.

²⁴ von Hein (Fn. 20), Einl. IPR Rn. 7.

zahl von Schädigern erleichtert wird. Ist der Weg zu einem einheitlichen anwendbaren Recht eröffnet, sinken auch die Rechtsberatungskosten.

b) *Schwarm auf Geschädigtenseite*

Steht dagegen ein Schwarm auf Geschädigtenseite, tauchen Probleme auf, die darin begründet liegen, dass eine Mehrzahl von Personen geschädigt ist – ein Szenario, das unabhängig von der Koordination im Kollektiv eintreten kann. Auch insoweit können das Internationale Zivilverfahrensrecht und das Internationale Privatrecht wiederum helfen, wenn sie Aggregation erleichtern.

Michaels identifiziert drei Probleme, die insoweit mit kollektivem Rechtsschutz beseitigt werden sollen: hohe Prozesskosten von Einzelverfahren werden durch Prozessbündelung gemindert; eine angemessene Kompensation der einzelnen Geschädigten wird insbesondere bei der *opt-out class action* erreicht, wenn zunächst alle Schäden im Verfahren erfasst sind und die sog. rationale Apathie der einzelnen Geschädigten überwunden wird; mit einer vollständigeren (haftungs-)rechtlichen Erfassung wird schließlich auch der regulatorische Zugriff auf das zugrundeliegende Phänomen verbessert, wenn kein hinreichender Schadensersatzanspruch zu zahlen ist.²⁵

Hat der Sachverhalt zugleich eine internationale Dimension, zeigen sich besondere Herausforderungen, zu deren Bewältigung das Internationale Zivilverfahrensrecht und das Internationale Privatrecht beitragen können.²⁶ Die Rechtsverfolgungs- und -beratungskosten steigen, wenn mehrere Rechtsordnungen einschlägig sind. Greifen unterschiedliche Anspruchsgrundlagen, wird möglicherweise auch unterschiedlicher Vortrag erforderlich.²⁷ Die Streitbeilegung wird komplizierter und langsamer.²⁸ Gerade auch für qualifizierte Einrichtungen im Sinne der Verbandsklagerichtlinie²⁹ erscheint die Fremdrechtsanwendung diffizil.³⁰ Zudem ist bei paralleler Anwendbarkeit unterschiedlicher Rechte denkbar, dass verschiedene Beteiligte allein aufgrund unterschiedlicher anwendbarer Rechte Schadensersatz in unterschiedlicher Höhe erhalten, was Gerechtigkeitsfragen aufwirft.³¹ Schließlich ist auch das optimale Regulierungsniveau schwerer zu kalibrieren, wenn mehrere Rechte parallel anwendbar sind.³²

²⁵ *Michaels*, in: Nuyts/Hatzimihail, Cross-Border Class Actions, 2014, S. 111, 118 ff.

²⁶ *Michaels* (Fn. 25), S. 116 ff.

²⁷ *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544, 565; vgl. auch *Öry* (Fn. 12), S. 204 für das materielle Recht.

²⁸ *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544, 566; *Bizer*, *Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien*, 2022, S. 265 f.

²⁹ Richtlinie (EU) 2020/1828 v. 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (ABl. L 409/1).

³⁰ *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544, 566.

³¹ *Michaels* (Fn. 25), S. 119.

Diese Erwägungen sprächen dafür, kollektiven Rechtsschutz in internationalen Fällen zu erleichtern, indem eine möglichst einheitliche internationale Zuständigkeit³³ und ein möglichst weitgehend einheitliches anwendbares Recht berufen werden.³⁴ Das könnte auch für Eigenschaften und Verhalten des Schwarms hilfreich sein, die sich nicht allein erklären und rechtlich erfassen lassen, dass man jeweils Individuen in den Blick nimmt. Die Vermutung liegt nahe, dass in einem Verfahren, das unter Beteiligung vieler Schwarmglieder verhandelt wird, der Gesamtsachverhalt mit den schwarmspezifischen Besonderheiten weitergehend erfasst wird.³⁵

III. Bewältigung von internationalen Schwarmsachverhalten in ausgewählten Beispielfällen

Im Folgenden soll anhand von Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Marktmanipulationen als paradigmatischen Fallgruppen gezeigt werden, dass und wie das Internationale Zivilverfahrensrecht und das Internationale Privatrecht unter Wahrung ihrer allgemeinen Zielsetzungen die Bewältigung von Schwarmsachverhalten erleichtern.

1. Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen unter Beteiligung eines Schwarmes steht die Fallgestaltung im Fokus, dass der Schwarm auf der (behaupteten) Schädigerseite zu finden ist,³⁶ so bei der Verbreitung eines Gerüchts, abwertenden Kommentaren im Internet und anderen „Shitstorms“. Entschließt sich die geschädigte Person, nicht gegen den Schwarm beziehungsweise seine Glieder, sondern gegen eine Plattform vorzugehen, wirft dies aus kollisionsrechtlicher Warte kaum „schwarmspezifische“ Fragen auf.³⁷ Hier soll vielmehr der Fall im Vordergrund stehen, dass eine geschädigte Person gerichtlich gegen mehrere Schwarmglieder als Schädiger vorgeht.³⁸

³² *Michaels* (Fn. 25), S. 120.

³³ Für die Verbandsklagerichtlinie *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544, 554.

³⁴ *Michaels* (Fn. 25), S. 133 ff.; ausführlich zur Verbandsklagerichtlinie *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544, 563 ff.

³⁵ *Kersten*, *ZfRSoz* 37 (2017), 8, 20 f.

³⁶ Vgl. immerhin zur internationalen Zuständigkeit für individuelle Klagen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen gegenüber einem Kollektiv EuGH, *Urt. v. 17.6.2021 – C 800/19 (Mittelbayerischer Verlag)*, ECLI:EU:C:2021:489.

³⁷ Zum Vertragsstatut mit Blick auf den Plattformvertrag siehe etwa *Bizer* (Fn. 28), S. 39 ff.

³⁸ Siehe allerdings zu Fragen der Effektivität dieses Vorgehens etwa *Gomille*, *ZUM* 2021, 81, 84, 88.

Im Kontext von Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist die Beteiligung mehrerer Schädiger kein Novum. Regelmäßig wird diese gemeinsame Schädigung aber auf eine individualistische Betrachtung zurückgeführt. Als Beispiel lässt sich die Diskussion um komplexe Betriebsabläufe in Medienunternehmen heranziehen, die auftaucht, wenn ein Medium persönlichkeitsverletzende Inhalte veröffentlicht. Bei der Bestimmung des Handlungsorts wird für eine vorrangige Verantwortlichkeit der (Chef-)Redaktion plädiert, da diese die Entscheidung über die Veröffentlichung trifft und damit als Verhaltenszentrale agiert.³⁹ Damit wird insoweit – anders als bei Schwärmen im oben skizzierten Sinn – eine Zentralfigur identifiziert, die das fragliche Verhalten steuert beziehungsweise der es rechtlich zugerechnet wird. Hier stehen dagegen Fälle im Mittelpunkt des Interesses, in denen es eine solche Zentralfigur nicht gibt.

a) Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit regelt ein gespaltenes Regime. Abhängig vom Wohnsitz des Beklagten können die Brüssel Ia-VO (Wohnsitz in einem Mitgliedstaat) oder die ZPO (Wohnsitz in einem Drittstaat) eingreifen.⁴⁰ Beide Instrumente folgen dem Ubiquitätsgrundsatz und eröffnen bei Delikten die internationale Zuständigkeit der Gerichte am Handlungs- und Erfolgsort. Gleichwohl bestehen im Einzelnen Unterschiede.⁴¹

(1) Regelungen der Brüssel Ia-VO

Für Beklagte mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat regelt die Brüssel Ia-VO die internationale Zuständigkeit. Sie eröffnet im Sinne der Vorhersehbarkeit⁴² als Grundmodell einen Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten, Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO.

Daneben eröffnet Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO eine besondere Zuständigkeit des Gerichts des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Dahinter steht die Erwägung, dass sich auch aufgrund einer engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit eine Zuständigkeit ergeben kann, soweit dieser Gerichtsstand vernünftigerweise zu erwarten ist.⁴³ „Dies“ ist nach dem betreffenden Erwägungsgrund „besonders wichtig bei Rechtsstreitigkeiten, die außervertragliche Schuldverhältnisse infolge der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte einschließlich

³⁹ EuGH, Urt. v. 7.3.1995 – C-68/93 (*Shevill u. a. / Presse Alliance*), ECLI:EU:C:1995:61, Rn. 24; von *Hinden*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, 1999, S. 58 ff. m. w. N.

⁴⁰ Daneben kommt insbesondere die völkervertragliche Regelung des LugÜ in Betracht, siehe etwa *Heinrich*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 32 ZPO Rn. 24 m. w. N.

⁴¹ *Bizer* (Fn. 28), S. 297 ff.

⁴² ErwGr. 15 Brüssel Ia-VO.

⁴³ ErwGr. 16 Satz 2 Brüssel Ia-VO.

Verleumdung betreffen.“⁴⁴ Hier gilt also in besonderem Maße, was für sämtliche Zuständigkeitsregeln nach Art. 7 Brüssel Ia-VO gilt – sie sind als Ausnahmen eng auszulegen.⁴⁵

Nach dem EuGH erklärt sich die Zuständigkeit der Gerichte am Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, insbesondere mit der Nähe zum Streitgegenstand und der leichteren Beweisaufnahme.⁴⁶ Auf Klägerinteressen nimmt der EuGH demgegenüber nicht Bezug.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist mit der Wendung „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht“ das Ubiquitätsprinzip angelegt, denn diese Wendung bezeichnet „sowohl den Ort des ursächlichen Geschehens als auch den Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs“,⁴⁷ mithin Handlungsort und Erfolgsort.

Den Handlungsort bestimmt der EuGH in *Shevill* für gedruckte Pressezeugnisse als den „Ort der Niederlassung des Herausgebers der streitigen Veröffentlichung“. Dieser stelle „den Ort dar, an dem das schädigende Ereignis seinen Ausgang nahm und von dem aus die ehrverletzende Äußerung gemacht und in Umlauf gebracht wurde.“⁴⁸ Für Online-Veröffentlichungen hat der EuGH diese Rechtsprechung nicht modifiziert.⁴⁹ Mithin bestimmt der EuGH auch für den komplexen Vorgang einer Presse- oder Onlinepublikation einen zentralen Handlungsort.

Schwärme im eingangs dargelegten Sinn kennzeichnet es dagegen, dass eine solche Zentrale nicht existiert. Soweit mehrere Personen auf gleicher Ebene an einem Delikt beteiligt gewesen sein sollen, lehnt der EuGH eine wechselseitige Handlungsortzurechnung ab.⁵⁰ Es fehle „an einem eine solche Zurechnung ermöglichenden gemeinsamen Konzept in den nationalen Rechtsordnungen und der Rechtsordnung der Europäischen Union“,⁵¹ ein eventueller Rekurs auf materielles Recht gefährde die Ziele der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit⁵² und eine Zurechnung von Handlungen zur Annahme eines Handlungsortes gehe schließlich über die von der Brüssel Ia-VO

⁴⁴ ErwGr. 16 Satz 3 Brüssel Ia-VO.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 24.11.2020 – C-59/19 (*Wikingerhof*), ECLI:EU:C:2020:950.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2021 – C-251/20 (*Gifflix Tv*), ECLI:EU:C:2021:1036, Rn. 26 m. w. N.

⁴⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2021:1036, Rn. 27 m. w. N.

⁴⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1995:61, Rn. 24.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 (*eDate Advertising u. a.*), ECLI:EU:2011:685, Rn. 52; EuGH, ECLI:EU:C:2017:766, Rn. 30; EuGH, ECLI:EU:C:2021:1036, Rn. 30, 33.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 16.5.2013 – C-228/11 (*Melzer*), ECLI:EU:C:2013:305, Rn. 30 ff. m. Anm. Müller, NJW 2013, 2099; EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-360/12 (*Coty Germany*), ECLI:EU:C:2014:1318, Rn. 50 f.

⁵¹ EuGH, ECLI:EU:C:2013:305, Rn. 32.

⁵² EuGH, ECLI:EU:C:2013:305, Rn. 35.

erfassten Fallgestaltungen hinaus und verstoße damit gegen ihre Systematik.⁵³ Mithin wären für Klagen gegen einzelne Glieder eines Schwarms auch jeweils individuelle Handlungsortzuständigkeiten gegeben. Diese wären nach herrschendem Verständnis dort eröffnet, wo jeweils der letzte Akt erfolgt ist, der zu einer Veröffentlichung des fraglichen Inhalts geführt hat.⁵⁴

Eine Aggregation erlaubt dagegen die Erfolgsortzuständigkeit, soweit diese an ein einheitliches, geschädigtenbezogenes Kriterium anknüpft. Der EuGH hat für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Pressedelikte den sog. Mosaikansatz entwickelt⁵⁵ und diesen in späteren Entscheidungen für Internetdelikte ausgearbeitet.⁵⁶ Danach liegt bei einer behaupteten Persönlichkeitsrechtsverletzung ein zuständigkeitsbegründender Erfolgsort einerseits am Mittelpunkt der Interessen der klagenden Person und andererseits in anderen Mitgliedstaaten, in denen der jeweilige Inhalt zugänglich war, hinsichtlich des dort entstandenen Schadens. Mit der Bezugnahme auf den Mittelpunkt der Interessen der klagenden Person ist ein Kriterium benannt, das Geschädigten einen einheitlichen Gerichtsstand für Klagen gegen Individuen aus dem Schwarm eröffnen kann. Das ergibt sich nicht aus einer schwarmspezifischen Regelung, die sich in besonderer Weise auf die Emergenz beziehen würde, sondern schlicht daraus, dass hier an ein Merkmal auf Geschädigten-seite angeknüpft wird.

(2) Regelungen der ZPO

Für Beklagte mit Wohnsitz in Drittstaaten greift nicht die Brüssel Ia-VO, sondern die ZPO als Regelung der internationalen Zuständigkeit (vgl. Art. 6 Brüssel Ia-VO). Auch danach ist für deliktische Ansprüche gem. § 32 ZPO im Sinne des Ubiquitätsprinzips ein besonderer deliktischer Gerichtsstand am Handlungs- (bzw. Begehungs-) und Erfolgsort eröffnet.

Der Handlungsort eines einzelnen Schädigers bestimmt sich für Persönlichkeitsrechtsverletzungen in vergleichbarer Art und Weise wie im unionalen Zuständigkeitsrecht als der Ort, an dem das schadensbegründende Ereignis veranlasst wurde.⁵⁷ Anders als unter der Brüssel Ia-VO kommt jedoch im Rahmen von § 32 ZPO eine Zurechnung von Handlungen bei der Beteiligung mehrerer durchaus in Betracht. Der BGH knüpft an die materiell-rechtliche Zurechnungsnorm des § 830 BGB an und nimmt nach diesen Maßstäben auch im Rahmen des § 32 ZPO eine Zurechnung von Tatbeiträgen für Mittäter und

⁵³ EuGH, ECLI:EU:C:2013:305, Rn. 36.

⁵⁴ Siehe etwa *Bizer* (Fn. 28), S. 156; *Geimer*, in *Geimer/Schütze*, EuZVR, 4. Aufl. 2020, Art. 7 EuGVVO Rn. 265, 301.

⁵⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1995:61 Rn. 27 ff.

⁵⁶ EuGH, ECLI:EU:2011:685, Rn. 52; EuGH, ECLI:EU:C:2017:766, Rn. 30; EuGH, ECLI:EU:C:2021:1036, Rn. 30, 33.

⁵⁷ *Patzina*, in: *MünchKomm ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 32 ZPO Rn. 20.

Teilnehmer vor.⁵⁸ Der springende Punkt ist jedoch, ob Maß bzw. Art der Koordination zwischen den Schwarmgliedern bereits die Schwelle der Mittäterschaft oder Teilnahme im Sinne von § 830 BGB⁵⁹ überschreitet. Da der Begriff von Mittäterschaft und Teilnahme in § 830 BGB grundsätzlich dem Strafrecht folgt, ist dafür ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei der Tatausführung aufgrund eines gemeinsamen Tatplans (Mittäterschaft)⁶⁰ bzw. der Wille der einzelnen Beteiligten erforderlich, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern (Teilnahme).⁶¹ Das ist nach dem geltenden Recht nicht für alle Schwarmsachverhalte anzunehmen, die gerade auszeichnet, dass die wechselseitigen Absprachen gering oder überhaupt abwesend sein können.⁶² Entscheidend bei der Emergenz ist nicht eine individualistisch verstandene Absprache unter Einzelnen oder ein Vorsatz bezüglich fremder Tat, sondern das sich rein faktisch gegenseitig beeinflussende Verhalten. In § 830 BGB setzt sich jedoch die individualistische Prämisse des Haftungsrechts fort, die nicht alle Formen der Kollektivität erfasst.⁶³ Nur für Fälle mit einem hohen Maß an Koordination bzw. einer darauf gerichteten Intention dürfte damit bereits die Handlungsortzuständigkeit einheitlich sein.

Damit ist auch unter der ZPO die Erfolgsortzuständigkeit für Schwarmsachverhalte von besonderem Interesse. Nach dem BGH ist sie bei Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch im Internet abrufbare Veröffentlichungen gegeben, „wenn die als rechtsverletzend beanstandeten Inhalte objektiv einen deutlichen Bezug zum Inland in dem Sinne aufweisen, dass eine Kollision der widerstreitenden Interessen (...) nach den Umständen des konkreten Falls ... im Inland tatsächlich eingetreten sein kann oder eintreten kann“.⁶⁴ Relevante Interessen sind dabei etwa die des Klägers an der Achtung seines Persönlichkeitsrechts und die der Beklagten an der Verbreitung der jeweiligen Äußerung. Auch unter der ZPO kann sich damit ein einheitlicher Erfolgsort für Schwarmsachverhalte ergeben. Zu bedenken ist jedoch, dass diese Interessenkollision nach hergebrachtem Verständnis für jedes prozessuale Verhältnis gesondert zu bestimmen ist. Damit können in Rechtsstreitigkeiten über verschiedene Persönlichkeitsverletzungen im Rahmen desselben Gesamtkomplexes durchaus unterschiedliche Entscheidungen zur internationalen Zuständigkeit zu treffen sein. In einer Fallgestaltung, wie sie der EuGH-Entscheidung

⁵⁸ BGH, Urt. v. 9.3.2010 – XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 (370 f. Rn. 19).

⁵⁹ Dazu *Wagner*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, § 830 BGB Rn. 17 ff., 21 ff.

⁶⁰ Siehe etwa BGH, Urt. v. 11.3.2009 – I ZR 114/06, BGHZ 180, 134 (Rn. 14); *Wagner* (Fn. 59) Rn. 5.

⁶¹ Siehe etwa BGH, Urt. v. 22.2.2019 – V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 (Rn. 46); *Wagner* (Fn. 59) Rn. 39.

⁶² Eingehend der Beitrag von *Gomille*, in diesem Band, S. 89.

⁶³ *Öry* (Fn. 12), S. 12.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 2.3.2010 – VI ZR 23/09, BGHZ 184, 313 (Ls. 1, Rn. 16 ff. m. w. N.).

Bolagsupplysningen und Ilsjan zugrunde lag, wo abwertende Kommentare in einem Diskussionsforum in Schweden wahrgenommen werden und sich auswirken, wäre wohl eine Interessenkollision in Schweden anzunehmen. Dagegen ist bereits weniger klar, ob die Äußerungen österreichischer Blogger zu Gerüchten um eine in Deutschland ansässige Person zu einer Interessenkollision in Deutschland führen. Nach dem BGH soll ein hinreichender Inlandsbezug jedoch dann gegeben sein, wenn eine Kenntnissnahme von dem beanstandeten Inhalt nach den Umständen des konkreten Falls im Inland erheblich näher liegt als dies aufgrund der bloßen Abrufbarkeit (im Internet) zu erwarten wäre.⁶⁵ Das dürfte viele Fallgestaltungen erfassen, in denen ein Schwarm sich gegen eine bestimmte Person richtet. Anders würde es jedoch jedenfalls dann liegen, wenn Teile des Schwarms Inhalte in fremder Sprache und Schrift veröffentlichen, die sich überwiegend an Adressaten im Ausland wenden.⁶⁶ Es ist allerdings zu vermuten, dass diese Fallgestaltungen vergleichsweise die selteneren sein dürften.

In der Gesamtschau von ZPO und Brüssel Ia-VO ist schließlich zu betonen, dass diese Instrumente nicht den gleichen Erfolgsortbegriff verwenden. Für Rechtsstreitigkeiten gegen Personen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat und gegen Personen mit Wohnsitz in einem Drittstaat könnten sich auch aus dieser Divergenz unterschiedliche internationale Zuständigkeiten ergeben.⁶⁷

b) Anwendbares Recht nach dem EGBGB

Die Rom II-VO klammert außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte, einschließlich der Verleumdung, aus ihrem Anwendungsbereich aus, Art. 1 Abs. 2 Buchstabe g) Rom II-VO. Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts kommen damit Art. 40 f. EGBGB zur Anwendung.⁶⁸ Danach ist grundsätzlich das Recht des Handlungsorts anwendbar (Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB); der Geschädigte hat ein Wahlrecht zugunsten des Rechts des Staates, in dem der Erfolg eingetreten ist (Art. 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB).⁶⁹ Die Diskussion um die Konkretisierung dieser Orte greift viele Aspekte aus dem Zuständigkeitsrecht auf.⁷⁰

⁶⁵ BGHZ 184, 313 (Rn. 20 m. w. N.).

⁶⁶ BGH, Ur. v. 29.3.2011 – VI ZR 111/10, NJW 2011, 2059.

⁶⁷ *Fornasier*, in: BeckOGK, Stand: 1.6.2022, Art. 40 EGBGB Rn. 92.

⁶⁸ Eingehend *Fornasier* (Fn. 67), Art. 40 EGBGB Rn. 15 ff.

⁶⁹ *von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 143 ff.; *von Hinden* (Fn. 39), S. 208 ff.

⁷⁰ Vgl. etwa BGH, Ur. v. 6.2.1990 – XI ZR 184/88, NJW-RR 1990, 604, 605; siehe zum Handlungsort *Bizer* (Fn. 28), S. 147 ff.; *Fornasier* (Fn. 67), Art. 40 EGBGB Rn. 44 ff.; *von Hein* (Fn. 69), S. 320 ff.; *von Hinden* (Fn. 39), S. 54 ff.; zum Erfolgsort *Bizer* (Fn. 28), S. 167 ff.; *Fornasier* (Fn. 67), Art. 40 EGBGB Rn. 49 ff.; *von Hein* (Fn. 69), S. 315 ff.

Dabei soll nach dem BGH auch in diesem Rahmen eine Zurechnung von Tatbeiträgen möglich sein, die auf § 830 BGB Bezug nimmt: Für Teilnehmer soll das Recht des Ortes maßgeblich sein, an dem der Haupttäter gehandelt hat.⁷¹ Hier wiederholt sich die Beobachtung, dass die Besonderheiten eines Schwarms von § 830 BGB nicht vollständig erfasst werden. Bei einer Mittäterschaft, aus der sich qua wechselseitiger Zurechnung mehrere Handlungsorte ergeben, wäre die Lage für den Geschädigten weniger günstig. Anders als im Zuständigkeitsrecht, in dessen Rahmen der Geschädigte unter mehreren denkbaren Gerichtsständen eine Auswahl treffen kann, wäre, wie *von Hein* erläutert, für das Internationale Privatrecht überhaupt erst zu klären, welches Recht zur Anwendung kommen sollte, wenn aufgrund einer Zurechnung mehrere Handlungsorte einschlägig sind.⁷²

Bei der Konkretisierung des Erfolgsorts tendiert der BGH zu einer Auslegung, die sich an der ZPO orientiert.⁷³ Sofern dabei kein einheitlicher Erfolgsort zu finden ist, könnte weiterhin die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zu einem einheitlichen anwendbaren Recht führen. Das wird allerdings nur unter besonderen Umständen anzunehmen sein. Nach Art. 41 EGBGB ist, wenn mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung besteht als mit dem nach Art. 40 berufenen, jenes Recht anzuwenden. Das soll wiederum die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts erhöhen, nicht gefährden. Die Norm greift erst ab einer gewissen Schwelle ein,⁷⁴ die Ausweichklausel wird mithin bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nur zurückhaltend herangezogen⁷⁵ (so etwa bei sog. inter-individuellen Delikten, wenn ein Schreiben diffamierenden Inhalts auf einer Auslandsreise abgeschickt wird⁷⁶ oder bei einer Diffamierung, die sich alleine auf eine Online-Persönlichkeit auf einer spezifischen Plattform bezieht⁷⁷). Bei der Schädigung durch einen Schwarm könnte man am ehesten daran denken, dass diese im Sinne einer besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zwischen den Beteiligten das Regelbeispiel des Art. 41 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB erfüllt. Dagegen sprechen allerdings verschiedene Aspekte: So erscheint denkbar, dass die besondere Beziehung hauptsächlich zwischen den Schwarmgliedern, nicht aber zu der geschädigten Person besteht. Zudem ergibt sich die prakti-

⁷¹ BGHZ 184, 365 (Rn. 31 f. m.w.N.); älterer Überblick etwa bei *von Hein* (Fn. 69), S. 278 ff.

⁷² *von Hein* (Fn. 69), S. 280 ff. m.w.N.

⁷³ *Fornasier* (Fn. 67), Art. 40 EGBGB Rn. 91 m.w.N.

⁷⁴ *Fornasier* (Fn. 67), Art. 41 EGBGB Rn. 12 m.w.N.; *Wurmnest*, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 41 Rn. 4 m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *Fornasier* (Fn. 67), Art. 41 EGBGB Rn. 14 ff.; *Bizer* (Fn. 28), S. 286 ff.

⁷⁶ *Fornasier* (Fn. 67), Art. 41 EGBGB Rn. 15; *Wurmnest*, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 41 Rn. 13.

⁷⁷ *Bizer* (Fn. 28), S. 290 f., welche die praktische Relevanz dieser Fälle für „sehr gering“ hält.

sche Schwierigkeit, dass auch zu klären wäre, zu welcher Rechtsordnung das Schwarmdelikt eine nähere Verbindung haben sollte. Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis zeichnet Schwärme jedoch gerade das Fehlen einer Verhaltenszentrale aus. Damit ist eine engere Verbindung zu einem anderem Recht als dem des jeweiligen Erfolgsorts jedenfalls allgemein schwerlich vorstellbar.

2. Marktmanipulation

Für das weitere Beispiel der Marktmanipulation soll sowohl der Fall erörtert werden, dass im Schwarmverhalten eine Marktmanipulation (vgl. Art. 12 ff. MAR⁷⁸) liegt, wie auch die Konstellation, dass Glieder des Schwarms durch eine Marktmanipulation geschädigt werden. Hier bereitet vor allem die Bestimmung des Erfolgsortes Schwierigkeiten: Es setzt sich auf kollisionsrechtlicher Ebene das Spannungsverhältnis von individualistischer Betrachtung und Kollektivphänomen fort, das insoweit bereits das materielle Recht kennzeichnet.

a) Internationale Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-VO und der ZPO

Auch für Marktmanipulationen bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach Brüssel Ia-VO und ZPO.⁷⁹

Für Verfahren, in denen der Schwarm auf Geschädigtenseite steht, auf Schädigerseite jedoch nur eine Person, führt bereits der allgemeine Beklagengerichtsstand an dessen Sitz oder Niederlassung auf einen einheitlichen Gerichtsstand, ebenso die Handlungsortanknüpfung in der besonderen Zuständigkeitsregelung des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO.

Steht der Schwarm dagegen auf Schädigerseite, kommt es auf die besondere Zuständigkeitsregelung des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO an. Hier könnte sich wiederum für denkbare Verfahren gegen verschiedene individuelle Schädiger eine einheitliche Zuständigkeit am Erfolgsort ergeben, wenn dieser sich nach Kriterien bestimmt, die unabhängig von schädigerbezogenen Umständen sind.

Die Bestimmung des Erfolgsorts ist für das Kapitalmarktdeliktsrecht allerdings „notorisch schwierig“.⁸⁰ Hier schlägt sich ein weiteres Problem in der Erfassung von Kollektiven im Recht nieder: Die materiell-rechtlichen Herausforderungen bei der Würdigung des Kapitalmarktgeschehens als Markt-

⁷⁸ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 v. 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (Marktmissbrauchs-VO) (ABl. L 173 S. 1).

⁷⁹ Zu Verfahren gegen Emittenten beachte die Norm des § 32 ZPO die auf eine Verfahrens Bündelung zielt und dazu etwa OLG Braunschweig, Beschl. v. 27.10.2017 – 1 W 31/17, BeckRS 2017, 131073.

⁸⁰ Rühl (Fn. 80), Art. 4 Rom II-VO Rn. 68 f.

phänomen übertragen sich für die Frage des Erfolgsorts bei Kapitalmarktdelikten auf das Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht. Bereits auf Ebene des materiellen Rechts ist es eine komplexe Frage, welche Interessenverletzung relevant ist – die des Marktes oder die der einzelnen Personen.⁸¹ Das kollektive Marktgeschehen wird mit den bestehenden Haftungsregelungen auf einen individuellen Schaden übergeleitet.⁸² Man kann sich jedoch die Frage stellen, ob ein haftungsbegründendes Geschehen am Kapitalmarkt nicht von vornherein als Kollektivphänomen erfasst werden müsste.⁸³ Dieses Spannungsverhältnis von Kollektivphänomen und individualistischer Betrachtung überträgt sich auf den Begriff des Erfolgsorts, der je nach Schutzgut der betroffenen Regelungen unterschiedlich zu bestimmen ist.⁸⁴

Das ist etwa in der deutschen Diskussion um den Erfolgsort bei Kapitalmarktdelikten zu erkennen, die – das sei vorweg bemerkt – seit der Schaffung der Spezialvorschrift des § 32b ZPO⁸⁵ an Bedeutung verloren hat. Diese Diskussion fokussiert nicht die Marktmanipulation, zu der insbesondere zu den früheren § 20a WpHG a.F. und § 88 BörsG a.F. die Ansicht herrschte, dass sie keine Ansprüche wegen Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB auslöste.⁸⁶ Für andere Kapitalmarktdelikte (hierzu könnte man auch an die Geschehnisse um das Crowdfunding-Projekt Ant-Simulator denken) wurde der Erfolgsort teils am Ort der Börsenzulassung als Ort der Marktpreisbildung verortet (Ansprüche aus der Verletzung von Ad-hoc-Informationspflichten),⁸⁷ teils aber auch am Wohnsitz geschädigter Aktionäre (Ansprüche gegen einen Prospektverantwortlichen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen)⁸⁸.

Für die Brüssel Ia-VO geben einige Entscheidungen des EuGH Hinweise darauf, wie sich bei einem Kapitalmarktdelikt der Erfolgsort bestimmen kann – auch wenn sich der EuGH bislang ebenfalls nicht speziell mit einer Marktmanipulation befasst hat. Auch diese Entscheidungen stehen im Spannungsverhältnis von individuellem Bezug auf den Geschädigten und der Anknüp-

⁸¹ Ausführlich Öry (Fn. 12), S. 175 ff.

⁸² Vgl. Öry (Fn. 12), S. 15 zum materiellen Recht und zur Reduktion auf individuelles Vertrauen in einer individuellen Anlageentscheidung.

⁸³ Öry (Fn. 12), S. 204 ff., 256 ff.

⁸⁴ *Mankowski*, LMK 2021, 808834; *Poelzig*, in: *Zetzsche/Lehmann*, *Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen*, 2018, § 11 Rn. 65; vgl. *Dornis*, in: *BeckOGK*, Stand: 1.3.2020, IPR Internationales und europäisches Finanzmarktrecht Rn. 654 f.

⁸⁵ BGBl. I 2005, S. 2437.

⁸⁶ Vgl. *Poelzig*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, *Handelsgesetzbuch*, 4. Aufl. 2020, *Marktmissbrauchs-VO* Art. 12 - Anhang I Rn. 53 ff. m.w.N. auch zum aktuellen Meinungsstand zu Art. 12, 15 MAR.

⁸⁷ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 5.8.2010 – 21 AR 50/10, *EuZW* 2010, 918 m.w.N. zu §§ 37b, 37c WpHG a.F.

⁸⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.9.2005 – 1 U 55/05, *NJOZ* 2006, 2735.

fung an allgemeinere (und damit generell auch vorhersehbarere) Kriterien. In *Kolassa* stellt der EuGH auf die Belegenheit des Kontos am Wohnsitz des Klägers ab, von dem der Geschädigte die betreffende Transaktion finanziert hat, so dass man den Vermögensabfluss bei Erwerb eines Finanzinstruments als relevantes schädigendes Ereignis sehen konnte,⁸⁹ in *Universal Music* auf den schadensbegründenden Vertrag.⁹⁰ In der Rechtssache *Löber* betonte der EuGH, dass „die anderen spezifischen Gegebenheiten dieser Situation“ zu berücksichtigen sein können, um hinreichende Vorhersehbarkeit zu erreichen.⁹¹ In diesem Sinne konkretisierte der EuGH in einem Verfahren mit Blick auf eine behauptete Verletzung von Sekundärmarktpublizitätspflichten, dass in einem Mitgliedstaat kein Gerichtsstand eröffnet sei, „wenn für das betreffende Unternehmen in diesem Mitgliedstaat keine gesetzlichen Offenlegungspflichten gelten“.⁹² Während *Kolassa* noch „insbesondere“⁹³ ein geschädigtenbezogenes Merkmal benannt hatte, haben die späteren Entscheidungen weitere Umstände in den Blick genommen, die sich auf das Unternehmen beziehen, dessen Finanzmarktinstrumente betroffen sind. Ein Leitgedanke dahinter ist die Stärkung der Vorhersehbarkeit. Hier ist nicht der Ort, diese Urteile vertieft zu diskutieren. Vielmehr sollen deren Leitlinien mit Blick auf Schwärme und das Szenario einer Marktmanipulation erwogen werden. Solange Kriterien herangezogen werden, die – wie bei *Kolassa* – für den Erfolgseintritt auf die Geschädigtenseite abstellen, oder doch jedenfalls auf weitere Gegebenheiten, die *zwischen* Schädigerseite und Geschädigtenseite verortet sind (wie etwa das Bestehen von Offenlegungspflichten für ein Unternehmen, oder womöglich auch die Zulassung zum Handel an einem bestimmten Ort), lässt sich ein einheitlicher Erfolgsort und darüber eine einheitliche Zuständigkeit für Verfahren gegen Individuen aus dem Schwarm finden. Das Phänomen der Emergenz auf Schädigerseite wird damit nicht spezifisch adressiert, die Regelung weicht ihm vielmehr aus.

b) Anwendbares Recht nach der Rom II-VO

Als kollisionsrechtliche Regelung ist die Rom II-VO anwendbar,⁹⁴ die jedoch keine spezielle Kollisionsnorm für Kapitalmarktdelikte bereithält. Die Verordnung zielt auf Vorhersehbarkeit und einen angemessenen Interessenaus-

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 28.1.2015 – C-375/13 (*Kolassa*), ECLI:EU:C:2015:37, Rn. 50 ff.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2016 – C-12/15 (*Universal Music International Holding*), ECLI:EU:C:2016:449, Rn. 30 ff.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 12.9.2018 – C-304/17 – C-304/17 (*Löber*), ECLI:EU:C:2018:701, Rn. 35 f.

⁹² EuGH, Urt. v. 12.5.2021 – C-709/19 (*Vereniging van Effectenbezitters*), Rn. 37.

⁹³ EuGH, ECLI:EU:C:2015:37, Rn. 55, 57.

⁹⁴ Überblick m.w.N. etwa bei *Engel*, Internationales Kapitalmarktdeliktsrecht, 2019, S. 159 ff.

gleich.⁹⁵ Dafür bedient sie sich einer Grundanknüpfung (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO) an das Recht des Staates des Erfolgsortes unter Verzicht auf das Ubiquitätsprinzip. Sie hält darüber hinaus Sonderregeln für besondere unerlaubte Handlungen vor, bei denen die allgemeine Kollisionsnorm nicht zu einem angemessenen Interessenausgleich führt.⁹⁶

Eine klare und befriedigende Lösung für die Anknüpfung der Haftung für Marktmanipulation ist noch nicht gefunden. Die gerade diskutierte Rechtsprechung des EuGH zum Erfolgsort bei Kapitalmarktdelikten unter der Brüssel Ia-VO verhält sich nicht ausdrücklich zum Kollisionsrecht. Sie kann dennoch gewisse Orientierung geben und ist zu berücksichtigen, da sich die jeweiligen Normen und Normziele ähneln.⁹⁷ In diesem Licht sieht *Lehmann* im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO eine Bestimmung des Schadensorts bei der Marktmanipulation als geboten an, die sich auf den geschädigten Vermögenswert bezieht, kritisiert daran jedoch, dass diese Anknüpfung die regulatorische Funktion des Schadensersatzanspruchs nicht hinreichend berücksichtigt.⁹⁸ *Dornis* dagegen schlägt unter der Prämisse der Identität von Marktauswirkung und Anlegerschaden eine differenzierte Marktortanknüpfung vor.⁹⁹ Er wendet sich insbesondere gegen eine Überbetonung der Vorhersehbarkeit, die den Blick darauf verstellen könnte, welche Märkte betroffen sind¹⁰⁰ und erkennt ein Interesse an, die Rechtsermittlungs- und Anwendungskosten gering zu halten, wo möglich.¹⁰¹ In ähnlicher Weise, nämlich unter Betonung der besonderen Bedeutung der marktschützenden Funktion des Marktmanipulationsverbots hält *Poelzig* spezifisch für die Marktmanipulation eine Marktortanknüpfung für sinnvoll und von Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO eröffnet.¹⁰² Auch *Thomale* plädiert für eine Marktortanknüpfung, die er ob der Bedeutung für die öffentliche Wahrnehmung eines Finanzinstruments auf dessen primären Handelsplatz konkretisiert.¹⁰³ *Steinrötter* dagegen hält eine akzessorische Anknüpfung über die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO für angezeigt, die sich an kapitalmarktrechtlichen Primärpflichten orientiert.¹⁰⁴ Diese Diskussion entfaltet sich jedoch in dieser Form bereits im Zweierverhältnis von Schädiger

⁹⁵ ErwGr. 16 Rom II-VO.

⁹⁶ ErwGr. 19 Rom II-VO.

⁹⁷ *Engel* (Fn. 94), S. 184 ff.; *Thomale*, in: Torggler et al., Market Abuse Regulation, 2021, Appendix 30A Rn. 72 ff.

⁹⁸ *Lehmann*, in: MünchKomm BGB, Internationales Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2021, Teil 12. D. Internationales Finanzmarktprivatrecht Rn. 579, 590.

⁹⁹ *Dornis* (Fn. 84), Rn. 654 ff.

¹⁰⁰ *Dornis* (Fn. 84), Rn. 693.

¹⁰¹ *Dornis* (Fn. 84), Rn. 700.

¹⁰² *Poelzig* (Fn. 84), § 11 Rn. 65 ff.

¹⁰³ *Thomale* (Fn. 97), Rn. 60, 74.

¹⁰⁴ *Steinrötter*, Beschränkte Rechtswahl im Internationalen Kapitalmarktprivatrecht und akzessorische Anknüpfung an das Kapitalmarktordnungsstatut, 2014, S. 419 Fn. 1766.

und Geschädigtem. Zwar wird sie gerade dadurch intrikat, dass das Kollektivphänomen des Marktes das materielle Recht vor Herausforderungen stellt. Doch zeigt sich damit, dass der Schutz des Marktes als Kollektivphänomen über individuelle Ansprüche bereits unabhängig von der Beteiligung eines Schwarms an einer konkreten Schädigung eine konzeptionelle Herausforderung bedeutet.

Das hiesige Interesse richtet sich nun überdies speziell auf Fälle, in denen Schwärme beteiligt sind. Man könnte insoweit auch für Kapitalmarktdelikte weiter erwägen, ob gerade die Beteiligung eines Schwarms auf Schädiger- oder Geschädigtenseite über die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO erfasst werden sollte. Nach dieser ist ein nicht bereits über die Regelanknüpfung¹⁰⁵ berufenes Recht anwendbar, wenn eine offensichtlich engere Verbindung mit dem betreffenden weiteren Staat besteht. Eine solche kann sich insbesondere aus einem vertraglichen Verhältnis zwischen den Beteiligten ergeben. Darüber hinaus wird sie insbesondere für Massenunfälle erwogen: So bereits theoretisch für Kfz-Massenkarambolagen¹⁰⁶ und auch konkret mit Blick auf Ansprüche nach dem vorsätzlich herbeigeführten Absturz eines Germanwings-Flugzeugs. Ein Bedürfnis für eine einheitliche Anknüpfung wird insoweit daraus hergeleitet, dass ein „transindividueller Normwiderspruch“ bestehe, wenn Opfer desselben, gemeinsamen Schicksals mit ihren Ansprüchen unterschiedlichen Rechten unterfielen.¹⁰⁷ Noch einen Schritt weiter ginge es, allgemein das Interesse heranzuziehen, die Inanspruchnahme von Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes und die rechtliche Bewältigung eines Sachverhaltes mit Beteiligung eines Schwarms zu erleichtern, um die Anwendung der Ausweichklausel zu begründen.

Steht der Schwarm auf Schädigerseite, ergibt sich ein einheitliches anwendbares Recht regelmäßig bereits daraus, dass die Anknüpfung an den Erfolgsort auf schädigerbezogene Merkmale verzichtet. Nur solche würden zu einer Differenzierung zwischen den einzelnen Gliedern des Schwarms zwingen, sind allerdings bei der Marktmanipulation nicht auszumachen.

Von Interesse ist die Ausweichklausel damit insbesondere, soweit ein Schwarm auf Geschädigtenseite steht. Allerdings erscheint die Verbindung zu den Spezifika eines Schwarms hier gelockert. Jedwede Delikte, die eine Mehrzahl von Geschädigten betreffen, werfen gleichermaßen ein Aggregationsproblem auf. Für dieses allgemeine Szenario bleibt die Anwendung der

¹⁰⁵ Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Rom II-VO, wobei letzterer, der an einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Schädiger und Geschädigtem anknüpft, für die vorliegende Betrachtung nicht im Mittelpunkt des Interesses steht.

¹⁰⁶ G. Wagner, IPRax 2006, 372, 378; Spickhoff, in: BeckOK BGB, 62. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 4 Rn. 20.

¹⁰⁷ Weller/Rentsch/Thomale, NJW 2015, 1909, 1913 f., die letztendlich für eine Lösung im Wege der Anpassung argumentieren.

Ausweichklausel nicht ohne Kritik.¹⁰⁸ Insbesondere ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, dass die Anwendung eines einheitlichen Rechts bei einem Streu- bzw. Massendelikt für den Schädiger noch hinreichend vorhersehbar ist. Sinnvoll erscheint, dies vielmehr jeweils spezifisch für einzelne Fallgruppen zu erwägen.

Weiterhin stellt sich die Frage, zu welchem Recht eine solche engere Verbindung besteht. Als *de lege lata* wünschenswert wird etwa eine Anknüpfung an die *lex fori* erachtet.¹⁰⁹ Es ist jedoch nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass eine entsprechende engere Verbindung bestünde. Vielmehr kann man in Ermangelung eines vorrangigen vertraglichen Verhältnisses an einen hauptsächlichlichen Verletzungserfolg denken.¹¹⁰ Für den betrachteten Fall der Kapitalmarktdelikte wäre die Ausweichklausel also vor allem dann relevant, wenn man nicht bereits über Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO zu einer Marktortanknüpfung kommt. Dann könnte man die bereits angesprochene Erwägung, dass der hauptsächlichliche Verletzungserfolg einer Schädigung vieler Marktteilnehmer sich am Marktort verwirklicht, im Rahmen der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO berücksichtigen (und müsste dann wiederum für den jeweiligen Einzelfall den Begriff des Marktortes konkretisieren). In diesem Fall ließe sich auch vorbringen, dass diese marktbezogene Anknüpfung für denjenigen, der ein marktbezogenes Delikt begeht, auch vorhersehbar wäre: Hier kommt wiederum die Erwägung zum Tragen, dass bereits allgemein das (Kapital-)Marktgeschehen ein Kollektivphänomen ist. Demjenigen, der den Markt manipuliert, ist gerade wegen dieses Zusammenhangs auch vorhersehbar, dass ein Schaden bei vielen Einzelnen eintritt.

IV. Bewertung und Ausblick

Das in Deutschland anzuwendende Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht gehen zwar von einer individualistischen Perspektive aus und erfassen das Phänomen der Emergenz nicht als solches.

Dennoch halten die von deutschen Gerichten anzuwendenden Normen für die beispielhaft erörterten Fallgestaltungen weitgehend adäquate Lösungen bereit. Die wesentliche Leistung, die auf der Ebene des Internationalen Privatrechts und des Internationalen Zivilverfahrensrechts für Schwarmachver-

¹⁰⁸ Eingehend zuletzt etwa *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544, 571 f.

¹⁰⁹ Ausführlich *Michaels* (Fn. 25), S. 138 ff.

¹¹⁰ *Lehmann*, in: *Hüftge/Mansel*, *BGB*, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 4 Rn. 112; vgl. für den Spezialfall eines Flugzeugabsturzes die Erwägungen von *Weller/Rentsch/Thomale*, *NJW* 2015, 1909, 1913 f. zum Recht am Verwaltungssitz der Fluggesellschaft (unter Bezugnahme auf die Wertungen des Montrealer Übereinkommens, Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28.5.1999).

halte erbracht wird, liegt darin, Aggregation – und damit womöglich auch eine angemessene Gesamtwürdigung – zu erleichtern, indem Zuständigkeit und anwendbares Recht möglichst einheitlich bestimmt werden. Das erreichen die betreffenden Regelungen des Internationalen Privatrechts und des Internationalen Zivilverfahrensrechts, wenn sie in verschiedenen relevanten Konstellationen jeweils an vereinheitlichende Merkmale anknüpfen, auf die das Phänomen der Emergenz und die Beteiligung Vieler keinen Einfluss hat.

Derart wird vor allem häufig der Erfolgsort als Anknüpfungspunkt bestimmt, so insbesondere durch den EuGH bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Das Beispiel der Kapitalmarktdelikte zeigt jedoch zugleich, dass sich Schwierigkeiten bei der Erfassung von Kollektivphänomenen (wie des Marktgeschehens) auch vom materiellen Recht ins Kollisionsrecht fortsetzen können. Zwar wird für diese häufig ein einheitliches anwendbares Recht greifen; dieses einheitliche Recht ist jedoch im Einzelfall mitunter nur sehr schwer zu bestimmen, da bereits die betreffenden materiell-rechtlichen Normen im Spannungsverhältnis von individualistischer Betrachtung und Kollektivphänomen stehen.

Dagegen stellt sich eine solche Vereinheitlichung bei der Anknüpfung an den Handlungsort nicht ein, wenn Schwarmverhalten in Rede steht. Der Handlungsort bestimmt sich für die Schwarmglieder individuell und damit nicht immer einheitlich. Sofern bei mehreren Handelnden eine wechselseitige Zurechnung stattfindet, folgt diese den Begrifflichkeiten des materiellen Rechts, das erst bei einem hohen Maß an Koordination bzw. einer darauf gerichteten Intention (Mittäterschaft oder Teilnahme) eine Zurechnung vornimmt. Es fehlt mithin an einer Handlungsortzurechnung zwischen den Schwarmgliedern; Emergenzphänomene werden – wie auch im materiellen Recht – insoweit nicht als solche (etwa im Rahmen einer Zurechnungslehre beim deliktischen Verhalten mehrerer) erfasst. Jedoch kommt es in keinem der betrachteten Fälle für die Zuständigkeit oder das anwendbare Recht allein auf den Handlungsort an, so dass diese Problematik weniger schwer wiegt.

Sollte sich das materielle Recht in seinem Umgang mit Kollektivphänomenen fortentwickeln, wird sorgfältig zu prüfen sein, ob und wie sich diese Veränderungen auch im Internationalen Privatrecht und im Internationalen Zivilverfahrensrecht auswirken. Bislang ergeben sich Lösungen daraus, dass das Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht der Emergenz ausweichen; als alternative Regulierungsstrategie denkbar bleibt, dass Schwarmspezifika weitergehend berücksichtigt werden.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Das Internationale Privatrecht und das Internationale Zivilverfahrensrecht gehen von einer individualistischen Perspektive aus. Schwärme sind dem Internationalen Privatrecht und dem Internationalen Zivilverfahrensrecht als Begriff und auch als Denkkategorie nicht als solche zu eigen.
2. Für Sachverhalte, an denen Schwärme beteiligt sind, wäre über das hergebrachte Ziel hinaus, die Rechtsordnung mit der engsten Verbindung zum betreffenden Sachverhalt zu identifizieren, eine Aggregation wünschenswert. Dieser leisten eine möglichst einheitliche internationale Zuständigkeit und ein möglichst einheitliches anwendbares Recht Vorschub.
3. Bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen Schwarm kommen im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO für ein Vorgehen gegen Schwarmglieder weder der allgemeine Beklagtengerichtsstand nach Art. 4 Brüssel Ia-VO noch – mangels einer Handlungszurechnung bei mehreren Beteiligten – die Zuständigkeit am Handlungsort im Rahmen der besonderen Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO dem Interesse des Geschädigten an einer Aggregation entgegen. Doch führt das Erfolgsortsverständnis des EuGH, der eine Zuständigkeit am Mittelpunkt der Interessen der klagenden Person eröffnet, zu einer einheitlichen internationalen Zuständigkeit.
4. Dagegen ist unter der ZPO zwar im Rahmen der besonderen Zuständigkeit für Delikte nach § 32 ZPO grundsätzlich eine Handlungsortzurechnung zwischen mehreren Beteiligten eröffnet. Doch folgt diese § 830 BGB und es setzt sich das individualistische Verständnis des Haftungsrechts fort. Eine Zurechnung greift nur in Fällen mit einem hohen Maß an Koordination bzw. einer darauf gerichteten Intention. Die Erfolgsortszuständigkeit am Ort der Kollision der widerstreitenden Interessen führt in vielen Fällen zu einer Vereinheitlichung, hat aber auch einen Bezug zu individuellen Schädigern. Es können damit für Rechtsstreitigkeiten für verschiedene Persönlichkeitsverletzungen im Rahmen desselben Gesamtkomplexes durchaus unterschiedliche Entscheidungen zur internationalen Zuständigkeit zu treffen sein.
5. Das anwendbare Recht ermittelt sich bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach Art. 40 f. EGBGB. Auch hier wird an den Handlungs- oder – nach Wahl des Geschädigten – Erfolgsort angeknüpft. Die Diskussion um die Konkretisierung dieser Orte greift viele Aspekte aus dem Zuständigkeitsrecht auf. Die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB wird regelmäßig nicht eingreifen. Dabei spielt eine Rolle, dass einem Schwarm eine Verhaltenszentrale fehlt, so dass eine allgemeine schwarmspezifische engere Verbindung zu einem bestimmten Recht nicht zu erkennen ist.

6. Für das weitere Beispiel einer Marktmanipulation führt der allgemeine Beklagtengerichtsstand für Verfahren, in denen der Schwarm auf Geschädigtenseite steht, auf Schädigerseite jedoch nur eine Person, zu einer einheitlichen Zuständigkeit. Steht der Schwarm dagegen auf Schädigerseite, überträgt sich das materiell-rechtliche Spannungsverhältnis von Erfassung des Kapitalmarkts als Kollektivphänomen und individualistischer Betrachtung auf den Begriff des Erfolgsorts, der je nach Schutzgut der betroffenen Regelungen unterschiedlich zu bestimmen ist. Solange jedoch Kriterien herangezogen werden, die für den Erfolgseintritt auf die Geschädigtenseite abstellen, oder doch jedenfalls auf weitere Gegebenheiten, die *zwischen* Schädigerseite und Geschädigtenseite verortet sind, lässt sich ein einheitlicher Erfolgsort finden.
7. Fragt man nach der Vorhersehbarkeit einer Anknüpfung, die sich auf den Marktort bezieht, kommt wiederum die Erwägung zum Tragen, dass bereits allgemein das (Kapital-)Marktgeschehen ein Kollektivphänomen ist. Demjenigen, der den Markt manipuliert, ist gerade wegen dieses Zusammenhangs auch vorhersehbar, dass ein Schaden bei vielen Einzelnen eintritt. Das begünstigt schon bei der Bestimmung des Erfolgsortes oder doch jedenfalls über die Ausweichklausel eine Bezugnahme auf den Marktort.

Dritte und der Datenschutz

Zur Verarbeitung der Daten von Nicht-Nutzern in sozialen Medien

Anna K. Bernzen

I.	Die Metapher von der Datenkrake	145
II.	Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	147
III.	Einwilligung als Rechtsgrundlage.....	148
	1. Anforderungen dieser Rechtsgrundlage.....	148
	2. Ausdrückliche Einwilligung.....	149
	3. Konkludente Einwilligung.....	151
IV.	Vertragserfüllung als Rechtsgrundlage.....	153
	1. Anforderungen dieser Rechtsgrundlage.....	153
	2. Vertragserfüllung durch den Nutzer.....	153
	3. Vertragserfüllung durch das soziale Medium.....	155
V.	Wahrung berechtigter Interessen als Rechtsgrundlage.....	157
	1. Anforderungen dieser Rechtsgrundlage.....	157
	2. Verarbeitung von Kontaktdaten.....	157
	3. Verarbeitung von User-Generated Content.....	159
	4. Verarbeitung zu Unternehmensprofilen.....	161
VI.	Zusammenfassung.....	163

I. Die Metapher von der Datenkrake

Auf der Suche nach einer passenden Metapher für die Datenverarbeitungspraxis sozialer Medien werden Medienschaffende regelmäßig im Tierreich fündig: „Datenkrake Facebook: Das Geschäft mit der Privatsphäre“ lautet der Titel einer ZDF-Dokumentation über die US-amerikanische Plattform.¹ Als „tanzende Datenkrake“ beschreibt die taz deren chinesischen Konkurrenten TikTok.² Und auch das Business-Netzwerk LinkedIn hat die Computer Bild

¹ *Greste*, [www.zdf.de v. 2.7.2020](https://www.zdf.de/dokumentation/zdfinfo-doku/datenkrake-facebook-das-milliardengeschaeft-mit-der-privatsphaere-102.html), abrufbar unter <<https://www.zdf.de/dokumentation/zdfinfo-doku/datenkrake-facebook-das-milliardengeschaeft-mit-der-privatsphaere-102.html>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 4.8.2022 abgerufen).

² *Zeitlinger*, Die tanzende Datenkrake, [taz.de v. 30.6.2022](https://taz.de/Datenspeicherung-auf-TikTok/!5861217/), abrufbar unter <<https://taz.de/Datenspeicherung-auf-TikTok/!5861217/>>.

im Verdacht, eine Datenkrake zu sein – und das „trotz DSGVO“³. Das Bild der Datenkrake mit ihren zahlreichen langen und wendigen Tentakeln soll illustrieren, wie tief die sozialen Medien in die Privatsphäre ihrer Nutzer eindringen (können). Der vorliegende Beitrag untersucht einen weiteren Bereich, in den die Arme der Datenkrake teilweise nicht minder tief vordringen: die personenbezogenen Daten Dritter, also von Personen, die das jeweilige soziale Medium nicht nutzen. Ohne dass diese Dritten ein eigenes Profil dort angelegt hätten, können auch ihre Daten auf unterschiedlichen Wegen zu den sozialen Medien gelangen. In diesem Aufsatz werden exemplarisch drei Fallgruppen betrachtet.

Zunächst werden die Kontaktdaten Dritter untersucht, zu denen etwa deren Telefonnummern und Emailadressen gehören. Manches soziale Medium erlaubt seinen Nutzern, solche Informationen direkt aus dem elektronisch geführten Telefon- oder Adressbuch hochzuladen. Der Freunde-Finder von Facebook war eines der ersten Beispiele,⁴ aber auch LinkedIn⁵ oder Twitter⁶ ermöglichen ihren Nutzern, elektronische Adressbücher zu importieren. Dieser Upload erfolgt, um überprüfen zu können, ob die Kontakte des jeweiligen Nutzers das soziale Medium ebenfalls nutzen. Ergibt diese Prüfung, dass einzelne von ihnen es noch nicht nutzen, kann der Nutzer diesen Kontakten eine Einladung zum Beitritt zusenden.⁷

Die zweite Fallgruppe bildet User-Generated Content, den Nutzer bei dem sozialen Medium hochladen. Er kann z.B. die Form von Fotos oder Videos annehmen, doch auch reine Textbeiträge wie Tweets oder Statusupdates fallen in jene Kategorie. All diese Inhalte können neben personenbezogenen Daten des Nutzers auch die Daten Dritter enthalten, die das soziale Medium nicht verwenden. So könnte ein Nutzer z.B. ein Statusupdate veröffentlichen, in dem er einen Ausflug mit einer Freundin beschreibt, die auf der Plattform

³ Michelsen, LinkedIn: Facebook-Werbung durch Datenmissbrauch, www.computerbild.de v. 26.11.2018, abrufbar unter <<https://www.computerbild.de/artikel/cb-News-Internet-LinkedIn-Facebook-Werbung-Datenmissbrauch-22684321.html>>.

⁴ Siehe zu dessen Funktionsweise BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14, NJW 2016, 3445. Der Freunde-Finder wurde zwischenzeitlich allerdings durch ein anderes Einladungsverfahren ersetzt. Siehe dazu die Erläuterung im Hilfebereich von Facebook, abrufbar unter <<https://de-de.facebook.com/help/561688620598358>>.

⁵ Siehe die Erläuterungen im Hilfebereich von LinkedIn, abrufbar unter <<https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a549196/linkedin-kontaktmanager-ueberblick?lang=de>>.

⁶ Siehe die Erläuterungen im Hilfebereich von Twitter, abrufbar unter <<https://help.twitter.com/de/using-twitter/upload-your-contacts-to-search-for-friends>>.

⁷ *HmbBfDI*, 23. Tätigkeitsbericht Datenschutz des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit. Zugleich Tätigkeitsbericht der Aufsichtsbehörde für den nicht-öffentlichen Bereich 2010/2011, S. 161.

nicht angemeldet ist.⁸ Ein anderes Beispiel wäre, wenn diese Freundin auf einem Gruppenfoto von dem Ausflug zu sehen wäre, das der Nutzer auf seinem Profil veröffentlicht.

Zuletzt werden Unternehmensprofile untersucht, die ein soziales Medium aus eigener Initiative für Unternehmen erstellt, die selbst kein derartiges Profil bei ihm unterhalten. So betreibt etwa Facebook sog. nichtverwaltete Seiten. Dort veröffentlicht es Informationen über solche Unternehmen, die es auf öffentlichen Websites gesammelt hat.⁹ Auch Xing erstellte einst vergleichbare Profile, für die es Informationen von Nutzern zusammenfasste, die sich als Mitarbeiter des jeweiligen Unternehmens angemeldet hatten.¹⁰ Obwohl personenbezogene Daten gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO nur Informationen über natürliche Personen und damit nicht Informationen über Unternehmen sein können,¹¹ können auch diese Unternehmensprofile in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Sie können schließlich personenbezogene Daten natürlicher Personen enthalten, bspw. wenn die Unternehmensinhaberin auf dem Profil namentlich als solche benannt wird.

II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Dieser Beitrag untersucht für die drei ausgewählten Fallgruppen, inwiefern die Verarbeitung der jeweils erfassten personenbezogenen Daten Dritter rechtmäßig ist. Dafür wird dargelegt, auf welche Erlaubnistatbestände in Art. 6 Abs. 1 DSGVO der Nutzer und das soziale Medium ihre Verarbeitung der Drittdaten stützen können. Dieser Prüfung vorgelagert stellen sich zwei Fragen, die nicht speziell die Daten Dritter betreffen, sondern jede Datenverarbeitung in den sozialen Medien: Erstens, wer für welche(n) Verarbeitungsschritt(e) gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO verantwortlich ist. Höchstrichterlich geklärt ist dies bisher nur für den Betrieb der sog. Fanpages auf Facebook, für die der EuGH eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Nutzer und sozialem Medium annimmt.¹² Zweitens, inwiefern der Nutzer eines sozialen Mediums sich auf die Haushaltsausnahme in Art. 2 Abs. 2 lit. c) DSGVO berufen kann, nach der Datenverarbeitungen natürlicher Personen zur Ausübung ausschließ-

⁸ *Kampert*, Datenschutz in sozialen Online-Netzwerken de lege lata und de lege ferenda, 2016, S. 52 f.

⁹ LG Hamburg, Urt. v. 13.2.2020 – 312 O 372/18, K&R 2020, 460.

¹⁰ *Redaktion MMR-Aktuell*, MMR-Aktuell 2011, 318514.

¹¹ *Ernst*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 4 DSGVO Rn. 6; *Schreiber*, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 4 DSGVO Rn. 4. Siehe hierzu auch ErwGr. 14 S. 2 DSGVO: „Diese Verordnung gilt nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten [...] als juristische Person gegründeter Unternehmen [...]“.

¹² EuGH, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16 (*ULD/WAK Schleswig-Holstein*), ECLI:EU:C:2018:388, Rn. 31 ff.

lich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Auch insofern ist bisher nur ein spezieller Fall durch den EuGH entschieden worden: Werden personenbezogene Daten allgemeinzugänglich im Internet veröffentlicht, ist hierauf die Haushaltsausnahme nicht anwendbar.¹³

Beide Fragen vorab zu beantworten, würde den Rahmen dieses Beitrags überschreiten. Für seine Zwecke wird daher im Folgenden unterstellt, dass sowohl der Nutzer als auch das soziale Medium für die Datenverarbeitung verantwortlich sind.¹⁴ Zudem wird angenommen, dass der Nutzer sich in den untersuchten Fallgruppen nicht auf die Haushaltsausnahme berufen kann.¹⁵ Legt man diese beiden Prämissen zugrunde, bedarf es für die Verarbeitung der Kontaktdaten und des User-Generated Content sowohl für das soziale Medium als auch für den Nutzer eines Erlaubnistatbestandes. In der dritten Fallgruppe der Unternehmensprofile handelt dagegen allein das soziale Medium, weshalb nur für dieses Medium eine Rechtsgrundlage zu suchen ist.

III. Einwilligung als Rechtsgrundlage

1. Anforderungen dieser Rechtsgrundlage

Eine Datenverarbeitung ist nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Eine Einwilligung ist dabei jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit welcher die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist (Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Weitere Anforderungen an diese Einwilligung sind Art. 7 und Art. 8 DSGVO zu entnehmen.

¹³ EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-101/01 (*Lindqvist/Schweden*), ECLI:EU:C:2003:596, Rn. 47.

¹⁴ Siehe zur Diskussion hierzu nur *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 9; *Brink*, DSB 2020, 43; *Golland*, ZD 2020, 397, 398 ff.; *Piltz*, DSB 2020, 30, *Spoerr*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 1.5.2022, Art. 26 DSGVO Rn 73 ff.

¹⁵ Siehe zur Diskussion hierzu nur *Bäcker*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 1.11.2021, Art. 2 DSGVO Rn. 17 ff.; *Golland*, ZD 2020, 397, 397 f.; *Kaesling*, in: Croon-Gestefeld/Korch/Kuschel/Sarel/Scholz, Das Private im Privatrecht, 2022, 151, 155 ff.; *Leibold*, ZD-Aktuell 2021, 05570; *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 2 DSGVO Rn 20 ff.

2. Ausdrückliche Einwilligung

a) Einwilligung gegenüber dem Nutzer

Im Verhältnis zum Nutzer ist denkbar, dass der Dritte in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten im Social Media-Kontext einwilligt.¹⁶ Insbesondere die Nutzer eines sozialen Mediums, die dieses rein privat einsetzen, werden die hohen Anforderungen an die wirksame Einwilligung in der Praxis zwar regelmäßig nicht erfüllen (können).¹⁷ Im professionellen Kontext ist es demgegenüber jedoch realistisch, dass der Nutzer eine Einwilligung einholt, die diese Voraussetzungen erfüllt. Das könnte z.B. der Fall sein, wenn ein juristisch gut beratenes Unternehmen Bilder seiner Mitarbeiter auf seinem Social Media-Profil veröffentlichen möchte und dafür um Zustimmung bittet.¹⁸ Solche Fälle dürften in den sozialen Medien allerdings eher die Ausnahme als die Regel sein.

b) Einwilligung gegenüber dem sozialen Medium

Anders als mit dem Nutzer tritt der Dritte mit dem sozialen Medium in den untersuchten Fallgruppen nicht selbst in Kontakt. Beim Import seiner Kontaktdaten und der Veröffentlichung von User-Generated Content, der seine Daten enthält, wird gegenüber dem sozialen Medium aber regelmäßig eine explizite Einwilligung erteilt: durch den Nutzer, der mit der Verarbeitung der hochgeladenen Daten einverstanden ist.¹⁹ Dafür, dass seine Einwilligung die Verarbeitung der Drittdaten nicht legitimieren kann, sprechen der klare Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO und des Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Beide Vorschriften verlangen die Einwilligung der betroffenen Person mit Blick auf die *diese Person betreffenden* Daten. Der Zweck der Einwilligung, dem Betroffenen die Selbstbestimmung über seine Daten zu ermöglichen,²⁰ würde kaum verwirklicht, könnte ein anderer sein Einverständnis damit erklären. Auf die Einwilligung des Nutzers kann daher zwar die Verarbeitung

¹⁶ *Aßmus*, in: Jandt/Steidle, *Datenschutz im Internet*, 2018, B. III. Rn. 238. Nach *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP 163, S. 15 soll das soziale Medium seine Nutzer auf die Notwendigkeit einer solchen Einwilligung hinweisen.

¹⁷ *Golland*, *Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken*, 2019, S. 221 f.; *Golland*, ZD 2020, 397, 401; *Kampert* (Fn. 8), S. 109 f.

¹⁸ Siehe hierzu ausführlich *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 509 ff.

¹⁹ Sie wurde im Rechtsstreit um den *Freunde-Finder* von Facebook als mögliche Rechtsgrundlage der Kontaktdatenverarbeitung genannt, siehe LG Berlin, Urt. v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, ZD 2012, 276, 278; KG, Urt. v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, ZD 2014, 412, 416.

²⁰ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, *DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 19; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 3; *Stemmer*, in: BeckOK *Datenschutzrecht*, Stand: 1.5.2022, Art. 7 DSGVO Rn. 1.

seiner hochgeladenen Daten gestützt werden, nicht aber die Verarbeitung der ebenfalls importierten Daten Dritter.²¹

Vorstellbar ist aber auch, dass das soziale Medium sich von seinem Nutzer zusichern lässt, dass er nur personenbezogene Daten solcher Dritten hochlädt, die deren Upload zugestimmt haben.²² Für die Fälle, in denen der Upload tatsächlich mit dem Einverständnis des Dritten erfolgt, könnte der Nutzer bei Abgabe dieser Zusicherung als Stellvertreter oder Bote des einwilligenden Dritten agieren. Dass die Einwilligung mittels eines Boten abgegeben werden kann, ist allgemein konsentiert.²³ Die Zulässigkeit der Stellvertretung ist – abseits der gesetzlich geregelten Sonderkonstellation minderjähriger Betroffener (Art. 8 Abs. 1 S. 2 DSGVO) – dagegen umstritten.²⁴ Lässt man die Stellvertretung zu, müssen an die Vollmachterteilung jedenfalls Anforderungen gestellt werden, die jenen an die Einwilligung entsprechen.²⁵ Andernfalls wäre der Dritte in diesen Fällen nicht ausreichend geschützt.²⁶ Die hohen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung – ob im Fall der Botenschaft direkt oder der Stellvertretung entsprechend anwendbar – dürften in der Praxis regelmäßig aber nicht erfüllt sein, wenn der Nutzer die beschriebene Zusicherung abgibt.²⁷ Insofern lassen sich die Überlegungen zur ausdrücklichen Einwilligung des Dritten gegenüber dem Nutzer übertragen.²⁸ Allenfalls im dort beschriebenen Ausnahmefall hat eine Zusicherung des Nutzers deshalb tatsächlich eine die Datenverarbeitung legitimierende Wirkung.

²¹ *Hornung*, in: *Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media*, 2. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 82.

²² Ähnlich formulierte dies z.B. WhatsApp mit Blick auf den Import der Kontaktdaten seiner Nutzer, siehe AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 20.3.2017 – F 111/17 EASO, BeckRS 2017, 107598 Rn. 26.

²³ Siehe nur *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG*, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DSGVO Rn. 348; *Ingold*, in: *Sydow, DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 20; *Klement*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht*, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 37.

²⁴ Siehe für deren Zulässigkeit nur *Gierschmann*, in: *Gierschmann, DS-GVO*, 2018, Art. 7 Rn. 47; *Gola*, in: *Gola, DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 86; *Ingold* (Fn. 23), Art. 7 Rn. 19. Siehe dagegen nur *Ernst*, in: *Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2021, Art. 4 DSGVO Rn. 65; *Klement* (Fn. 23), Art. 7 DSGVO Rn. 37; *Taeger*, in: *Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG*, 4. Aufl. 2022, Art. 7 DSGVO Rn. 15.

²⁵ *Buchner/Kühling* (Fn. 20), Art. 7 DSGVO Rn. 31; *Kleinebrink*, DB 2018, 1729, 1730; *Kühling*, ZfDR 2021, 1, 8.

²⁶ In diese Richtung auch *Heckmann/Paschke*, in: *Ehmann/Selmayr, DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 34.

²⁷ *Splittgerber*, in: *Splittgerber, Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media*, 2014, Kap. 3 Rn. 99 f.

²⁸ Siehe oben III.2.a).

3. Konkludente Einwilligung

a) Einwilligung insbesondere bezüglich der Unternehmensprofile

Vor allem in der Fallgruppe der personenbezogenen Daten, die für Unternehmensprofile in den sozialen Medien verarbeitet werden, kommt eine konkludente Einwilligung des Dritten in Betracht, der seine Daten frei zugänglich ins Internet einstellte. Auch für den praktisch wohl selteneren Fall, dass der Nutzer User-Generated Content aus einer vergleichbaren Quelle bezieht, wäre eine solche Einwilligung denkbar. Für frei im Internet zugängliche Bilder entwickelte der BGH im Urheberrecht die Rechtsfigur der schlichten Einwilligung in deren Anzeige als Vorschaubilder. Wer urheberrechtlich geschützte Bilder auf seiner Internetseite zugänglich macht, ohne die vorhandenen technischen Möglichkeiten zu nutzen, um sie von der Bildersuche und der Anzeige als Vorschaubild auszuschließen, soll demnach durch schlüssiges Verhalten die Einwilligung hierzu erklären.²⁹ Er soll schließlich mit allen Nutzungshandlungen rechnen müssen, die nach den Umständen üblich sind.³⁰

Diese urheberrechtliche Argumentation lässt sich auf die datenschutzrechtliche Einwilligung aber nicht übertragen.³¹ Gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO muss jene Einwilligung nämlich unmissverständlich in der Form einer eindeutigen bestätigenden Handlung erfolgen. Das schließt insbesondere die Einholung einer Einwilligung per Opt-Out aus.³² „Stillschweigen [...] oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen“, wie ErwGr. 32 S. 3 DSGVO zu entnehmen ist. Verstünde man jede Veröffentlichung im Internet, bei der die betroffene Person die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch und in sozialen Medien nicht technisch unterbindet, als Einwilligung durch schlüssiges Verhalten, liefe dies aber auf eine solche Opt-Out-Lösung hinaus.³³ Eine derartige Auslegung verbietet sich daher.

b) Einwilligung bezüglich der Kontaktdaten

Mit Blick auf den Import der Kontaktdaten Dritter fehlt es ebenfalls an einem Verhalten, aus dem mit der gebotenen Unmissverständlichkeit der Rückschluss darauf gezogen werden kann, dass der Dritte hiermit einverstanden

²⁹ BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, NJW 2010, 2731 Rn. 33 ff. – *Vorschaubilder I*; BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, NJW 2012, 1886 Rn. 18 – *Vorschaubilder II*.

³⁰ BGH, NJW 2010, 2731 Rn. 36 – *Vorschaubilder I* unter Verweis auf BGH, Urt. v. 6.12.2007 – I ZR 94/05, NJW 2008, 751 Rn. 27 – *Drucker und Plotter*.

³¹ *Golland* (Fn. 17), S. 295; *Golland*, ZD 2020, 397, 401. I.E. ebenso *Aßmus* (Fn. 16), B. III. Rn. 230.

³² *Buchner/Kühling* (Fn. 20), Art. 7 DSGVO Rn. 58; *Schulz*, in: *Gola, DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 42; *Stemmer* (Fn. 20), Art. 7 DSGVO Rn. 86. Noch zur Datenschutz-RL ebenso EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17 (*Planet49*), ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 57.

³³ In diese Richtung auch *Gola*, NZA 2019, 654, 656.

ist. Die bloße Angabe der Kontaktdaten kann allenfalls als Einverständnis mit ihrer Speicherung in dem lokalen elektronischen Telefonbuch des Nutzers verstanden werden.³⁴ Dies ist schließlich die praktisch vorherrschende Form, solche Daten vorzuhalten. Ohne weitere Anhaltspunkte kann dieser Nennung aber nicht entnommen werden, dass der Dritte auch mit einer externen Speicherung seiner Kontaktdaten bei dem sozialen Medium einverstanden ist. Dadurch werden die Daten schließlich zusätzlichen Risiken ausgesetzt, von der überschießenden Verarbeitung durch das soziale Medium selbst³⁵ bis hin zum Verlust im Fall eines Hacks³⁶.

c) *Einwilligung bezüglich des User-Generated Content*

Selbst für User-Generated Content, den der Nutzer im Zusammenwirken mit dem Dritten erstellt hat, findet sich regelmäßig kein Verhalten, an das für eine konkludente Einwilligung in die Veröffentlichung auf Social Media angeknüpft werden kann. Insbesondere das Posieren für eine Foto- oder Videoaufnahme reicht für sich genommen nicht aus, um eindeutig auf ein Einverständnis des Dritten mit ihrer Verbreitung in den sozialen Medien zu schließen. Ähnlich wie für die Kontaktdaten dargelegt,³⁷ kann daraus allenfalls auf eine Zustimmung zu lokalen Nutzungen wie der Speicherung auf dem Endgerät des Aufnehmenden geschlossen werden.

Das Posieren erlaubt dagegen nicht ohne Weiteres den Schluss, dass die abgebildete Person auch mit der Verbreitung der entstandenen Aufnahme im Internet einverstanden ist. Hierdurch entstehen schließlich nicht nur die beschriebenen Gefahren, die jede Speicherung von Daten bei einem sozialen Medium hervorruft.³⁸ Zusätzlich wird die Aufnahme auch einem erheblich größeren Personenkreis zugänglich, der dem Dritten nicht bekannt und durch ihn nicht zu kontrollieren ist.³⁹ Das geht mit weiteren (Missbrauchs-)Risiken einher, von deren Übernahme nicht ohne zusätzliche Anhaltspunkte ausgegangen werden kann. So kann z.B. eine Fotografie, die auf dem Profil eines Nutzers veröffentlicht wird, nicht nur über Funktionen des sozialen Mediums

³⁴ AG Bad Hersfeld, BeckRS 2017, 107598 Rn. 70.

³⁵ So kann das soziale Medium die Kontaktdaten etwa nutzen, um sog. Schattenprofile von Personen anzulegen, die sich gegen die Nutzung seiner Plattform entschieden haben. Siehe dazu ausführlicher *Golland* (Fn. 17), S. 181 f.

³⁶ Für einen Überblick über aktuelle Angriffe dieser Art auf soziale Medien siehe *Suciu*, Social Media User Information For Sale On The Dark Web, www.forbes.com v. 27.7.2022, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/petersuciu/2022/07/27/social-media-user-information-for-sale-on-the-dark-web/>.

³⁷ Siehe oben III.3.b).

³⁸ Siehe oben III.3.b).

³⁹ Vgl. VG Koblenz, Urt. v. 6.9.2019 – 5 K 101/19.KO, ZD 2020, 169 Rn. 22 für den Abdruck eines Fotos in einem Jahrbuch im Vergleich zu seiner Veröffentlichung auf einer Homepage.

geteilt, sondern von anderen Nutzern auch gespeichert und im Internet verbreitet werden. Ist ein personenbezogenes Datum einmal im Internet veröffentlicht worden, lässt es sich daraus bekanntlich nur schwerlich wieder entfernen – wenn es denn überhaupt gelingt.⁴⁰

IV. Vertragserfüllung als Rechtsgrundlage

1. Anforderungen dieser Rechtsgrundlage

Liegt – wie in der Mehrzahl der Fälle – also keine wirksame Einwilligung des Dritten in die Datenverarbeitung vor, kommt in Betracht, diese Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO zu stützen. Jener Erlaubnistatbestand hat zwei Ausprägungen: Er kann einerseits eine Datenverarbeitung rechtfertigen, die zur Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist. Andererseits kann darauf eine Verarbeitung gestützt werden, die zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen.

2. Vertragserfüllung durch den Nutzer

a) Erfüllung eines „echten“ Vertrages

Für den Nutzer kommt Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 1 DSGVO als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten eines Dritten zunächst in Betracht, sofern diese beiden einen Vertrag abgeschlossen haben, der gerade auf den Upload der Daten beim sozialen Medium abzielt. Das ist insbesondere für User-Generated Content denkbar. So könnte sich eine Influencerin bspw. verpflichten, auf ihrem Social Media-Profil Werbung für den Dritten zu machen. Verarbeitet sie mit dem Upload der nutzergenerierten Inhalte, mit dem sie ihre vertragliche Werbepflicht erfüllt, personenbezogene Drittdata, kann sie dies mit der Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung rechtfertigen.

b) Erfüllung eines Gefälligkeitsverhältnisses

Als Vertrag i.S.d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 1 DSGVO kommt mit Blick wiederum vor allem auf User-Generated Content auch ein rein soziales Gefälligkeitsverhältnis zwischen Nutzer und Drittem in Betracht. Ein solches Gefälligkeitsverhältnis kann z.B. durch die Bitte unter Freunden begründet werden, ein gemeinsam geschossenes Selfie bei einem sozialen Medium hochzuladen.⁴¹ Inwiefern Gefälligkeitsverhältnisse unter den Begriff des Vertrages

⁴⁰ Vgl. Schantz (Fn. 20), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 131.

⁴¹ Siehe für dieses Beispiel Golland, ZD 2020, 397, 401, der die Anwendung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 1 DSGVO hierauf aber ablehnt.

in der DSGVO gefasst werden können, ist bislang noch nicht geklärt.⁴² Dass sie mangels Rechtsbindungswillens ihrer Beteiligten im deutschen Schuldrecht nicht als ein Vertrag einzuordnen sind,⁴³ ist dafür jedenfalls unerheblich. Der Vertragsbegriff des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO muss nämlich europarechtlich autonom ausgelegt werden.⁴⁴

Dafür, dass nicht nur Verhältnisse, in deren Rahmen Rechte und Pflichten begründet werden, hierunter fallen, spricht zunächst eine systematische Betrachtung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO. Die Datenverarbeitung kann danach nicht nur zur Erfüllung eines Vertrages, sondern ebenso zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erfolgen. In letzterem Fall fehlt es (noch) an Rechten und Pflichten der Parteien.⁴⁵ Dafür, diese auch mit Blick auf den Vertrag nicht zu fordern, sprechen des Weiteren Sinn und Zweck dieses Erlaubnistatbestandes. Der Verantwortliche kann sich darauf stützen, wenn und weil die betroffene Person sich autonom entschieden hat, eine Beziehung mit ihm einzugehen und dadurch die konkrete Datenverarbeitung in deren Rahmen angestoßen hat.⁴⁶ Auch wenn diese Beziehung wie im Fall des rein sozialen Gefälligkeitsverhältnisses die Schwelle zur rechtlichen Verbindlichkeit nicht überschreitet, ist sie doch Ausdruck der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung der betroffenen Person über ihre Daten. Auch ein solches rein soziales Gefälligkeitsverhältnis kann demnach die Datenverarbeitung durch den Nutzer legitimieren.

⁴² Dies generell bejahend: *Wilmer*, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2018, Kap. B II. Rn. 29. Dies jedenfalls für Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter bejahend: *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 1.11.2021, Art. 6 DSGVO Rn. 42; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 30. Dies generell ablehnend: *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 31.

⁴³ Siehe zur Abgrenzung vom Vertrag nur *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, vor § 241 Rn. 7 m. w. N.

⁴⁴ *Albers/Veit* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 42; *Golland*, ZD 2020, 397, 401; *Schantz* (Fn. 20), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 16. Anderer Ansicht offenbar *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 70.

⁴⁵ Vgl. *Buchner/Petri* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 35: „Es handelt sich dabei um einen tatsächlichen Vorgang, rechtlich verbindliche Erklärungen [...] sind gerade nicht Voraussetzung [...]“

⁴⁶ *Albers/Veit* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 41; *Buchner/Petri* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 26; *Schantz* (Fn. 20), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 15.

3. Vertragserfüllung durch das soziale Medium

a) Erfüllung eines Vertrages

(1) Vertrag zwischen Nutzer und sozialem Medium

In den Fallgruppen der Kontaktdaten Dritter sowie der Drittdata, die in User-Generated Content enthalten sind, handelt das soziale Medium bei seiner Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages, nämlich des Plattformnutzungsvertrages mit dem Nutzer, der diese Daten hochlädt. Dafür, dass dieser Vertrag im Verhältnis zum Dritten nicht ausreicht, um die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 1 DSGVO zu erfüllen, spricht jedoch der Wortlaut der Norm. Bei dem Vertrag, zu dessen Erfüllung die Datenverarbeitung erfolgt, muss es sich nämlich um einen Vertrag *mit der betroffenen Person* handeln,⁴⁷ in diesem Fall also mit dem Dritten. Das trägt auch dem dargestellten Telos des Erlaubnistatbestandes Rechnung, (nur) Verarbeitungen zu ermöglichen, die aufgrund einer autonomen Entscheidung der betroffenen Person erfolgen. Eine solche freie Entscheidung hat der Dritte in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht getroffen.⁴⁸ Der Plattformnutzungsvertrag des sozialen Mediums mit dem Nutzer kann daher nur die Verarbeitung von dessen personenbezogenen Daten rechtfertigen, nicht die Verarbeitung der Daten Dritter.⁴⁹

(2) Vertrag zwischen Nutzer und Drittem

Für den Fall, dass zwischen Nutzer und Drittem ein Vertrag geschlossen wurde – sei es ein „echter“ Vertrag⁵⁰ oder ein Gefälligkeitsverhältnis⁵¹ –, aufgrund dessen der Nutzer seine Datenverarbeitung auf den Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 1 DSGVO stützen kann, kommt das auch für das soziale Medium in Betracht.⁵² Die Norm setzt ihrem Wortlaut nach schließlich nicht voraus, dass der Vertrag, der mit der Datenverarbeitung erfüllt wird, von der betroffenen Person gerade mit dem Verarbeitenden geschlossen wurde.⁵³ Auch bei teleologischer Auslegung ist eine solche Be-

⁴⁷ Albers/Veit (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 47; Britz/Indenhuck, in: Taeger, Rechtsfragen digitaler Transformationen, 2018, S. 231, S. 236; Buchner/Petri (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 32a; Plath, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 13; Schulz (Fn. 42), Art. 6 Rn. 28.

⁴⁸ Britz/Indenhuck (Fn. 47) S. 236 f.; Buchner/Petri (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 32a.

⁴⁹ Golland (Fn. 17), S. 271; Hornung (Fn. 21), Kap. 5 Rn. 66; Kampert (Fn. 8), S. 224. Anderer Ansicht Specht, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenrecht, 2019, § 9 Rn. 47.

⁵⁰ Siehe oben IV.2.a).

⁵¹ Siehe oben IV.2.b).

⁵² Hornung (Fn. 21), Kap. 5 Rn. 66.

⁵³ Britz/Indenhuck (Fn. 47) S. 235; Schulz (Fn. 42), Art. 6 Rn. 28; Specht (Fn. 49), § 9 Rn. 47.

schränkung nicht geboten: Schließt der Dritte aus freien Stücken einen Vertrag mit dem Nutzer, zu dessen Erfüllung die Datenverarbeitung auch des sozialen Mediums geboten ist, ist jene Verarbeitung nämlich ebenso direkte Folge seiner autonomen Entscheidung. Um im obigen Beispiel zu bleiben: Der Werbevertrag eines Dritten mit einer Influencerin, dessen Erfüllung ihre Verarbeitung der personenbezogenen Drittdata rechtfertigt, führt auch zur Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch das soziale Medium, die für die Werbezwecke erforderlich ist.

b) Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen

In der Fallgruppe der Kontaktdaten ist denkbar, dass der Dritte sich infolge der Einladung, die der Nutzer ihm nach dem Import der Daten zusendet, zur Nutzung des sozialen Mediums entschließt. In diesem Fall ließe sich überlegen, die Kontaktdatenverarbeitung als zur Durchführung einer vorvertraglichen Maßnahme i.S.d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 2 DSGVO erforderlich zu qualifizieren.⁵⁴ Dieser Erlaubnistatbestand soll schließlich gerade Datenverarbeitungen im Stadium der Vertragsanbahnung legitimieren.⁵⁵ Schließt der Dritte später einen Plattformnutzungsvertrag mit dem sozialen Medium ab, fällt der Kontaktdatenimport zeitlich in diese Anbahnungsphase.

Damit auf der Basis des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Alt. 2 DSGVO nicht personenbezogene Daten völlig Unbeteiligter verarbeitet werden können, muss die fragliche vorvertragliche Maßnahme allerdings auf Anfrage der betroffenen Person hin erfolgen. Die Initiative für die Verarbeitung muss also von dieser Person ausgehen.⁵⁶ Ohne dass dies aus dem Wortlaut der Norm ausdrücklich hervorgeht, folgt daraus denklogisch, dass die Anfrage der Datenverarbeitung zeitlich vorgelagert sein muss. Zum Zeitpunkt der Kontaktdatenverarbeitung im Wege des Imports fehlte es aber an einer Initiative des Dritten. Seine spätere Entscheidung, einen Plattformnutzungsvertrag abzuschließen, ist als nachgelagerter Umstand demgegenüber irrelevant. Auf den Erlaubnistatbestand der Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen kann die Datenverarbeitung daher unabhängig davon nicht gestützt werden, ob der Dritte zu später einen Vertrag mit dem sozialen Medium abschließt oder nicht.⁵⁷

⁵⁴ Bejaht man die Anwendung dieses Erlaubnistatbestandes, könnte darauf nicht nur die Datenverarbeitung des sozialen Mediums, sondern auch die des Nutzers gestützt werden. Wie für die Vertragserfüllung dargelegt (siehe oben IV.3.a)(2)), kommt es auch insofern nicht darauf an, zu wem die vorvertragliche Beziehung der betroffenen Person besteht, zu deren Durchführung die Verarbeitung erforderlich ist.

⁵⁵ *Albers/Veit* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 47; *Buchner/Petri* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 34.

⁵⁶ *Buchner/Petri* (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 36 f.; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 6 DSGVO Rn. 15; *Heberlein*, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 14.

⁵⁷ Im Ergebnis ebenso *Golland* (Fn. 17), S. 295.

V. Wahrung berechtigter Interessen als Rechtsgrundlage

1. Anforderungen dieser Rechtsgrundlage

Für viele der Fälle, in denen die personenbezogenen Daten Dritter in den untersuchten Fallgruppen verarbeitet werden, bleibt als Rechtsgrundlage nicht nur für das soziale Medium, sondern auch für den Nutzer nach alledem nur Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO. Darauf kann eine Datenverarbeitung gestützt werden, die zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die einen Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwiegen. Der Begriff des berechtigten Interesses an der Datenverarbeitung ist hierbei weit auszulegen: Hierunter fallen alle rechtlichen, wirtschaftlichen oder ideellen Interessen, die im Einklang mit der Rechtsordnung stehen.⁵⁸ Im Gegensatz dazu ist die Erforderlichkeit eng zu verstehen, um Einschränkungen des Datenschutzes auf das absolut notwendige Maß zu beschränken.⁵⁹ Es reicht also nicht aus, dass die konkrete Datenverarbeitung der effizienteste oder wirtschaftlichste Weg zur Erreichung des gesetzten Ziels ist.⁶⁰

2. Verarbeitung von Kontaktdaten

a) Berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung

Ein berechtigtes Interesse sowohl des sozialen Mediums als auch des Nutzers daran, die Kontaktdaten Dritter beim sozialen Medium hochzuladen, ist nach diesem Maßstab zu bejahen.⁶¹ Das soziale Medium hat ein Interesse am Import der Kontaktdaten, weil es auf dieser Basis abgleichen kann, welche Kontakte seines Nutzers noch nicht bei ihm registriert sind. Im Anschluss kann es diesem Nutzer ermöglichen, seine fehlenden Kontakte einzuladen. Auf diese Weise kann es seinen Nutzerkreis stetig erweitern.⁶² Das Interesse am Nutzerwachstum ist ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse, das durch die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh geschützt wird.

⁵⁸ Schantz (Fn. 20), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 98; Schulz (Fn. 42), Art. 6 Rn. 57; Taeger (Fn. 44), Art. 6 DSGVO Rn. 129.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-597/19 (*Mircom/Telenet*), ECLI:EU:C:2021:492, Rn. 110; Heberlein (Fn. 56), Art. 6 Rn. 28; Schantz (Fn. 20), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 100.

⁶⁰ OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.1.2021 – 11 LA 16/20, MMR 2021, 593 Rn. 16; Buchner/Petri (Fn. 42), Art. 6 DSGVO Rn. 147a.

⁶¹ Anderer Ansicht Thiel, DuD 2018, 601; Voigt/Skistims, K&R 2017, 530, 531, jedoch jeweils ohne nähere Begründung.

⁶² Dies ordnet auch *HmbBfDI* (Fn. 7), S. 163 als berechtigtes Interesse ein, das aber mit dem Versand der Einladungen entfallen soll.

Auch der Nutzer hat ein Interesse daran, möglichst viele seiner Kontakte zur Nutzung des sozialen Mediums zu bewegen, entstehen für ihn dadurch doch neue Kommunikations- und Interaktionsmöglichkeiten. Dies ist ein berechtigtes ideelles Interesse, das durch seine Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützt wird. Dieses Grundrecht schützt nämlich nicht nur die Meinungsäußerung selbst, sondern auch vorbereitende Handlungen.⁶³ Durch die Einladung, das soziale Medium ebenfalls zu nutzen, bereitet der Nutzer seine Meinungsäußerung auf dieser Plattform vor, indem er sich dort einen Empfängerkreis schafft.

b) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

Die Kontaktdatenverarbeitung ist jedoch bei der gebotenen engen Auslegung dieses Begriffs nicht erforderlich, um zu erreichen, dass die Kontakte des Nutzers das soziale Medium ebenfalls nutzen. Der Abgleich ihrer Kontaktdaten, den deren Import ermöglicht, ist zwar sicherlich der effizienteste Weg, um das Nutzerwachstum zu fördern. Er ist jedoch nicht zwingend notwendig, um dieses Ziel zu erreichen. Der Nutzer könnte z.B. händisch über die Suchleiste des sozialen Mediums herausfinden, ob seine Kontakte angemeldet sind. Stellt sich bei einer solchen Suche heraus, dass sie es noch nicht sind, könnte das soziale Medium ihn beim Einladungsversand unterstützen, etwa indem es einen Anmeldelink generiert, den der Nutzer individuell versenden kann. Beides ist möglich, ohne dass die Kontaktdaten des betroffenen Dritten dafür zu irgendeinem Zeitpunkt bei dem sozialen Medium hochgeladen werden müssen.

c) Kein Überwiegen der Datenschutzrechte und -interessen

Selbst wenn man die Erforderlichkeit bejaht, überwiegen jedenfalls die Rechte des Dritten auf Achtung seines Privat- und Familienlebens nach Art. 7 GRCh und auf Schutz seiner personenbezogenen Daten gemäß Art. 8 GRCh die berechtigten Interessen sowohl des sozialen Mediums als auch des Nutzers an der Kontaktdatenverarbeitung.⁶⁴ Der Import der Kontaktdaten beim sozialen Medium unterläuft schließlich die autonome Entscheidung des Dritten, das soziale Medium nicht zu nutzen.⁶⁵ Auch erfolgt die Verarbeitung der Kontaktdaten ohne seine Kenntnis. Das verstärkt das Gewicht der darin lie-

⁶³ Ein solcher Vorbereitungsschutz ist für die kollektive Meinungsäußerung durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GRCh anerkannt (siehe *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, 5. Aufl. 2019, Art. 12 Rn. 13; *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 12). Für individuelle Formen der Meinungsäußerung besteht in deren Vorbereitungsphase dasselbe Schutzbedürfnis, weshalb sie von Art. 11 Abs. 1 GRCh ebenfalls geschützt sein müssen.

⁶⁴ *Thiel*, DuD 2018, 601.

⁶⁵ *Golland* (Fn. 17), S. 243 f.; *Hessel/Leffer*, CR 2020, 139, 143.

genden Grundrechtsbeeinträchtigung, weil eine betroffene Person, die von einer Datenverarbeitung nichts weiß, sich hiergegen praktisch nicht wehren kann.⁶⁶ Lädt der Nutzer den Dritten nach dem Datenabgleich ein, das soziale Medium ebenfalls zu nutzen, kann der Dritte im Zuge dessen zwar von der Datenverarbeitung erfahren und sich für die Zukunft hiergegen wehren. Das mildert die Beeinträchtigung durch den vorangegangenen Import allerdings nur geringfügig ab, sind seine Daten in diesem Fall doch schon zum sozialen Medium gelangt und dort den bereits beschriebenen Missbrauchsgefahren durch dessen Betreiber oder andere Personen wie bspw. Hacker ausgesetzt.⁶⁷

3. *Verarbeitung von User-Generated Content*

a) *Berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung*

Auch an der Datenverarbeitung, die in der Veröffentlichung von User-Generated Content durch den Nutzer liegt, haben sowohl er als auch das soziale Medium ein berechtigtes Interesse. Das soziale Medium hat ein wirtschaftliches Interesse an der Publikation solcher nutzergenerierten Inhalte, die – unabhängig davon, wessen Daten enthalten sind – den Kern seines Angebots ausmacht. Dies ist ein berechtigtes Interesse, das durch die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh geschützt wird. Der Nutzer hat demgegenüber ein ideelles Interesse an der Veröffentlichung z.B. von Aufnahmen und Texten, mittels derer er mit anderen Nutzern über das soziale Medium interagieren und kommunizieren möchte. Dieses Interesse wird durch seine Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützt und ist daher ebenfalls ein berechtigtes Interesse.⁶⁸

b) *Erforderlichkeit der Datenverarbeitung*

Inwiefern die Verarbeitung der personenbezogenen Daten Dritter erforderlich ist, um die berechtigten Interessen von Nutzer und sozialem Medium zu wahren, lässt sich in dieser Fallgruppe nicht pauschal beantworten. Bereits an der nötigen engen Auslegung des Erforderlichkeitsbegriffs kann die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO scheitern, wenn sich das Ziel der konkreten Veröffentlichung auch ohne das jeweilige Datum erreichen lässt.⁶⁹

⁶⁶ Golland (Fn. 17), S. 296; ähnlich auch Becker, CR 2021, 797, 802.

⁶⁷ Siehe oben III.3.b).

⁶⁸ Aßmus (Fn. 16), B. III. Rn. 228; Heberlein, Datenschutz im Social Web, 2017, S. 128. Je nach Inhalt können weitere berechnete Interessen der Nutzer hinzutreten. Im erwähnten Fall eines Unternehmens, das Aufnahmen von Mitarbeitern auf seinem Social Media-Profil veröffentlichen möchte, besteht an dieser Öffentlichkeitsarbeit z.B. ein wirtschaftliches Interesse, das durch Art. 16 GRCh geschützt ist.

⁶⁹ Vgl. OVG Lüneburg, MMR 2021, 593 Rn. 17; Becker, CR 2021, 797, 800; Viehweiger/Koreng, ZD 2021, 224, 229; Weidenhammer, DSB 2021, 128, 129.

Dies ist bei Publikation einer Fotografie etwa der Fall, sofern es für die Bildaussage nicht darauf ankommt, dass der Dritte in erkennbarer Weise abgebildet ist, z.B. weil das Bild nur der Illustration eines Textes dienen soll und keine inhaltliche Aussage transportiert. In anderen Fällen kann die Datenverarbeitung, die in der Veröffentlichung liegt, dagegen zwingend notwendig sein, um das Ziel der Publikation zu erreichen. Das ist bspw. bei Fotografien der Fall, die ihren Betrachter über das abgebildete Geschehen informieren sollen. Insofern ist eine Einzelfallbetrachtung geboten.

c) *Kein Überwiegen der Datenschutzrechte und -interessen*

Auch bei der Frage, ob die Datenschutzgrundrechte des Dritten die berechtigten Interessen des Nutzers und des sozialen Mediums an der Datenverarbeitung überwiegen, ist eine solche Prüfung im konkreten Fall erforderlich. Sie führt nicht immer, aber doch häufig dazu, dass die Veröffentlichung von User-Generated Content, der Daten Dritter enthält, nicht rechtmäßig ist.⁷⁰ Zu den beiden Aspekten, die für Kontaktdaten erörtert wurden – der autonomen Entscheidung des Dritten gegen die Nutzung des sozialen Mediums und seiner fehlenden Kenntnis von der Datenverarbeitung –⁷¹ tritt hier nämlich ein weiteres gewichtiges Argument: Anders als die Kontaktdaten, die der Nutzer nur an das soziale Medium übermittelt, wird User-Generated Content mittels des sozialen Mediums einem mehr oder weniger großen Personenkreis offengelegt. Eine solche Offenlegung geht immer mit dem Kontrollverlust einher, der mit Blick auf die konkludente Einwilligung erörtert wurde.⁷² Die dort geschilderte Gefahrenlage, die durch eine Veröffentlichung in den sozialen Medien entsteht, verleiht den Rechten und Interessen des Dritten zusätzliches Gewicht.

Dieses Argument trägt jedoch nicht, wenn der Dritte gegenüber dem Nutzer wirksam in die Datenverarbeitung eingewilligt hat. Fehlt es in dieser Konstellation an einer Einwilligung des Dritten auch dem sozialen Medium gegenüber – etwa weil der Nutzer sein Einverständnis nicht als Bote oder Stellvertreter übermittelt hat –,⁷³ kann das soziale Medium seine Datenverarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO stützen. In diesem Fall weiß der Dritte schließlich von der Verarbeitung und will sie sogar, weshalb seine Datenschutzgrundrechte den berechtigten Interessen des sozialen Mediums nicht nur nicht entgegenstehen. Es ist im Gegenteil gerade Ausdruck seiner

⁷⁰ Anderer Ansicht jedenfalls zur Rechtslage vor Geltung der DSGVO *Splittergerber* (Fn. 27), Kap. 3 Rn. 75: „Ein großer Teil der datenschutzrechtlich relevanten Verarbeitungsmaßnahmen im Rahmen von Social Media wird über diese Interessenabwägung zu rechtfertigen sein“.

⁷¹ Siehe oben V.2.c).

⁷² Siehe oben III.3.c).

⁷³ Siehe oben III.2.b).

grundrechtlich geschützten Autonomie im Umgang mit personenbezogenen Daten, die Verarbeitung auch durch das soziale Medium zuzulassen.⁷⁴

4. *Verarbeitung zu Unternehmensprofilen*

a) *Berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung*

An der Erstellung von Unternehmensprofilen über Dritte zuletzt hat das soziale Medium ein Interesse, weil es seine Nutzer dadurch möglichst umfassend informieren möchte. Vermittelt es ihnen auf seiner Plattform alle wissenswerten Information, müssen sie diese Plattform zu Recherchezwecken nicht mehr verlassen. Das Interesse hieran ist einerseits ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse, weil die Nutzer infolgedessen mehr Zeit mit der Verwendung des sozialen Mediums verbringen, die sich etwa durch Werbung monetarisieren lässt. Dieses Interesse schützt Art. 16 GRCh. Andererseits hat das soziale Medium ein berechtigtes ideelles Interesse an der Information seiner Nutzer über Dritte. Die Weitergabe von Informationen wird schließlich von der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützt.⁷⁵

b) *Erforderlichkeit der Datenverarbeitung*

Auch die Erforderlichkeit, die personenbezogenen Daten Dritter zu sammeln und zu Unternehmensprofilen zusammenstellen, um dieses Informationsziel zu erreichen, ist zu bejahen. Möglich wäre zwar theoretisch auch, dass das soziale Medium nicht selbst solche Profile anlegt, sondern die Unternehmen darum bittet, sie zu erstellen und auszufüllen. Davon würden allerdings voraussichtlich nicht alle Unternehmen Gebrauch machen. Insbesondere solche, die sich zuvor bewusst gegen eine Präsenz auf dem sozialen Medium entschieden haben, würden auch auf dessen Bitte hin kaum ein Profil anlegen.⁷⁶ Auch wenn eine solche Maßnahme also weniger eingriffsintensiv wäre, dürfte sie daher erheblich weniger effektiv sein. Sollen Nutzer sich auf der Plattform des sozialen Mediums umfassend über Unternehmen informieren können, ist die „Lückenschließung“ durch dieses Medium deshalb erforderlich.

c) *Kein Überwiegen der Datenschutzrechte und -interessen*

Letztlich überwiegen allerdings die Rechte und Interessen des Dritten die berechtigten Interessen des sozialen Mediums an der Datenverarbeitung im

⁷⁴ In diese Richtung auch *Golland* (Fn. 17), S. 243.

⁷⁵ *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 13.

⁷⁶ Google z.B. ermöglicht es Unternehmen, ein solches Profil anzulegen (siehe dazu Googles Seite zu Unternehmensprofilen, abrufbar unter <<https://www.google.com/business/>>). Von der Möglichkeit, ein solches Profil mit Fotos, Logos oder anderen Unternehmensinformationen zu füllen, machen aber längst nicht alle Unternehmen Gebrauch.

Rahmen der Unternehmensprofile. Die Argumente, die gegen eine Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Kontaktdaten Dritter und von Drittdaten in User-Generated Content angeführt wurden, wiegen in dieser Fallgruppe nämlich besonders schwer. Zu den Datenschutzgrundrechten als entgegenstehenden Positionen des Dritten treten in dieser Konstellation noch dessen Berufsfreiheit nach Art. 15 Abs. 1 GRCh bzw. dessen unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh.

Das verleiht zunächst der bewussten Entscheidung, das soziale Medium nicht zu nutzen, zusätzliches Gewicht. Im beruflichen Kontext besteht ein besonderes Interesse daran, das Ob und Wie der eigenen Darstellung im Internet und dort insbesondere in den sozialen Medien zu kontrollieren. Viele Menschen informieren sich schließlich online über mögliche Vertragspartner, bevor sie eine Geschäftsbeziehung eingehen.⁷⁷ Aus diesem Grund sind auch die fehlende Kenntnis des Dritten von der Datenverarbeitung und die fehlende Kontrolle hierüber, die daraus folgt, ein gewichtigeres Gegenargument als in den anderen Fallgruppen: Ein fremdgesteuertes Unternehmensprofil läuft schließlich stets Gefahr, unvollständig, fehlerhaft oder veraltet zu sein.⁷⁸ Weiß der Dritte nicht einmal von der Existenz eines solchen Profils, kann er auch nicht auf seine Korrektur hinwirken. Dies kann dazu führen, dass potentielle Geschäftspartner, die mittels des Unternehmensprofils falsch informiert wurden, von einem Vertragsschluss mit ihm absehen. Es stellt also eine erhebliche Gefahr für die geschäftlichen Chancen des Dritten dar.⁷⁹

Aus diesem Grund kann auch der Umstand, dass der Dritte die Daten, die sich auf dem Unternehmensprofil finden, zuvor frei zugänglich ins Internet gestellt hat, die Datenverarbeitung nicht legitimieren.⁸⁰ Teilweise wird für personenbezogene Daten, welche die betroffene Person öffentlich zugänglich gemacht hat, zwar auf die Wertung in Art. 9 Abs. 2 lit. E) DSGVO verwiesen.⁸¹ Sei ihre Verarbeitung danach sogar zulässig, wenn es sich um besondere Kategorien personenbezogener Daten handele, müsse dies doch erst recht

⁷⁷ Jüngere Nutzer verwenden sogar mehrheitlich soziale Medien, um sich über Produkte zu informieren, wie eine Umfrage unter US-amerikanischen Verbrauchern ergab (*ChannelAdvisor*, ChannelAdvisor Announces 2021 E-Commerce Consumer Survey Results, <www.channeladvisor.com v. 13.10.2021, abrufbar unter <<https://www.channeladvisor.com/about/news-events/press-releases/channeladvisor-announces-2021-e-commerce-consumer-survey-results/>>).

⁷⁸ In diese Richtung auch LG Hamburg, K&R 2020, 460, 462.

⁷⁹ *Nittmann*, GRUR-Prax 2020, 417.

⁸⁰ Anderer Ansicht *Heberlein* (Fn. 68), S. 130, nach der die Verarbeitung solcher Daten „üblicherweise erlaubt“ ist. Weitergehend noch *Golland* (Fn. 17), S. 237; *Golland*, ZD 2020, 397, 401, nach dem stets das berechtigte Interesse an der Verarbeitung dieser Daten überwiegt.

⁸¹ *Gola*, NZA 2019, 654, 656; in diese Richtung auch *Aßmus* (Fn. 16), B. III. Rn. 231.

für die Verarbeitung weniger sensibler Daten gelten.⁸² Dass der Dritte seine Daten selbst öffentlich gemacht hat, kann jedoch das Gewicht der Positionen, die der Datenverarbeitung entgegenstehen, zwar verringern. Es führt aber nicht zwangsläufig dazu, dass die Verarbeitung zulässig ist.⁸³ Für jede Information, welche die betroffene Person ins Internet gestellt hat, jegliche Form der Datenverarbeitung durch alle beliebigen Personen zuzulassen, würde ihre Rechte und Interessen über Gebühr beeinträchtigen.⁸⁴ Im konkreten Fall blieben insbesondere die aufgezeigten Risiken außer Betracht, die erst aus der Zusammenstellung dieser Daten in einem Unternehmensprofil folgen, das nicht der Dritte, sondern das soziale Medium kontrolliert und von dem der Dritte womöglich nicht einmal weiß.

VI. Zusammenfassung

Auch wenn sie sich bewusst entschieden haben, kein Profil bei einem sozialen Medium anzulegen, können Dritte in ausgewählten Situationen doch damit einverstanden sein, dass ihre personenbezogenen Daten im Social Media-Kontext verarbeitet werden. Liegt ein solches Einverständnis vor, finden sich je nach Situation mit der Einwilligung, der Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung oder der Wahrung berechtigter Interessen passende Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung der Drittdata sowohl durch den Nutzer als auch durch das soziale Medium.

Fehlt es dagegen an einem Einverständnis des Dritten, kann die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten allenfalls zur Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen oder ideellen Interessen des Nutzers oder sozialen Mediums gerechtfertigt sein. Für die im vorliegenden Beitrag untersuchten Fallgruppen der Kontaktdaten Dritter und der Drittdata, die für Unternehmensprofile verarbeitet werden, scheidet die Anwendung dieses Erlaubnistatbestandes jedoch an den entgegenstehenden Grundrechten des Dritten, der sich autonom gegen die Social Media-Nutzung entschieden und von der Datenverarbeitung vielfach keine Kenntnis hat. Allein mit Blick auf User-Generated Content, der personenbezogene Daten Dritter enthält, ist denkbar, dass die Rechte und Interessen des Dritten im Einzelfall hinter dem berechtigten Veröffentlichungsinteresse zurücktreten müssen.

⁸² Golland (Fn. 17), S. 232, S. 237; Golland, ZD 2020, 397, 401; Golland, MMR 2018, 130, 133; Schantz (Fn. 20), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 131.

⁸³ LG Hamburg, K&R 2020, 460, 462.

⁸⁴ Jandt/Roßnagel, ZD 2011, 160, 166; in diese Richtung auch Becker, CR 2021, 797, 802.

3. Teil

Schwärme im Wirtschaftsrecht

Der Schwarm als Chance für das kollektive Arbeitsrecht

Lena Rudkowski

I. Einleitung.....	167
II. Schwarmverhalten im kollektiven Arbeitsrecht.....	168
1. Der Begriff des Schwarms	168
2. Ausübung von Tarifautonomie als Schwarmverhalten.....	169
3. Arbeitskampf als Schwarmverhalten.....	171
III. Schwarm und Netzwerk als Chance für das kollektive Arbeitsrecht	176
IV. Fazit.....	180

I. Einleitung

„We organize in less than 10 minutes“¹ – so lautete im Sommer 2021 die Drohung des Gorillas Workers Collective, eines Zusammenschlusses von Arbeitnehmern des Berliner Lieferdienstes „Gorillas“, in Abwandlung des Werbeversprechens ihres Arbeitgebers „wir liefern in zehn Minuten“.

Die Auseinandersetzung zwischen dem Lieferdienst und seinen Fahrern scheint ein typischer Fall des Schwarmverhaltens zu sein. Die Arbeitnehmer schließen sich im Kollektiv zusammen (mit Worten aus der Biologie gesprochen: sie aggregieren sich), um gemeinsam stärker zu sein und sich besser durchsetzen zu können. Was der Einzelne nicht kann, schafft er mit anderen zusammen.

Dieser streikrechtliche Sachverhalt legt nahe, dass sich im kollektiven Arbeitsrecht, das das Recht der betrieblichen Mitbestimmung, das Tarifrecht, das Koalitions- und das Arbeitskampfrecht umfasst, Idealtypen des Schwarmverhaltens finden. Betrachten wir das kollektive Arbeitsrecht aber näher, haben wir es regelmäßig nicht mit Schwärmen zu tun. Jedoch könnte Schwarmverhalten eine Chance für die Tarifautonomie bieten.

¹ Gorillas Workers Collective [GorillasWorkers], veröffentlicht am 11.6.2021, 20:13 Uhr, online unter: <<https://twitter.com/GorillasWorkers/status/1403415109351923714?s=20>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 15.9.2022 abgerufen).

II. Schwarmverhalten im kollektiven Arbeitsrecht

Auch wenn der Gedanke, dass Interessendurchsetzung den Arbeitnehmern gemeinsam besser gelingt, das kollektive Arbeitsrecht prägt, sind die im kollektiven Arbeitsrecht geregelten Verhaltensformen der Arbeitnehmer regelmäßig nicht als „Schwarm“ einzuordnen.

1. Der Begriff des Schwarms

Wie auch andere Beiträge dieses Bandes darlegen, gibt es keinen feststehenden Rechtsbegriff des „Schwarms“ oder „Schwarmverhaltens“. Der Begriff beschreibt eigentlich ein biologisches Phänomen. Verhaltensbiologisch betrachtet, ist ein Schwarm ein „einheitlich formierter, dreidimensionaler mobiler Verband bei wasserbewohnenden oder flugfähigen Tierarten“.²

Andere Wissenschaftsdisziplinen haben das Phänomen des Schwarms aufgegriffen, es auf ihren Forschungsgegenstand übertragen und es dafür ggf. abgewandelt. Die Faszination, die vom Schwarmverhalten ausgeht – die wiederum für seine Übertragung auf andere als biologische Phänomene ursächlich sein dürfte –, resultiert aus dem Eindruck, dass es eine „Schwarmintelligenz“ zu geben scheint. Von außen wirkt es, als träfe der Schwarm sinnvolle Gruppenentscheidungen, die nur auf einer Interaktion der Artgenossen untereinander basieren: Die Entscheidungen erscheinen koordiniert, obgleich sie nicht von einem bestimmten Individuum oder einer Hierarchie bestimmt werden.³ Schwärme verfügen über keine Zentrale, die Weisungen gibt oder den Schwarm überblickt und kontrolliert – trotzdem wirkt das Schwarmverhalten zielgerichtet und gesteuert (Schwarmparadox).⁴

Die Soziologie hat die biologischen Erkenntnisse auf menschliches Zusammenwirken übertragen und den Schwarm als einen der Idealtypen des gesellschaftlichen Engagements entdeckt.⁵ Aus ihrer Sicht zeichnet sich der zielgerichtet und sinnvoll agierende Schwarm in Abgrenzung zu anderen auf bestimmte Ziele gerichteten (menschlichen) Organisationsformen durch eine lose Organisiertheit bis hin zu einer ggf. ganz fehlenden Organisationsstruktur und durch vergleichsweise geringe Komplexität aus; die Identifikation der

² Gattermann (Hrsg.), Wörterbuch zur Verhaltensbiologie der Tiere und des Menschen, 2. Aufl. 2006, S. 281.

³ Horn, in: Horn/Gisi, Schwärme – Kollektive ohne Zentrum, 2009, S. 7, 10.

⁴ Aus dem Engl.: „In swarms there is no central command, no unit or agent which is able to survey, oversee and control the entire swarm. Yet the actions of the swarm are directed, the movement motivated, and the pattern has a purpose. This is the paradox of swarms“, Thacker, Networks, Swarms, Multitudes (Part Two), veröffentlicht auf CTheory am 18.5.2004 online unter: <<https://journals.uvic.ca/index.php/ctheory/article/view/14541/5388>>.

⁵ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 87.

Mitglieder mit dem Schwarm ist eher gering, das Ganze nur auf kurze Dauer angelegt.⁶ Der Schwarm unterscheidet sich damit deutlich von der durch feste Strukturen geprägten Organisation, juristisch gesprochen von einer Gesellschaft oder einem Verein. Insbesondere erscheint er in der digitalisierten Welt, in den Sozialen Medien: Hier kann durch Interaktion der Nutzer, etwa durch die Orientierung an einzelnen exponierten, formal aber gleichgestellten Individuen ein sich selbst verstärkender sozialer Prozess in Gang kommen,⁷ der zu bestimmten, nicht von außen vorgegebenen Ergebnissen führt und nicht im eigentlichen Sinne abgestimmt war, aber ggf. von außen so wirkt.

2. Ausübung von Tarifautonomie als Schwarmverhalten

Legen wir das soziologische Verständnis von Schwarmverhalten auf das kollektive Arbeitsrecht an, immer mit dem – wenngleich mangels eigener biologischer Expertise begrenzten – Hintergrundwissen zum Schwarm in der Biologie, wird schnell deutlich, dass zwei große Teildisziplinen des kollektiven Arbeitsrechts nicht auf Schwärmen beruhen. Da ist zunächst das Betriebsverfassungsrecht, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb durch den Betriebsrat. Sie ist keine spontane Aktion der Belegschaft, sondern folgt gesetzlich klar festgelegten Regeln, mit einem Wahlverfahren und einer gesetzlichen Ausgestaltung des Betriebsrats-Amtes (siehe das BetrVG).

Aber auch die Ausübung von Tarifautonomie ist kein Fall des Schwarmverhaltens, trotz deutlicher Parallelen zum Schwarm:

Die Tarifautonomie, der freie Abschluss und die freie Gestaltung von Tarifverträgen, ist nach heute herrschender Auffassung nichts anderes als kollektiv ausgeübte Privatautonomie.⁸ Nach diesem Konzept ist der einzelne Arbeitnehmer dem Arbeitgeber strukturell unterlegen und kann deshalb beim Arbeitsvertragsschluss seine Interessen nicht hinreichend wahren. Durch Zusammenschluss im Kollektiv gleichen die Arbeitnehmer das zu ihren Ungunsten bestehende Kräfteungleichgewicht aus. Es entsteht (ungefähre) Verhandlungspartität.⁹ Diese wiederum ist Grundlage für die sog. Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags: Schließen die in etwa gleich starken Partner einen Tarifvertrag, so gilt dieser als „richtig“, d.h. als angemessener Ausgleich von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen.¹⁰ Die „Richtigkeit“ ist insbesonde-

⁶ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 90.

⁷ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 89.

⁸ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 336/09, NZA 2011, 920 Rn. 40; BAG, Urt. v. 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, NZA 2001, 613, 615; grundlegend *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005.

⁹ BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE 146, 71 Rn. 146; BVerfG, Beschl. v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60 Rn. 23.

¹⁰ Daher auch (zurückhaltender) „Angemessenheitsvermutung“, BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 6 AZR 671/15, NZA-RR 2017, 325 Rn. 28; BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 4 AZR

re Legitimation für die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrags zwischen den Tarifgebundenen (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG).

Dies alles klingt zunächst nach Schwarmverhalten, nach dem Gedanken „gemeinsam sind wir stark“. Zugleich erscheint hier noch keine Hierarchie, keine Organisation: Freie Individuen gleicher Art (Arbeitnehmer von in etwa gleicher Stellung) schließen sich zusammen, um ein gemeinsames Ziel (Tarifvertragsschluss) zu erreichen. Keiner ist *primus inter pares*, keiner bestimmt das Geschehen. Der Zusammenschluss ist mehr als die Summe seiner Individuen, er erreicht ein Ergebnis, das richtig und sinnvoll ist. Alle im Kollektiv profitieren davon – *in concreto* durch die unmittelbare und zwingende Tarifgeltung im eigenen Arbeitsverhältnis nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.

Jedoch müssen, damit das hier vorgestellte Konzept der Tarifautonomie funktioniert, bestimmte Bedingungen erfüllt sein, die wiederum eine Organisation voraussetzen.

Die für das Funktionieren von Tarifautonomie zentrale Verhandlungspartitität setzt eine gewisse Durchsetzungsmacht der Arbeitnehmer voraus. Diese entsteht durch eine bestimmte Mindestzahl von Arbeitnehmern, die sich am Tarifgeschehen beteiligen will – nur so hat die Drohung mit einer Arbeitsniederlegung, zentrales Argument der Arbeitnehmerseite, hinreichendes Gewicht, Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben. Um einen Streik durchzuhalten – der bei den Streikenden zu Lohnausfall führt – bedarf es zudem einer gewissen finanziellen Stärke. Beides ist am besten durch eine Organisation gewährleistet. Die Zahl ihrer Mitglieder kann sicher festgestellt werden, sie verfügt über hinreichende Strukturen und Mittel, sie zu mobilisieren und Kampfmaßnahmen zu finanzieren. Verhandlungen mit dem Arbeitgeber wiederum werden am effizientesten durch bestimmte, das Kollektiv repräsentierende Individuen geführt. Diese müssen sich bei ihren Entscheidungen beim Kollektiv rückversichern, auch hierfür braucht es bestimmte Strukturen (hier: der internen Willensbildung). Dementsprechend übernimmt in der Praxis eine Vereinigung, die Gewerkschaft, die Koordination des Tarifgeschehens auf Arbeitnehmerseite.

Das Verfassungsrecht, das das Tarifgeschehen als tatsächliches wie rechtliches Phänomen aus vorkonstitutioneller Zeit vorgefunden hat, greift die geschilderte Praxis der Steuerung des Geschehens durch Koalitionen auf: Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet zwar „jedermann“ das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Das Grundrecht hat damit schon seinem Wortlaut nach eine individuelle Komponente („jedermann“). Es zielt aber daneben gleichwertig auf das Bilden von „Vereinigungen“ ab. Und auch die einfache Rechtslage trägt den hier skizzierten Funktionsprinzipien Rechnung: Während der Arbeitgeber auch allein tarif-

111/08, NZA 2010, 105 Rn. 28. Krit. *Waas*, in: BeckOK ArbR, 64. Ed. 2022, § 1 TVG Rn. 13.

fähig ist, d.h. er unabhängig von seiner Organisationsform Tarifpartei sein kann, ggf. sogar als natürliche Einzelperson (§ 2 Abs. 1 TVG), dürfen die Arbeitnehmer als Individuen keinen Tarifvertrag schließen. Tariffähig ist nur ihre kollektive Interessenvertretung, die Gewerkschaft (§ 2 Abs. 1 TVG). Sie muss hierfür bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllen. So muss sie etwa eine Organisationsstruktur mit demokratischer Willensbildung aufweisen,¹¹ aber vor allem innerhalb des von ihr gewählten (räumlich-inhaltlichen) Tätigkeitsbereichs „sozial mächtig“ (und damit hinreichend durchsetzungsstark)¹² und schließlich auch auf eine gewisse Dauer angelegt sein.¹³

Die Ausübung von Tarifautonomie liegt damit in der Hand von Organisationen und ist folglich kein Fall des Schwarmverhaltens.

3. Arbeitskampf als Schwarmverhalten

Wenigstens der Arbeitskampf, mit dem Streik als klassischem Kampfmittel der Arbeitnehmerseite, erscheint uns aber doch als Schwarm: Eine Gruppe Gleicher verfolgt gemeinsam kurzfristig dasselbe Ziel (die Durchsetzung der erhobenen Tarifforderungen) mit dem Mittel der kollektiven Arbeitsniederlegung. Die Komplexität des Vorgehens, die kollektive Arbeitsniederlegung, ggf. flankiert von Maßnahmen des Protests oder Streikpostenstehens, ist eher gering.

a) Historische Entwicklung

Tatsächlich gab und gibt es den Streik als Schwarmverhalten: Arbeitnehmer finden sich aus Unzufriedenheit über die Arbeitsbedingungen spontan zusammen und versuchen, die Bedingungen gemeinsam zu verbessern. Zur Kategorie des Schwarmverhaltens dürfte (für eine sichere Aussage bräuchte es genauere Kenntnisse als das, was über die Medien berichtet wurde) etwa der Gorillas-Streik im Sommer 2021 gehört haben, bei dem die Fahrer des Lieferdienstes sich nach Medienberichten aus Unzufriedenheit mit dem Arbeitgeber heraus zur Arbeitsniederlegung entschlossen.¹⁴

¹¹ Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, § 2 TVG Rn. 15; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 112; krit. Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2022, § 2 TVG Rn. 18.

¹² BAG, Beschl. v. 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188 Rn. 56; BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300 Rn. 32; zur Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 13.9.2019 – 1 BvR 1/16, NZA 2019, 1649.

¹³ Löwisch/Rieble (Fn. 11), § 2 Rn. 56, 206; Oetker, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 316.

¹⁴ Zu den Forderungen etwa Tagesspiegel vom 7.7.2021, <<https://www.tagesspiegel.de/berlin/neue-streiks-drohen-berliner-lieferdienst-gorillas-reagiert-auf-forderungen-der-be-schaeftigten/27399596.html>>.

Derartige spontane Unmutsbekundungen haben eine lange Tradition und stehen historisch betrachtet oft in engem Zusammenhang mit Hungeraufständen oder sozialen Unruhen.¹⁵

Nehmen wir aber die industrielle Phase in den Blick, die in Deutschland ab ca. 1850 einsetzte, die Zeit, in der der Streik entstand, wie wir ihn heute allgemein verstehen, sind es typischerweise Vereinigungen, die den Streik initiieren und lenken. So mag der wohl prominenteste Streik der Industriezeit in Deutschland, der Bergarbeiterstreik im Ruhrgebiet im Jahr 1889, auf den ersten Blick als spontanes Zusammenfinden zu Arbeitsniederlegungen, als plötzlicher Wutausbruch erscheinen. Er war aber von Organisationen geradezu „feldzugmäßig“ geplant.¹⁶ Selbst Gewerkschaftspolitiker mit revolutionären Absichten betonten straffe Organisation und Disziplin als wesentliche Voraussetzungen für schlagkräftige Arbeitskämpfe.¹⁷

Mit der schrittweisen Anerkennung sowohl der Koalitionsfreiheit als auch des Streiks festigte sich im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert dann die Verbindung von Streik und Organisation (Gewerkschaft), wie sie heute auch durch das geltende Recht festgeschrieben wird (sogleich b)) und wie sie gegen eine Einordnung des Streiks als Schwarmverhalten spricht.

b) Rechtslage: Rechtswidrigkeit des nicht gewerkschaftlich getragenen Streiks

Dass eine Gewerkschaft hinter dem Streik steht, verlangt unsere Rechtsordnung als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Streiks.

Denn eigentlich ist er Delikt i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB, Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers, und – individualarbeitsrechtlich betrachtet – Verletzung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers (§ 611a BGB).¹⁸ Wurde das Streikrecht des einzelnen Arbeitnehmers zu Beginn des 20. Jahrhunderts noch als durch die arbeitsvertraglichen Bindungen aufgehoben angesehen,¹⁹ ließ das BAG in einem grundlegenden Beschluss des Großen Senats im Jahr 1955 den Streik auch im laufenden Arbeitsverhältnis zu, unter der Voraussetzung, dass er ein erlaubtes Kampfziel verfolgt und als *ultima ratio* unternommen wird.²⁰

¹⁵ Siehe z.B. *Clasen*, Streiks und Aufstände der Augsburger Weber im 17. und 18. Jahrhundert, 1993, insbes. S. 90 ff.; allg. Überblick bei *Germelmann*, Theorie und Geschichte des Streikrechts, 1980, S. 10 f.

¹⁶ *Pomykaj*, in: Herzig/Linde, Vor hundert Jahren: Die Arbeiterbewegung in Westfalen und an der Ruhr unter dem Sozialistengesetz, 1978, S. 41, 46.

¹⁷ *Kautsky*, Der politische Massenstreik, 1914, S. 281.

¹⁸ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht – Bd. 1, 1997, S. 1217; *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, Art. 9 GG Rn. 192.

¹⁹ *Kaskel*, Arbeitsrecht, 1. Aufl. 1925, S. 321.

²⁰ BAG, Beschl. v. 28.1.1955 – GS 1/54, NJW 1955, 882.

Zu dieser Zeit war noch umstritten, ob eine Gewerkschaft den Streik tragen muss, damit er rechtmäßig ist. Insbesondere *Nipperdey* sprach sich gegen die Zulässigkeit des nicht gewerkschaftlich getragenen Streiks aus,²¹ und ihm schloss sich das BAG im Jahr 1963 an.²² Das BAG stützte seine Auffassung v. a. darauf, dass zwar für den Erfolg eines Streiks die Schnelligkeit entscheidend sein kann (was gegen die Beteiligung einer Organisation und für die Zulassung spontaner Zusammenschlüsse spricht), dass aber der Umstand, dass die Arbeitsniederlegung auf das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm einwirkt, dazu führt, dass sie beschränkt werden muss. Auch stehe der Tarifbezug des Arbeitskampfes der Anerkennung wilder Streiks entgegen: Der Streik hat Hilfsfunktion für die Tarifautonomie, er dient im Tarifkonflikt als Druckmittel der Arbeitnehmerseite, und darf daher auch nur im Rahmen eines Tarifkonflikts genutzt werden. Wenn aber nur Gewerkschaften Tarifverträge schließen dürfen, liegt es nahe, dass auch nur sie (zulässigerweise) zum Streik aufrufen können. Und schließlich sei das Mittel des Streiks „eine scharfe Waffe“,²³ sodass es nicht Gruppen und Personen anvertraut werden könne, „bei denen nicht die Gewähr dafür besteht, daß sie nur in dem vertretbaren Umfang davon Gebrauch machen werden.“²⁴

Seitdem ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Streik, dass er gewerkschaftlich getragen ist oder nachträglich von einer Gewerkschaft übernommen wurde. „Wilde“ Streiks dagegen sind rechtswidrig, sind für die Streikenden mithin Delikt und Arbeitsvertragsbruch.

Hinter dem scheinbaren Schwarm steht somit tatsächlich wie rechtlich eine feste organisatorische Struktur, mit Satzung, Gremien, festgelegten Entscheidungswegen. Hier ist eine Einheit, die über das Ob, Wann und Wie der Durchführung des Streiks entscheidet, die seine Durchführung kontrolliert und überwacht und einer Einordnung als Schwarmverhalten damit die Grundlage entzieht.

c) Völkerrechtskonformität des deutschen Rechts

Das Erfordernis des gewerkschaftlichen Getragenseins des Streiks ist jedoch aus völkerrechtlicher Sicht problematisch.

Der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte, der über die Einhaltung der Europäischen Sozialcharta (ESC) einschließlich des dort in Art. 6 Nr. 4 gewährleisteten Streikrechts wacht, hat die Tarifbezogenheit des Streiks als „excessive restriction“ beanstandet²⁵ und die Begrenzung auf gewerkschaftlich getragene Streiks (nur dann) für zulässig gehalten, „if workers may ea-

²¹ *Nipperdey*, Kollektives Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1957, S. 643.

²² BAG, Urt. v. 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, NJW 1964, 883.

²³ BAG, NJW 1964, 883, 885 a.E.

²⁴ BAG, NJW 1964, 883, 885 a.E.

²⁵ Conclusions XXI-3 (2018), Germany, Article 6-4.

sily, and without undue requirements or formalities, form a trade union for the purpose of a strike“.²⁶

Eine Gewerkschaft „easily“, ganz leicht gründen, das sieht das deutsche Recht aber nicht vor – begonnen damit, dass eine tariffähige Gewerkschaft „sozial mächtig“ sein und damit eine gewisse Zahl an Mitgliedern aufweisen muss.²⁷

Die Divergenz von deutschem Recht und ESC ist bislang praktisch nur deshalb nicht relevant geworden, weil das BAG die ESC lediglich als Auslegungshilfe für das nationale Recht ansieht, und sie nicht höher ansiedelt als das einfache deutsche Recht und vor allem nicht als das Verfassungsrecht.²⁸

Jedoch hat der EGMR in seiner (umstrittenen,²⁹ aber in der Folgezeit mehrfach bestätigten³⁰) *Enerji*-Entscheidung³¹ das eigentlich nur durch Art. 6 Nr. 4 ESC gewährleistete Streikrecht in die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK transplantiert: Art. 11 EMRK gewährleiste auch das Streikrecht. Bei der Auslegung des Art. 11 EMRK orientiert sich der EGMR sehr stark an Art. 6 Nr. 4 ESC in der Ausformung, die dieser durch den Ausschuss für Soziale Rechte erhalten hat. Der EGMR dürfte mithin davon ausgehen, dass das deutsche Erfordernis des gewerkschaftlichen Getragenseins von Streiks gegen Art. 11 EMRK verstößt.

Dies wirft die Frage nach den Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG auf.³²

Richtigerweise ist das Erfordernis des gewerkschaftlichen Getragenseins des Streiks aber keine praktisch spürbare Einschränkung für die Arbeitnehmer, und damit schon in Bezug auf Art. 6 Nr. 4 ESC unbedenklich. Zudem überzeugt die Rechtsprechung des EGMR nicht. Die Unterzeichnerstaaten der EMRK hatten das Streikrecht als soziales Recht eingeordnet, es bewusst aus der EMRK mit ihrem Durchsetzungsmechanismus – der gerichtlichen Prüfung durch den EGMR – herausgehalten und es angesichts seiner politischen Implikationen lieber der (schwächeren) ESC zur Regelung überlassen.³³ Über diese Entscheidung setzt sich der EGMR mit seiner Rechtsprechung hinweg.

²⁶ Conclusions XX-3 (2014), Germany, Article 6-4.

²⁷ Siehe dazu oben Fn. 11.

²⁸ BAG, Urt. v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 69; BAG, Urt. v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 24.

²⁹ *Fütterer*, EuZA 2011, 505, 512 f.; *Seifert*, EuZA 2013, 205, 208 f.; *Weiß*, EuZA 2010, 457, 467 f.

³⁰ EGMR, Urt. v. 30.7.2009 – 67336/01 (*Danilenkov/Russland*), BeckRS 2009, 141904; EGMR, Urt. v. 15.9.2009 – 22943/04 (*Saime Özcan/Türkei*); EGMR, Urt. v. 15.9.2009 – 30946/04 (*Kaya und Seyhan/Türkei*); EGMR, Urt.– v. 13.7.2010 – 33322/07 (*Cerikci/Türkei*).

³¹ EGMR, Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*), NZA 2010, 1423.

³² Dazu BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u. a., NVwZ 2018, 1121.

Wollte man dennoch einen Völkerrechtsverstoß annehmen, so ergibt sich aber der Tarifbezug, und mit ihm das Erfordernis des gewerkschaftlichen Getragenseins des Streiks, unmittelbar aus der Verfassung und ist völkerrechtsfest:³⁴ Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Koalitionsfreiheit zwar als Jedermanngrundrecht und damit jedem Arbeitnehmer und grundsätzlich auch jeder Gruppierung von Arbeitnehmern, unabhängig davon, ob diese eine Gewerkschaft bilden.

Jedoch wird die Koalitionsfreiheit von Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich an einen Zweck gebunden („zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“). Die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vollzieht sich durch Tarifvertrag. Tarifverträge aber können nur von Gewerkschaften abgeschlossen werden, denn nur eine hinreichend durchsetzungsstarke Koalition kann dem Arbeitgeber in Verhandlungspartität, gleichsam „auf Augenhöhe“, gegenüberreten und ein angemessenes Ergebnis erreichen. Wenn Tarifverträge aber (mit gutem Grund) nur von Gewerkschaften abgeschlossen werden können, muss bei den Gewerkschaften auch das Streikmonopol liegen. Der Streik hat Hilfsfunktion für die Tarifautonomie, ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck.

Das Grundgesetz ist zwar völkerrechtsfreundlich auszulegen. Völkerrechtliche Wertungen sind „möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen.“³⁵ Das spricht dafür, auch spontane Zusammenschlüsse und Gruppierungen von Arbeitnehmern, die die Wahrung oder Veränderung von Arbeitsbedingungen zum Ziel haben, als von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt anzusehen, ebenso wie von ihnen geführte Konflikte um kollektive Arbeitsbedingungen. Daraus folgt jedoch nicht, dass man ihnen Tariffähigkeit zubilligen oder ihre Streiks als rechtmäßig anerkennen müsste oder sollte. Eine „schematische Parallelisierung“ oder „vollständige Harmonisierung“ des GG mit der EMRK ist nicht geboten.³⁶ Damit bleibt es aufgrund des klaren verfassungsrechtlichen Bezugs von Tarifvertrag und Arbeitskampf und damit von Arbeitskampf und Gewerkschaft bei der Unzulässigkeit wilder Streiks und damit bei der Unzulässigkeit des einzigen Arbeitnehmer-Schwarmverhaltens des kollektiven Arbeitsrechts.

d) Fazit

Der Gedanke, gemeinsam mehr zu erreichen, prägt zwar das deutsche kollektive Arbeitsrecht. Rechtlich wie tatsächlich setzt aber der Arbeitskampf nicht

³³ Zu weiteren Problemfeldern etwa *Weiß*, EuZA 2010, 457, 467 f.

³⁴ Anderer Ansicht: *Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, § 12 Rn. 19 ff.; *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, Art. 9 GG Rn. 119; *Zachert*, AuR 2001, 401, 404.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, BVerfGE 148, 296 Rn. 135.

³⁶ BVerfG, BVerfGE 148, 296 Rn. 126.

auf einen Schwarm, sondern auf eine Organisation, auf eine Gemeinschaft mit festgelegten Strukturen, die durch ein Zugehörigkeitsgefühl und ein gemeinsames Ziel getragen wird.

III. Schwarm und Netzwerk als Chance für das kollektive Arbeitsrecht

Die Tarifautonomie hat sich als sinnvoll bewährt, als freiheitliches Instrument der Arbeitsrechtsetzung, als demokratische, staatsferne Selbstverwaltung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Sie befindet sich allerdings seit einigen Jahren in der Krise.³⁷

Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie lebt vom Kollektiv gerade auf Arbeitnehmerseite, von dem Gedanken, Unterlegenheit gegenüber den Arbeitgebern durch Gemeinschaft auszugleichen. Dies ist wesentliche Funktionsvoraussetzung für das Tarifsysteem. Der Organisationsgrad insbesondere der Arbeitnehmer nimmt jedoch ab. Waren im Jahr 1991, auf dem Höchststand, fast 12 Millionen Personen Mitglied einer DGB-Gewerkschaft, waren es 2021 nur noch ca. 5,7 Millionen.³⁸

Diese Krise der Tarifautonomie dürfte zum Teil das Ergebnis gut gemeinter, aber insgesamt kontraproduktiver Gesetzgebung sein. So setzte paradoxerweise das „Tarifautonomiestärkungsgesetz“³⁹ mit seinen Erleichterungen bei der Erstreckung tariflicher Arbeitsbedingungen auf Außenseiter (z.B. durch Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung) gerade einen Anreiz, nicht der Gewerkschaft beizutreten.⁴⁰ Wer kraft staatlicher Rechtsetzung in den Genuss tariflicher Arbeitsbedingungen kommt, hat keinen Grund für einen – mit Kosten (Mitgliedsbeitrag) verbundenen – Gewerkschaftsbeitritt. Auch der gesetzliche Mindestlohn und ein aktiver Sozialgesetzgeber machen es entbehrlich, der Gewerkschaft beizutreten: An die Stelle der gewerkschaftlich organisierten Selbsthilfe ist staatliche Hilfe getreten.

Daneben dürften aber auch gesellschaftliche Rahmenbedingungen zum Mitgliederrückgang beitragen.⁴¹ Es liegt auf der Hand, dass Gewerkschaften, deren Mitglieder laut Statistik vorwiegend männlich, älter und in Vollzeit in einem Betrieb des produzierenden Gewerbes tätig sind, in einer Dienstleis-

³⁷ Henssler, RdA 2021, 1, 1 („Erosion der Verbandsstruktur“); Waltermann, ZfA 2020, 211, 215 f.; Waltermann, RdA 2014, 86, 90.

³⁸ Zahlen des DGB, <<https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2020-2029>> und <<https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/1950-1993>>.

³⁹ Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) vom 11.8.2014, BGBl. I, S. 1348.

⁴⁰ Beppler, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, B 111; Reichold, NJW 2014, 2534, 2535.

⁴¹ Dazu bereits Rudkowski, NZA 2021, 315, 318.

tungsgesellschaft, in der die Erwerbstätigkeit von Frauen und der Anteil atypischer Beschäftigungsformen zunehmen, vor Herausforderungen bei der Mitgliedergewinnung stehen.⁴²

Die Einordnung in ein Kollektiv, das überdies teilweise auf der Idee von Klassengegensätzen aufbaut, ist in einer individualisierten, vor allem nach persönlichem Wohlstand und Aufstieg strebenden Gesellschaft nicht besonders attraktiv.⁴³

Gerade Jugendliche sind heute nicht weniger engagiert als früher,⁴⁴ wählen für ihr Engagement aber andere Formen. Fragt man Nicht-Engagierte, welche Art von Engagement sie ansprechen könnte, geht es vor allem darum, dass es „Spaß machen“ und unverbindlich sein muss – gerade die Nicht-Engagierten wollen die Hoheit über das Engagement (über das Was und das Wann) behalten.⁴⁵ Engagement in der Gewerkschaft entspricht diesem Bild nicht. Gewerkschaften sind komplexe Organisationen mit festgelegten Strukturen, setzen auf langfristige Bindung und hohe Identifikation ihrer Mitglieder.

Das für die Identifikation nötige Gemeinschaftsgefühl wird die Gewerkschaft aber in einer diversen Gesellschaft nicht mehr hervorrufen können. Die Geschichte des von der Obrigkeit unterdrückten und ausgebeuteten (männlichen weißen) Arbeiters, der sein Schicksal selbst in die Hand nimmt, die enge Verwobenheit mit der deutschen Geschichte und der Industrialisierung, all dies spricht in einer pluralen Gesellschaft als „Story“ oder „Mission“ nur noch wenige an. Auch Akademisierung und vielfältige Erwerbsbiographien mit Arbeitgeber- und Standortwechseln dürften dem Zusammengehörigkeitsgefühl des „Mannes der Arbeit“, wie es *Herwegh* 1863 beschwor⁴⁶ und wie es jahrzehntelang wesentliche Grundlage für den Erfolg der Gewerkschaften war, eher abträglich sein.⁴⁷

Die Organisationsform „Gewerkschaft“ stößt unter den Bedingungen des 21. Jahrhunderts an Grenzen. Die Lösung könnte eine Weiterentwicklung der Gewerkschaften sein, die stärker auf andere Formen menschlichen Zusammenwirkens setzt. Hier erscheinen Schwarm und Netzwerk als Chance für das kollektive Arbeitsrecht.

Die Gewerkschaft ist zwar Organisation und muss dies in Anbetracht ihrer gesetzlich vorgegebenen Sonderstellung als Tarifpartei (§ 2 Abs. 1 TVG) und damit als rechtsetzende Instanz für die Tarifgebundenen (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) auch bleiben. Nur eine auf Dauer angelegte, nach klaren Entscheidungsprozessen anhand festgelegter Strukturen geführte Organisation

⁴² *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 318.

⁴³ *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 318, *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 215 f.

⁴⁴ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 52 m. w. N.

⁴⁵ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 53.

⁴⁶ *Herwegh*, Bundeslied für den Allgemeinen Deutschen Arbeiterverein, 1863, Vers 37.

⁴⁷ *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 318.

mit einer gewissen sozialen Mächtigkeit bietet die Gewähr, dass Tarifverträge einen angemessenen Interessenausgleich darstellen und nicht nur abgeschlossen, sondern auch auf Dauer korrekt durchgeführt werden.

Dennoch könnte ein Selbstverständnis der Gewerkschaft (auch) als Netzwerk, als Plattform, ihre Attraktivität steigern. Ein Netzwerk bietet aus soziologischer Sicht den Usern einen bestimmten Mehrwert durch Zusammenschluss, die Möglichkeit zu lockerer Kontaktpflege und zum Austausch von Sympathien. Es basiert weniger auf Verpflichtung und dauerhaftem Engagement und bietet mehr Raum für Individuelles.⁴⁸ Zugleich liegt es im Trend, denn es ist eng verwoben mit der Digitalisierung, mit dem Internet und den Sozialen Netzwerken.

Gewerkschaften könnten in von ihnen generierten, onlinebasierten und stark präsenten Netzwerken als derjenige zentrale Akteur agieren, der für Netzwerke typisch ist.⁴⁹ Der zentrale Akteur ist mit jedem Einzelnen im Netzwerk verbunden, während eine nähere Beziehung der übrigen Akteure untereinander nicht besteht. Einer gemeinsamen Identität der User, etwa als „Mann der Arbeit“, bedarf es nicht.

Über das Netzwerk müssen dann Vorteile für die Mitglieder angeboten werden; dies kann der bloße soziale Austausch mit Gleichgesinnten sein, hierzu können aber auch die Vermittlung von Informationen oder gar Dienstleistungen gehören. So könnte eine Online-Plattform den Zugang zu knappen oder komplexen, aber für die Arbeitnehmerschaft bedeutsamen Gütern oder Leistungen erleichtern, etwa zu Wohnraum oder Produkten der Altersvorsorge. Zugleich könnten Mitglieder fallweise für gesellschaftspolitische Anliegen der Gewerkschaft aktiviert werden, etwa um durch Petitionen und Kampagnen Einfluss auf Gesetzgebungsverfahren zu nehmen.

Das Netzwerk verlangt allerdings, wenn es funktionsfähig sein soll, dem zentralen Akteur deutlich mehr Engagement ab als die Organisation. Das Netzwerk muss seine Attraktivität für die Nutzer immer wieder neu sichern und unter Beweis stellen, um seine nicht näher mit ihm identifizierten Nutzer zu halten, während die Organisation sich das bereits bestehende Zusammengehörigkeitsgefühl ihrer Mitglieder zunutze machen kann. Das Netzwerk ist kein Selbstläufer, das Engagement der User ist zeitweise und nicht selbstverständlich.

Im Erfolgsfall aber bietet das Netzwerk solchen Personen, die sonst kein Interesse an gewerkschaftlicher Betätigung haben, einen Berührungspunkt mit der Gewerkschaft und mittelfristig ggf. auch einen Anreiz, sich in der Organisation selbst zu engagieren – sei es auch nur zum persönlichen Vorteil und ohne Bezug zu einem ideologisch überbauten größeren Ganzen („Arbeiterklasse“).

⁴⁸ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 90.

⁴⁹ Dritter Engagementbericht, BT-Drs. 19/19320, 90 f.

Zugleich sollten die Gewerkschaften auch das Schwarmverhalten als mögliches Mittel der Gewerkschaftsarbeit in den Blick nehmen.

Dazu gehört zunächst, dass sich Gewerkschaften etwaiges Schwarmverhalten der Arbeitnehmer – von spontanen Unmutsbekundungen bis hin zu wilden Streiks – zunutze machen:

Arbeitnehmer haben ein individuelles Streikrecht, verankert unmittelbar in Art. 9 Abs. 3 GG.⁵⁰ Dass sie gewerkschaftlich organisiert sind, ist nicht Voraussetzung für seine Ausübung.⁵¹ Machen sie von ihrem Recht spontan Gebrauch, ist dies Chance für die zuständige Gewerkschaft, aus dem Schwarm neue Mitglieder zu rekrutieren oder ihn ggf. ganz in ihr Netzwerk und ihre Organisation zu integrieren.

Übernimmt die Gewerkschaft eine Unmutsbekundung oder einen wilden Streik, kann sie als Organisation profitieren. Denn der Schwarm weist auf einen Missstand im Bereich der Arbeitsbedingungen hin, aber auch auf erste Ansätze eines Gemeinschaftsgefühls der Protestierenden, wie es für die Gewerkschaftsarbeit bedeutsam ist. Fängt die Gewerkschaft den Schwarm ein und überführt sie ihn in Strukturen, ggf. bis hin zum Abschluss eines Tarifvertrags, hilft sie damit nicht nur dem Schwarm und seinen Teilnehmern – für Streikende ist ein wilder Streik Arbeitsvertragsbruch –, sondern sie kann daraus auch selbst Vorteile ziehen. Im günstigen Fall gewinnt sie neue Mitglieder. Eine gewerkschaftliche Ablehnung von Unmutsbekundungen einer Belegschaft oder von wilden Streiks ist daher nicht angebracht. Gefragt ist vielmehr Unterstützung und Überführung in die Obhut der Organisation.⁵² Dass aus der (ohnehin bereits bestehenden) Möglichkeit der gewerkschaftlichen Übernahme wilder Streiks eine höhere Streikbereitschaft der Arbeitnehmer resultieren oder gar die Sozialpartnerschaft erodieren könnte, ist nicht zu erwarten. So hat in der Vergangenheit sich die in anderen Zusammenhängen befürchtete Möglichkeit eines „Dauerstreiks“⁵³ des deutschen Tarifgeschehens nie bewahrheitet. Vielmehr waren größere Tarifkonflikte zuletzt meist branchen- oder unternehmensspezifischen Besonderheiten geschuldet.

Zugleich kann Schwarmverhalten neue Form der Gewerkschaftsarbeit sein. So kann der Schwarm als Instrument der Unterstützung gewerkschaftlicher Anliegen genutzt werden – in der digitalen Welt, im Sinne der Unterstützung gewerkschaftlicher Positionen in den Sozialen Netzwerken, aber auch in der realen Welt, im Arbeitskampf. Das Recht auf freie Wahl der Kampfmittel,

⁵⁰ Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 17 Rn. 17; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 41.

⁵¹ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Bd. 1, 1997, S. 994 a. E.

⁵² Dagegen wurde in den Medien über eine ablehnende Haltung der Gewerkschaft ver.di gegenüber dem Gorillas-Streik berichtet, siehe etwa Kühn, Mehr kämpferische Gewerkschaften, taz v. 11.10.2021, veröffentlicht online unter: <<https://taz.de/Entlassungen-bei-Gorillas/!5804358/>>.

⁵³ Bayreuther spricht von „Balkanisierung“, NZA 2006, 642, 644.

wie es sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt, gestattet der Gewerkschaft, Schwärme als Unterstützung von Arbeitskämpfen einzusetzen, etwa Dritte zu mobilisieren und zu animieren, sich solidarisch zu erklären. Wird der Schwarm von einer Gewerkschaft initiiert und locker gelenkt, ist er zwar kein Schwarm im ursprünglichen, biologischen Sinne, kann aber dennoch durch Aktivierung sonst Unbeteiligter einen wichtigen Beitrag zur Gewerkschaftsarbeit leisten. Praktische Verwendung fand ein Schwarm etwa im Tarifkonflikt im Berliner Einzelhandel 2007, in dem von der Gewerkschaft ein Flashmob (Gewerkschaftsangehöriger und Dritter) zur Betriebsstörung bei den gegnerischen Arbeitgebern initiiert wurde. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für alternative Kampfmittel sind nicht besonders hoch;⁵⁴ insbesondere ist es keine nennenswerte Hürde, sie dem Arbeitgeber als Kampfmittel kenntlich zu machen und so das Gebot fairer Kampfführung zu wahren.

IV. Fazit

Das kollektive Arbeitsrecht basiert zwar nicht wesentlich auf Schwärmen – der wilde Streik als klassisches Arbeitnehmer-Schwarmverhalten ist im Gegenteil auch bei völkerrechtsfreundlicher Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG unzulässig.

Das „Einfangen“ von bestehendem, aber auch das Initiieren von neuem Arbeitnehmer-Schwarmverhalten (etwa im Arbeitskampf) ist allerdings Chance für die Gewerkschaften, neue Mitglieder zu gewinnen und auch unter den Bedingungen des 21. Jahrhunderts weiterhin erfolgreich zu sein.

⁵⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

Schwarmfinanzierung

Plattformökonomie versus DeFi-Kreditfinanzierung

Sebastian Omlor

I.	Kreditfinanzierung im Wandel: vom Web2 zum Web3?.....	181
II.	Koordinierte und dezentrale Schwärme.....	182
	1. Koordinierte Schwärme nach der ECSP-VO	182
	2. Dezentrale Schwärme im DeFi-Modell	183
III.	Aufsichtsrechtlicher Rahmen	185
	1. Differenzierung nach Modell	185
	2. KWG-Anforderungen	186
	3. MiCAR-Regulierung	190
IV.	Regulatorische Herausforderungen	194
V.	Zusammenfassung	195

I. Kreditfinanzierung im Wandel: vom Web2 zum Web3?

Mit seinem am 17. April 2014 veröffentlichten Blog-Beitrag „What Web 3.0 looks like“¹ hat der Ethereum-Mitgründer *Gavin Wood* eine weltweite Diskussion² um Gegenwart und vor allem Zukunft des Internets ausgelöst. Das seit 2004 vorherrschende Web 2.0 (oder kurz: Web2) sei durch die Plattformökonomie, Soziale Medien und große Technologieunternehmen („Big-Tech“) gekennzeichnet. Demgegenüber richte sich das zukünftige Web3 primär auf eine Interaktion von Maschinen untereinander aus und agiere auf Grundlage der Blockchain-Technologie.³ Damit verbunden wäre ein Bedeutungsverlust für Plattformen und generell Intermediäre im engeren wie weiteren Sinn, wozu auch Kreditplattformen zählen. Das Web3 bildete das techni-

¹ Abrufbar unter <<https://gavwood.com/dappsweb3.html>> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 22.9.2022 abgerufen).

² Stellvertretend *Kollmann*, in: Kollmann, Handbuch Digitale Wirtschaft, 2020, S. 133 ff.; *Schneider*, in: Zerfaß/Welker/Schmidt, Kommunikation, Partizipation und Wirkung im Social Web, Bd. 1, 2008, S. 112 ff.; *D. Singh/A. Singh/Karki*, in: Kautish u. a., Knowledge Management and Web 3.0, 2. Aufl. 2022, S. 8 ff.

³ *D. Singh/A. Singh/Karki* (Fn. 2), S. 9.

sche wie allgemein konzeptionelle Umfeld für einen Aufstieg von dezentralen Finanzdienstleistungen (Decentralized Finance, DeFi).

Damit verbreitert sich nicht nur das empirische Spektrum von Schwarmfinanzierungen, sondern zugleich erreicht auch die rechtliche Komplexität eine höhere Stufe. Phänomenologisch stehen sich die über eine Plattform koordinierten und die vollständig dezentralen Schwärme gegenüber. Existiert mit dem Plattformbetreiber ein beaufsichtigungsfähiger Rechtsträger, schwirrt im DeFi-Modell ohne Plattform nur Softwarecode zwischen der Kapitalgeber- und Kapitalnehmerseite. Die aufsichtsrechtliche⁴ Ausgestaltung des Zugangs zum dezentralen Schwarm folgt daher zwei Linien: der klassischen der gegenwärtigen Plattformökonomie und der disruptiv-dezentralen eines zukünftigen Web3.

II. Koordinierte und dezentrale Schwärme

1. Koordinierte Schwärme nach der ECSP-VO

Die Verordnung über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen⁵ (ECSP-VO), die erst seit dem 10.11.2021 gilt (Art. 51 ECSP-VO), stellt die bislang bedeutendste sekundärrechtliche Spezialmaßnahme der Europäischen Union im Bereich der FinTech-Kreditfinanzierung dar. Der unionale Gesetzgeber hatte erkannt, dass die Schwarmfinanzierung bereits über positive Markterfolge verfügte⁶ und zudem die Perspektive mitbrachte, vor allem kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) einen erleichterten Zugang zu Finanzmitteln zu eröffnen.⁷ Durch die ECSP-VO wird sowohl die kreditbasierte als auch die anlagebasierte Schwarmfinanzierung erfasst.⁸ Dieser Breite des sachlichen Anwendungsbereichs steht jedoch eine Einschränkung konzeptioneller Art gegenüber, da bei einer von der Verordnung erfassten Schwarmfinanzierungsdienstleistung regelmäßig drei Parteien beteiligt sind: der Anleger, der den Kredit gewährt oder die Anlageinstrumente (z. B. Wertpapiere) erwirbt (Art. 2 Abs. 1 lit. i ECSP-VO), der Projektträger, der eine Finanzierung für ein von ihm konzipiertes Vorhaben sucht (Art. 2 Abs. 1

⁴ Zur nachfolgend ausgeklammerten zivilrechtlichen Seite vgl. stellvertretend *Möslein/Kaulartz/Rennig*, RDi 2021, 517 Rn. 13 ff.

⁵ Verordnung (EU) 2020/1503 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Oktober 2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 und der Richtlinie (EU) 2019/1937 (ABl. L 347 S. 1).

⁶ Marktüberblick bei *Siering*, in: *FinTech-Handbuch*, 2. Aufl. 2021, § 24 Rn. 75 ff.

⁷ ErwGr. 1 und 3 ECSP-VO.

⁸ ErwGr. 1 und Art. 2 Abs. 1 lit. a ECSP-VO.

lit. h ECSP-VO), und der Schwarmfinanzierungsdienstleister als Intermediär, der die Interessen der beiden anderen über seine Plattform zusammenführt.

Dabei muss die zentrale Figur des Schwarmfinanzierungsdienstleisters schon nach der Legaldefinition (Art. 2 Abs. 1 lit. e ECSP-VO) als juristische Person etabliert sein. Auch Art. 3 Abs. 1 ECSP-VO verlangt, dass Schwarmfinanzierungsdienstleistungen nur von einer in der Union niedergelassenen und nach der Verordnung zugelassenen juristischen Person erbracht werden dürfen. Dabei kommt es aus Sicht der Verordnung nicht darauf an, ob es sich um ein echtes Peer-to-Peer-Lending handelt, bei welchem der Darlehensvertrag unmittelbar zwischen Anleger und Projektträger zustandekommt.⁹ Auch unechtes Peer-to-Peer-Lending, bei welchem es an einer solchen direkten Vertragsbeziehung fehlt,¹⁰ unterfällt dem sachlichen Anwendungsbereich der ECSP-VO.¹¹ In beiden Szenarien tritt der rechtsfähige Plattformbetreiber als zwischengeschaltete Stelle auf, welche zumindest die technische Infrastruktur zur Verfügung stellt, mit deren Hilfe die Transaktionsparteien sodann ihre Interessen vertraglich zum Ausgleich bringen.

2. Dezentrale Schwärme im DeFi-Modell

Von diesem ECSP-Modell unterscheidet sich jedoch die nächste Entwicklungsstufe der digitalen Kreditfinanzierung: die Kreditvergabe mittels Decentralized Finance (DeFi). Das Phänomen einer dezentralen Bank- und Finanzwirtschaft hat zwar bereits den Akronym- und damit Hypestatus erreicht. Dennoch fehlt es bislang an einer konturenscharfen Abgrenzung der Begrifflichkeit; bereits die Übersetzung in die deutsche Sprache erfolgt uneinheitlich.¹² Gemeinsam ist den verschiedenen Deutungsansätzen jedoch die fehlende Notwendigkeit oder sogar der vollständige Verzicht auf einen Intermediär, der den Peer-to-Peer-Transaktionsvertrag vermittelt oder auf sonstige Weise begleitet.¹³ Damit grenzt sich die DeFi-Kreditfinanzierung vom bestehenden ECSP-Konzept ab, welches im Regelfall über drei charakteristische Akteure verfügt. Die Schwarmfinanzierungsplattform mit dem sie tragenden Schwarmfinanzierungsdienstleister entfällt.

⁹ Dazu Renner, in: FinTech-Handbuch, 2. Aufl. 2021, § 23 Rn. 6 f.

¹⁰ Zur Ausgestaltung Siering (Fn. 6), § 24 Rn. 16 ff.

¹¹ Renner/Faller/Walter, BKR 2021, 394, 398; Rusch, ZBB 2020, 217, 221 f.; Quarch, ZdiW 2021, 59, 60.

¹² Beispielhaft Machacek, RDİ 2021, 572: „Dezentralisierte[n] Finanzstrukturen“; Möslein/Kaulartz/Rennig, RDİ 2021, 517: „dezentrale Bank- und Finanzdienstleistungen“; Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 2021, 33, 35: „dezentrale Finanzanwendungen“; Brühl, Wirtschaftsdienst 2021, 629, 629: „Dezentralisierung von Finanzdienstleistungen“.

¹³ Möslein/Kaulartz/Rennig, RDİ 2021, 517 Rn. 1, 17; Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 2021, 33, 33; Brühl, Wirtschaftsdienst 2021, 629, 631.

Klassische Intermediäre ebenso wie moderne Plattformen werden in einem DeFi-Ökosystem durch die Blockchain-Technologie ersetzt.¹⁴ Ihre Manipulationssicherheit und – zumindest für die Teilnehmer des Blockchain-Netzwerks bestehende – Transparenz sollen das funktionale Äquivalent zum interpersonalem Vertrauen schaffen, das in zentralen Systemen mit Intermediären notwendig ist.¹⁵ Das Vertrauen in ein auf Kryptographie beruhendes Netzwerk tritt an die Stelle des Vertrauens in eine konkret benennbare Person. Die Intermediärfunktionen übernehmen Algorithmen, die in eine Blockchain integriert wurden. Solche Smart Contracts bündeln Liquidität auf Kapitalgeberseite; sie führen Kapitalgeber und -nehmer automatisiert zusammen, ohne dass es eines namentlichen Kontakts zwischen beiden Gruppen bedürfte.

Smart Contracts auf Blockchain-Basis setzen für eine vollständig automatisierte Abwicklung voraus, dass sämtliche Vermögenswerte, die in eine Transaktion einbezogen sind, auf der Blockchain abgebildet werden können.¹⁶ Bislang existiert jedoch kein gesetzliches Zahlungsmittel in Form von Blockchain-Token. Die Europäische Zentralbank prüft ebenso wie die Federal Reserve der USA noch die Einführung von digitalem Zentralbankgeld (Central Bank Digital Currency, CBDC).¹⁷ Daher bleibt gegenwärtig nur ein Rückgriff auf private Kryptowährungen wie Bitcoin und Ether, so dass sich die DeFi-Kreditvergabe entsprechend auf diesen Sonderbereich beschränkt.

Zu den Vorteilen der DeFi-Kreditvergabe zählt zunächst die potentiell höhere Abwicklungsgeschwindigkeit, da der DeFi-Kreditvergabemechanismus über automatisierte und leistungsfähige Betrugserkennungsdienste sowie Konditionen- und Renditekalkulationen verfügt. Die Kreditvergaberegeln sind in Programmcode übersetzt, so dass sie konsistent, transparent und schnell angewendet werden können. Aufsichtsrechtliche Vorgaben können dabei als „Law in Code“ einbezogen werden, um eine Konformität mit den regulatorischen Vorgaben sicherzustellen. Damit wird insgesamt das Charakteristikum der Programmierbarkeit in den Blick genommen. Weiterhin besteht bei Kryptolending eine hohe Interoperabilität mit anderen Blockchain-Anwendungen, etwa im Bereich Zahlungsverkehr oder bei der Stellung von Kreditsicherheiten.

¹⁴ *Möslein/Kaulartz/Rennig*, RD i 2021, 517 Rn. 17; *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Juli 2021, 33, 35; *Brühl*, Wirtschaftsdienst 2021, 629, 631.

¹⁵ Zu diesen allgemeinen Charakteristika einer Blockchain vgl. *Siegel*, in: *Handbuch Kryptowährungen und Token*, 2021, Kap. 3 Rn. 43 ff., 54 ff.

¹⁶ *Kaulartz/Heckelmann*, CR 2016, 618, 619 f.

¹⁷ Vgl. zu den rechtlichen Grundfragen *Omlor/Birne*, RD i 2020, 1 ff.

III. Aufsichtsrechtlicher Rahmen

Die aufsichtsrechtliche Regulierung der Kreditfinanzierung über ein Modell der Schwarmfinanzierung hängt zum einen davon ab, ob eine Plattform einbezogen oder ein dezentrales Modell ohne Plattformbeteiligung (DeFi) verwendet wird. Zum anderen ist zwischen der unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Regulierungsebene zu unterscheiden.

1. Differenzierung nach Modell

a) Schwarmfinanzierung mit Plattform

Die Tätigkeit von Schwarmfinanzierungsdienstleistern unterwerfen Art. 3 Abs. 1, Art. 12 ECSP-VO einer Erlaubnispflicht. Damit stellt das Unionsrecht den Plattformbetreiber aufsichtsrechtlich in den Mittelpunkt.¹⁸ Insofern wählt die ECSP-VO einen diametral abweichenden Regulierungsansatz im Vergleich zum deutschen Aufsichtsrecht, das sich nicht auf die Regulierung des Plattformbetreibers¹⁹ beschränkt. Beim echten Peer-to-Peer-Lending in einer Fiat-Währung findet regelmäßig eine Darlehensgewährung i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG statt, welche die Verwaltungspraxis der BaFin²⁰ u.a. ab einem Gesamtkreditvolumen von 500.000 Euro und mehr als 20 Darlehen als gewerbsmäßig (und damit nach § 32 Abs. 1 KWG erlaubnispflichtig) einordnet.²¹ Jedoch kann schon unterhalb dieser Schwelle des in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs eine Gewerbsmäßigkeit beim ersten Geschäftsvorfall anzunehmen sein, wenn eine auch nur unregelmäßige Wiederholung intendiert ist und die Absicht der Gewinnerzielung besteht.²² In der Folge unterliegen die Nutzer, genauer: die Kapitalgeber, einer Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG. Damit wird eine dezentrale Kreditvergabe faktisch erheblich eingeschränkt und erschwert, da kaum ein privater Kapitalgeber zu einem aufsichtsrechtlichen Erlaubnisverfahren bereit und in der Lage sein dürfte.

Allerdings enden diese Beschränkungen des KWG im Anwendungsbereich der ECSP-VO spätestens mit Ablauf der Übergangszeit am 10.11.2022. Nach Art. 48 Abs. 1 ECSP-VO gelten danach einheitliche Regulierungsvorgaben für Schwarmfinanzierungsdienstleistungen innerhalb der Union, so dass ein Rückgriff auf das nationale Aufsichtsrecht ausscheidet.²³ Auch das echte

¹⁸ Renner (Fn. 9), § 23 Rn. 70, 73.

¹⁹ Zu den Erlaubnispflichten des Plattformbetreibers vgl. Renner (Fn. 9), § 23 Rn. 32 ff.

²⁰ BaFin, Merkblatt zur Erlaubnispflicht von Kreditvermittlungsplattformen, 14.5.2007, unter 1.; BaFin, Merkblatt Kreditgeschäft, 8.1.2009, geändert am 2.5.2016, unter 2.

²¹ Kritisch hierzu Renner (Fn. 9), § 23 Rn. 23 ff.

²² BaFin, Merkblatt zur Erlaubnispflicht von Kreditvermittlungsplattformen, 14.5.2007, unter 1.; BaFin, Merkblatt Kreditgeschäft, 8.1.2009, geändert am 2.5.2016, unter 2.

²³ Engelmann-Pilger, BKR 2022, 144, 144; Izzo-Wagner/Otto, BKR 2022, 155, 156.

Peer-to-Peer-Lending wird somit auch in Deutschland ohne eine Erlaubnispflicht für die Kapitalgeber zulässig, sofern der Anwendungsbereich der ECSP-VO eröffnet ist. Insofern sind vor allem die Ausschlüsse für Projektträger mit Verbrauchereigenschaft (Art. 1 Abs. 2 lit. a ECSP-VO) und für Projektvolumina über 5 Millionen Euro (Art. 1 Abs. 2 lit. c ECSP-VO) hervorzuheben. In diesen Ausnahmefällen bleibt das nationale KWG-Modell weiterhin anwendbar.

b) Schwarmfinanzierung ohne Plattform (DeFi)

Erfolgt die Kreditvergabe hingegen ohne Einbeziehung eines Schwarmfinanzierungsdienstleisters, entfällt auch die Zulassungspflicht nach der ECSP-VO. Damit bleibt das nationale Aufsichtsregime anwendbar. Nach dem KWG-Modell stehen damit der Plattformbetreiber und der Kapitalgeber im Fokus einer möglichen Erlaubnispflicht. Allerdings setzt eine solche nach § 32 Abs. 1 KWG voraus, dass ein Kreditgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG erbracht wird und ein hinreichender Inlandsbezug besteht.

2. KWG-Anforderungen

Eine KWG-Regulierung mittels einer Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG setzt generell einen hinreichenden Inlandsbezug voraus. Sachlich kommen als betroffene Tätigkeiten das Kreditgeschäft als auch die Anlagevermittlung in Betracht.

a) Inlandsbezug

§ 32 Abs. 1 Satz 1 KWG fordert, dass das erlaubnispflichtige Bankgeschäft „im Inland“ betrieben wird. Damit wird auf das deutsche Staatsgebiet Bezug genommen. Fehlt jedoch eine inländische Präsenz, etwa wenn das Bankgeschäft grenzüberschreitend per Internet betrieben wird, stellt sich hingegen ein tatbestandliches Abgrenzungsproblem. In der Literatur wird teilweise angenommen, ohne eine physische Präsenz im Inland, die den digitalen Geschäftsabschluss zumindest fördere, fehle es am hinreichenden Inlandsbezug.²⁴ Die Verwaltungsrechtsprechung verlangt demgegenüber keine physische Präsenz im Inland, sondern lässt es ausreichen, wenn „wesentliche zum Vertragsschluss hinführende Schritte im Inland vorgenommen werden“²⁵. Hierzu genüge es, wenn nicht der Anbieter, sondern lediglich die Dienstleistung die Grenze zum

²⁴ Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 32 Rn. 7; Fischer/Müller, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 32 Rn. 19; Reischauer/Kleinhans, KWG, § 32 Rn. 6.

²⁵ BVerwGE 133, 358 Rn. 36 ff., 43 ff.; kritisch Hanten, WM 2003, 1412, 1415; zustimmend Lehmann, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, Internationales Finanzmarktrecht Rn. 202 ff.

Inland überschreite.²⁶ Auch die BaFin verfolgt eine solche extensive Linie. Ihr zufolge soll es ausreichen, wenn sich der Anbieter aus dem Ausland zielgerichtet an den inländischen Markt richtet.²⁷ Eine solche Ausrichtung hat die BaFin schon angenommen, wenn auf der Internetseite eine deutsche Telefonnummer und eine deutsche Postanschrift angegeben waren.²⁸

Allgemein bedarf es einer wertenden Gesamtbetrachtung im Einzelfall, ob eine solche Ausrichtung auf das Inland vorliegt. Dabei taugt die auf einer Internetseite verwendete Sprache allein nicht als ausreichendes Kriterium für oder gegen einen Inlandsbezug.²⁹ Zum einen wird die deutsche Sprache auch in anderen Ländern als Amtssprache verwendet, so dass daraus nicht zwingend der Schluss auf ein bestimmtes Staatsgebiet gezogen werden kann.³⁰ Zum anderen können sich auch Internetseiten, die nicht in deutscher Sprache verfügbar sind, an ein inländisches Publikum richten.³¹ Das Inland besteht nicht nur aus deutschen Staatsbürgern, die zudem nicht lediglich die deutsche Sprache verstehen. Weitere Abgrenzungskriterien stellen eine deutsche Top-Level-Domain (.de),³² die Verwendung von auf die deutsche Rechtsordnung zugeschnittenen Vertragsbedingungen,³³ eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts³⁴ und die Berücksichtigung inlandspezifischer Aspekte³⁵ dar.

Diese Anhaltspunkte für einen Inlandsbezug lassen sich weitgehend friktionslos auf das Betreiben einer Internetplattform übertragen, deren Gestaltung unter diesen Gesichtspunkten rechtlich gewürdigt werden kann. Komplexer erscheint hingegen die Prüfung der Kreditgeberseite auf einen hinreichenden Inlandsbezug nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Die geltende Bankenregulierung ist weiterhin primär institutsbezogen.³⁶ Ist eine solcher Kreditgeber im Inland physisch ansässig, liegt ein unproblematischer Fall vor. Fehlt ein physischer Bezug im Inland, stellt sich die Frage, ob und wie eine Ausrichtung der einen Kredit anbietenden Tätigkeit auf das Inland mittels Internetaktivitäten aus dem Ausland erfolgen kann. Bedient sich der Kreditgeber einer Internetplattform, um den Geschäftskontakt mit den Kreditnehmern herzustellen, lässt die Ausrichtung der verwendeten Plattform mittelbar Rückschlüsse auf die Aus-

²⁶ BVerwGE 133, 358 Rn. 43.

²⁷ BaFin, Merkblatt zur Erlaubnispflicht von grenzüberschreitend betriebenen Geschäften, 11.3.2019, unter 1. Kreditgeschäft/Kreditkonsortium.

²⁸ BaFin, Bescheid vom 12.1.2021 (mycoinelite.com), dazu *Rennig*, RD i 2021, 206 f.

²⁹ *Spindler/Bille*, WM 2014, 1357, 1364; *Seebach*, WM 2010, 734, 738.

³⁰ *Ohler*, WM 2002, 162, 166; *Fischer/Müller* (Fn. 24), § 32 KWG Rn. 23.

³¹ *Lehmann* (Fn. 25), Rn. 210.

³² *Spindler/Bille*, WM 2014, 1357, 1364; *Seebach*, WM 2010, 734, 738; *Hanten*, WM 2003, 1412, 1413.

³³ *Hanten*, WM 2003, 1412, 1413; *Seebach*, WM 2010, 734, 738.

³⁴ *Lehmann* (Fn. 25), Rn. 210.

³⁵ *Fischer/Müller* (Fn. 24), § 32 Rn. 23.

³⁶ *Lehmann* (Fn. 25), Rn. 195.

richtung des Kapitalgebers zu. Insofern dürfte nach deutscher Rechtslage typischerweise ein Gleichlauf im anwendbaren Aufsichtsrecht für Kreditgeber und Plattform bestehen.

Vollzieht sich die Kreditvergabe jedoch im DeFi-Modell ohne Einschaltung einer Plattform, muss auf die Person des Kreditgebers abgestellt werden. Anders als bei ECSP-Plattformen existiert keine rechtsfähige und beaufsichtigte Einheit, an deren Sitz angeknüpft werden könnte. Gefordert wird, das DeFi-Projekt als solches müsse sich gezielt an deutsche Kunden wenden und ein wesentlicher Teilakt solle im Inland vollzogen werden.³⁷ Dabei erscheint jedoch in der praktischen Anwendung herausfordernd festzulegen, wann sich ein Finanzierungsprojekt, das sich auf Smart Contracts und damit Programmcodes in einem transnationalen Blockchain-Netzwerk stützt, gezielt an Kunden eines bestimmten Staates wendet. Hilfsweise kann auf zugehörige Webseiten und sonstige Formen der Werbung abgestellt werden, über welche Kreditgeber aufmerksam gemacht werden sollen. Hierauf lassen sich sodann die allgemeinen Kriterien zum Inlandsbezug nach § 32 Abs. 1 KWG anwenden.

b) Kreditgeschäft

Um eine Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG auszulösen, muss eine der tatbestandlichen Tätigkeiten ausgeübt werden. Dazu gehört insbesondere das Betreiben des Bankgeschäfts, wozu nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG namentlich das Kreditgeschäft zählt. Als Kreditgeschäft ist die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten legaldefiniert. Wie auch ansonsten in unserer Rechtsordnung³⁸ fehlt auch im deutschen Bankaufsichtsrecht eine kodifizierte Definition des Geldes. Überwiegend wird davon ausgegangen, der Kreditbegriff korrespondiere mit § 488 BGB.³⁹ Daher beschränke sich der Transaktionsgegenstand in beiden Fällen auf Geld. Nicht als Geld in diesem Sinne werden private Kryptowährungen eingeordnet.⁴⁰ Eine analoge Anwendung auf Kryptowährungen sei zwar im Zivilrecht möglich, im Aufsichtsrecht angesichts von dessen Eingriffscharakter aber abzulehnen.⁴¹

Im BGB-Gelddarlehensrecht der §§ 488 ff. BGB ist der abstrakte Geldbegriff verankert.⁴² Dafür streitet bereits der Wortlaut von § 488 Abs. 1 Satz 1

³⁷ *Möslein/Kaulartz/Rennig*, RD i 2021, 517 Rn. 33.

³⁸ Eingehend *Omlor*, in *Staudinger-BGB*, 2021, Vorbem zu §§ 244-248, Rn. A32 ff.

³⁹ *BaFin*, Merkblatt Kreditgeschäft, 8.1.2009, geändert am 2.5.2016, unter 1. a) aa); *Fischer/Boegl*, in: *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, § 127 Rn. 16; *Schäfer*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO*, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rn. 55 m. w. N.

⁴⁰ *Schäfer* (Fn. 39), § 1 KWG Rn. 37, 55; *Möslein/Kaulartz/Rennig*, RD i 2021, 517 Rn. 23; *Steffek*, in: *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2020, § 488 BGB Rn. 44; *Siedler* (Fn. 9) § 7 Rn. 87.

⁴¹ *Möslein/Kaulartz/Rennig*, RD i 2021, 517 Rn. 23.

⁴² *Omlor*, in *Staudinger-BGB*, 2021, Vorbem zu §§ 244-248, Rn. A98.

BGB, der lediglich neutral von der Zurverfügungstellung eines Geldbetrags spricht und damit offen die Besonderheiten der Übertragung von bestimmten Erscheinungsformen des Geldes (z.B. Übereignung von Bargeld) in Bezug nimmt. Geld im abstrakten Sinn definiert sich nicht über eine hoheitliche Anerkennung als gesetzliches Zahlungsmittel, sondern vor allem durch die Erfüllung von Geldfunktionen (Recheneinheit und Tauschmittel).⁴³ Auch Zahlungen-Token – untechnisch: Kryptowährungen – können unter den abstrakten Geldbegriff fallen. Entscheidend ist insofern, dass sie die Eigenschaft als neutrales Universaltauschmittel aufweisen.⁴⁴ Bitcoins genügen diesen Anforderungen zumindest gegenwärtig nicht, da eine zu geringe Anzahl von Akzeptanzstellen für eine sehr eingeschränkte Bandbreite von Wirtschaftsgütern existiert.⁴⁵ Das inzwischen eingestellte Libra-Projekt, das auf eine Initiative des US-amerikanischen Meta-Konzerns zurückging, hätte hingegen wahrscheinlich von Anfang an die hinreichende Marktdurchdringung erzielt. Auch bei digitalem Zentralbankgeld (Central Bank Digital Currency, CBDC) wäre die Geldeigenschaft zu bejahen.⁴⁶

Daraus folgt für die Erlaubnispflicht von Kryptolending nach § 32 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG, dass Kryptowährungen nicht generell aus dem sachlichen Anwendungsbereich ausscheiden und damit ein darauf bezogenes Kreditgeschäft vorliegen kann. Einer Analogie bedarf es nicht, weil der Tatbestand sowohl des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG als auch des § 488 Abs. 1 BGB über eine inhärente Offenheit verfügt. Der dortige Geldbegriff ist nicht auf Bar- und Buchgeld beschränkt. Kryptowährungen, welche die Geldfunktionen erfüllen, können daher durchaus Gegenstand eines Kreditgeschäfts sein und eine Erlaubnispflicht auslösen. Unerheblich ist hingegen für den Tatbestand des Kreditgeschäfts, ob die verwendeten Kryptowährungen zugleich als Kryptowerte i. S. v. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 10 KWG einzuordnen sind.

c) Anlagevermittlung

Sofern ein rechtsfähiger Vermittler wie beispielsweise ein Plattformbetreiber als Vermittler eines Kryptodarlehens zwischengeschaltet wird, kann eine Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG aus dem Tatbestand der Anlagevermittlung folgen.⁴⁷ Private Kryptowährungen stellen Kryptowerte und damit

⁴³ Ausführlich *Omlor*, Geldprivatrecht, 2014, S. 98 ff.; *Omlor*, in Staudinger-BGB, 2021, Vorbem zu §§ 244-248, Rn. A66 ff.

⁴⁴ *Omlor*, in Staudinger-BGB, 2021, Vorbem zu §§ 244-248, Rn. A83c.

⁴⁵ *Omlor* (Fn. 15), Kap. 6 Rn. 28; *Baur/Brüggemann/Sedlmeir/Urbach*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, 4. Aufl. 2021, Teil 16.1, Rn. 55; *Shmatenko/Möllenkamp*, MMR 2018, 495, 495 f.

⁴⁶ *Omlor/Birne*, RD 2021, 1, 7 f.

⁴⁷ *Möslein/Kaulartz/Rennig*, RD 2021, 517 Rn. 24.

Finanzinstrumente dar,⁴⁸ so dass in der Vermittlung von Kryptodarlehen eine Anlagevermittlung i. S. d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG liegen kann. Nicht betroffen von einer etwaigen Erlaubnispflicht für das Betreiben einer Anlagevermittlung sind die Kreditgeber und -nehmer.

Der Einordnung von privaten Kryptowährungen oder Zahlungs-Token als Kryptowerte steht nicht entgegen, dass die Legaldefinition ihrem Wortlaut nach solche Einheiten ausnehmen will, die den gesetzlichen Status von Geld besitzen. Daraus könnte prima vista folgen, dass Kryptowährungen nur soweit und solange als Kryptowerte einzuordnen seien, wie sie nicht als Geld im Rechtssinne⁴⁹ einzuordnen sind. Geld und Währung sind rechtlich nicht deckungsgleiche Begriffe. Jede Währung stellt zugleich Geld dar, aber Geld ist nicht notwendig auch eine Währung. Diese rechtstechnische Differenzierung nimmt nicht nur die KWG-Legaldefinition nicht präzise vor, sondern schwimmt auch bereits in der sekundärrechtlichen Terminologie der 5. EU-Geldwäscherichtlinie⁵⁰. Die Erweiterung des Katalogs der Finanzinstrumente stellt eine überschießende⁵¹ Umsetzung der geldwäscherechtlichen Richtlinienvorgaben zu den sog. virtuellen Währungen dar.⁵² Solche virtuellen Währungen stellen gerade keine Währungen im rechtlichen Sinne, d. h. im Hinblick auf das Währungsrecht, dar. Der tatbestandliche Ausschluss für Währungen und Geld („nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt“) bezieht sich bei teleologischer und historischer Auslegung lediglich auf gesetzliche Zahlungsmittel.⁵³ Dieser Status kommt im Euroraum lediglich Euro-Bargeld zu.⁵⁴

3. MiCAR-Regulierung

Der europäische Gesetzgeber hat mit dem Entwurf der Verordnung zu Märkten für Kryptowerte⁵⁵ (Regulation on Markets in Crypto-assets, MiCAR-E) einen neuen und bereichsspezifischen Rechtsrahmen auf den Weg gebracht.

⁴⁸ BT-Drs. 19/13827, S. 110; *BaFin*, Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Kryptoverwahrgeschäfts, 2.3.2020, unter I. 1.; *Rennig*, BKR 2020, 23, 27; *Terlau*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 55a Rn. 159.

⁴⁹ Zum Begriff *Omlor*, in Staudinger-BGB, 2021, Vorbem zu §§ 244-248, Rn. A62 ff.

⁵⁰ ErwGr. 10 und Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU.

⁵¹ *Zöllner*, BKR 2020, 117, 123.

⁵² BT-Drs. 19/13827, S. 49, 110.

⁵³ *Reschke*, in: Beck/Samm/Kokemoor, Kreditwesengesetz mit CRR, Werkstand 224. Lieferung, 11.2021, § 1 Rn. 1117.

⁵⁴ Art. 10 Satz 2, 11 Satz 2 (Verordnung (EG) Nr. 974/98 des Rates vom 3. Mai 1998 über die Einführung des Euro (ABl. L 139 S.1)).

Dabei handelt es sich um den ersten umfassenden Sekundärrechtsakt für die Blockchain-Technologie auf EU-Ebene. Die Verordnung kennt zwei alternative Anknüpfungspunkte für eine Regulierung: das öffentliche Angebot von bestimmten Kryptowerten (Art. 4 ff. MiCAR-E) und die Tätigkeit als Kryptowertdienstleister (Art. 53 ff. MiCAR-E).

a) Sachlicher Anwendungsbereich: Kryptowerte und Unterformen

Nach der Legaldefinition des Kryptowerts in Art. 3 Nr. 2 MiCAR-E handelt es sich um „eine digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden können“. Als solche Kryptowerte kommen im Kontext des Kryptodarlehens drei Objekte in Betracht: erstens die Kryptowährungen, die als Darlehen oder Zinszahlung transferiert werden, zweitens die Kreditsicherheiten, die in Gestalt von Token hinterlegt werden, und drittens die Governance Token, welche die Entscheidungsbefugnisse im Netzwerk verteilen.

(1) Kryptowährungen

Private Kryptowährungen unterfallen dem Oberbegriff des Kryptowerts, da es sich um die digitale Darstellung eines Werts in Form eines Token handelt, der über kryptographische Methoden abgesichert und mittels DLT verwaltet wird. Ausgenommen wäre hingegen digitales Zentralbankgeld, das von einer Zentralbank im Europäischen System der Zentralbanken ausgegeben wird (Art. 2 Abs. 3 lit. a MiCAR-E). Jedoch kann es sich bei Kryptowährungen überdies um den Sonderfall der E-Geld-Token handeln, für die Sonderregeln nach Titel IV MiCAR gelten und Titel II zu öffentlichen Angeboten keine Anwendung findet. Als E-Geld-Token legaldefiniert Art. 3 Nr. 4 MiCAR-E solche Kryptowerte, „dessen Hauptzweck darin besteht, als Tauschmittel zu dienen, und bei dem eine Nominalgeldwährung, die gesetzliches Zahlungsmittel ist, als Bezugsgrundlage verwendet wird, um Wertstabilität zu erreichen“. Im Fokus stehen damit sog. Stablecoins, deren Wert an eine hoheitliche Währung angekoppelt ist (z. B. BUSD). Sofern dieses zentrale Kriterium erfüllt ist, soll die Definition möglichst weit ausgelegt und angewendet werden.⁵⁶

Dennoch lassen sich Bitcoins als Kryptowährung mit dem weiterhin größtem Marktvolumen nicht als E-Geld-Token einordnen. Zwar wurde das Bitcoin-Netzwerk ursprünglich für den digitalen Zahlungsverkehr geschaffen.

⁵⁵ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final, zitiert in der Fassung des Berichts des ECON-Ausschusses des Europäischen Parlaments vom 17.3.2022, A9-0052/2022.

⁵⁶ ErwGr. 10 MiCAR-E.

Angesichts der im Vergleich zu klassischem Bar- und Buchgeld unverändert geringen Verbreitung von Bitcoin-Zahlungen und der Weiterentwicklung zum Spekulationsobjekt erscheint es trotzdem zweifelhaft, ob der von Art. 3 Nr. 4 MiCAR-E geforderte Hauptzweck in der Nutzung als Zahlungsmittel liegt. Jedenfalls fehlt es an jeglicher Anbindung an eine Fiat-Währung.

(2) Kreditsicherheiten

Sofern kein „flash loan“ vorliegt, stellt der Kreditnehmer eine Kreditsicherheit, die ebenfalls aus dem Blockchain-Ökosystem stammt und daher in Form von Token gewährt wird. In Betracht kommen vor allem Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ether, da sie über einen permanent aktualisierten Kurswert verfügen. Potentiell können aber auch tokenisierte Vermögenswerte als Kreditsicherheit verwendet werden. Insofern wäre auch eine klassische Immobilienfinanzierung strukturell über ein Kryptodarlehen abbildbar, sofern eine dingliche Tokenisierung von Immobilien zulässig wäre. Nach deutschem Recht ließen sich derzeit bereits bestimmte Anleihen als Kreditsicherheit verwenden, soweit sie als Kryptowertpapiere (§ 4 Abs. 3 eWpG) ausgegeben wurden.

In allen genannten Fällen handelt es sich um Kryptowerte i.S.v. Art. 3 Nr. 2 MiCAR-E. Bei Kryptowährungen kann im Einzelfall auch eine Einordnung als E-Geld-Token erfolgen. Werden externe Vermögenswerte (z.B. Sacheigentum, Forderung) in einem Token mit Wirkung *inter omnes* abgebildet und damit dinglich tokenisiert, liegt im Regelfall überdies ein „asset-referenced token“ nach Art. 3 Nr. 3 MiCAR-E vor. Titel II MiCAR-E zu öffentlichen Angeboten findet auf E-Geld-Token und „asset-referenced token“ keine Anwendung.

(3) Governance Token

Auch Governance Token unterfallen typischerweise der Legaldefinition der Kryptowerte aus Art. 3 Nr. 2 MiCAR-E. Sie repräsentieren ein übertragbares Mitbestimmungsrecht und treten in Gestalt von Blockchain-Token auf. Da sie nicht Zahlungszwecken dienen, handelt es sich jedoch nicht um E-Geld-Token. Auch fehlt es an der für „asset-referenced token“ erforderlichen Anbindung an einen externen Vermögenswert.

b) Öffentliches Angebot (Titel II MiCAR-E)

In Titel II MiCAR-E sind Vorgaben für öffentliche Angebote von Kryptowerten enthalten, bei denen es sich weder um „asset-referenced token“ noch um E-Geld-Token handelt. Dem sachlichen Anwendungsbereich nach kommen bei Kryptodarlehen damit lediglich Kryptowährungen, die nicht zugleich E-Geld-Token darstellen, und Governance Token für ein solches öffentliches Angebot in Betracht. Um ein öffentliches Angebot im Sinne des MiCAR-E

darzustellen,⁵⁷ muss eine juristische Person als Anbieterin tätig werden (Art. 3 Nr. 6a MiCAR-E). Im dezentralen DeFi-Modell fehlt eine solche Stelle. Anders als bei den tauglichen Emittenten von Kryptowerten (Art. 3 Nr. 6 MiCAR-E) findet sich für das öffentliche Anbieten von Kryptowerten auch keine Öffnung für sonstige Rechtsträger (z.B. DAO).

Überdies zielt ein öffentliches Angebot darauf ab, einen Kauf der angebotenen Kryptowerte zu ermöglichen (Art. 3 Nr. 7 MiCAR-E). Die Legaldefinition ist an die prospektrechtliche Terminologie aus Art. 2 lit. d ProspektVO⁵⁸ angelehnt. Ob ein Kauf in diesem Sinne vorliegt, richtet sich dessen ungeachtet nach dem autonomen Begriffsverständnis des jeweiligen Sekundärrechtsakts und der konkret anzuwendenden Norm. Dennoch kann nach dem grundlegenden und normübergreifenden Begriffsverständnis kein Kauf vorliegen, wenn der Erwerb der angebotenen Objekte nicht auf Dauer angelegt ist oder keine Gegenleistung in Form von Zahlungsmitteln zu erbringen ist. Das Entgeltlichkeitserfordernis wird systematisch nochmals durch den Ausschlussbestand für kostenlose Angebote in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 lit. a MiCAR-E bestätigt. Bei einem Darlehen erfolgt jedoch nach dem Vertragszweck keine dauerhafte Vermögensübertragung, sondern nur eine Kapitalüberlassung auf Zeit. Daher liegt in der Bewerbung oder Zurverfügungstellung von Kryptodarlehen kein öffentliches Angebot der Darlehensvaluta i.S.v. Art. 3 Nr. 7 MiCAR-E. Im Ergebnis ebenso gestaltet sich die Einordnung bei der Ausgabe von Governance Token, da diese ohne eine direkte Gegenleistung erlangt werden und daher dem Ausnahmetatbestand der Unentgeltlichkeit aus Art. 4 Abs. 2 Satz 1 lit. a MiCAR-E unterfallen.

Damit greift Titel II MiCAR-E zu öffentlichen Angeboten bei Kryptodarlehen im DeFi-Modell ohne Einschaltung einer Schwarmfinanzierungsplattform nicht ein.

c) Kryptowertdienstleister (Titel V MiCAR-E)

Neben den öffentlichen Angeboten von Kryptowerten nach Titel II MiCAR-E reguliert die Verordnung auch die Tätigkeit von Kryptowertdienstleistern (crypto-asset service provider, CASP). Als solche definiert Art. 3 Nr. 8 MiCAR-E jegliche Personen, die geschäftsmäßig einen oder mehrere Kryptowertdienstleistungen erbringen. Insofern wird auf den abschließenden Katalog der Kryptowertdienstleistungen aus Art. 3 Nr. 9 MiCAR-E Bezug genommen.

Werden Kryptodarlehen vollständig dezentral und ohne Intermediär vergeben, fehlt es bereits an der Erbringung einer Dienstleistung i. S.d. Art. 3 Nr. 8

⁵⁷ Allgemein dazu im DeFi-Kontext *Machacek*, RD i 2021, 572 Rn. 17 ff.

⁵⁸ Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG (ABl. L 168 S. 12).

MiCAR-E.⁵⁹ Problematischer sind dagegen die hybriden Fälle, bei denen eine teilweise dezentrale Struktur vorliegt. Spezifisch zugeschnitten auf Kryptodarlehen ist keine Kryptowertdienstleistung. Je nach Ausgestaltung könnte in der Entgegennahme von Kreditsicherheiten in Gestalt von Kryptowerten eine Verwahrung und Verwaltung für Dritte, d.h. den Kreditgeber, nach Art. 3 Nr. 9 lit. a, Nr. 10 MiCAR-E liegen. Demgegenüber kommt beim Kryptodarlehen keine Handelsplattform für Kryptowerte (Art. 3 Nr. 9 lit. b, Nr. 11 MiCAR-E) zum Einsatz, da kein Kauf oder Verkauf von Kryptowerten intendiert ist. Daran ändert auch eine Verwertungsbefugnis hinsichtlich der gestellten Kreditsicherheiten nichts, da der Eintritt des Sicherungsfalls nicht zu einer Erwerbstransaktion in Form eines Kaufs führt. Weiterhin liegt auch kein Tausch von Kryptowerten gegen andere Kryptowerte (Art. 3 Nr. 9 lit. d, Nr. 13 MiCAR-E) vor, da es bei Darlehen an der für einen Tausch – ebenso wie für einen Kauf – erforderlichen Endgültigkeit des Erwerbsvorgangs fehlt. Auch die übrigen Dienstleistungsformen fehlen typischerweise im Bereich der Kryptodarlehen.

Mithin unterliegen Kryptodarlehen im Regelfall nur dann einer MiCAR-Regulierung in Bezug auf die Erbringung von Kryptowertdienstleistungen, wenn ein rechtsfähiger Intermediär zwischengeschaltet ist, der Kryptowerte für Dritte verwahrt und verwaltet. Bei vollständiger Dezentralität und Verzicht auf jegliche Intermediäre wird hingegen auch keine Kryptowertdienstleistung erbracht.

d) Zwischenergebnis

Für DeFi-Schwarmfinanzierungen ohne Einbeziehung einer Plattform ändert die zukünftige MiCAR-Regulierung nichts an dem Fehlen eines unionsrechtlichen Regulierungskonzepts. Vielmehr hat weiterhin ein Rückgriff auf das nationale Regulierungsrecht zu erfolgen.

IV. Regulatorische Herausforderungen

Die Gesetzgeber ebenso wie die Regulierungsbehörden stehen bei DeFi-Finanzierungen vor der Herausforderung, konzeptionell geeignete und praktisch umsetzbare Regulierungsmodelle zu erstellen. Die EU-Kommission⁶⁰ hat jüngst zutreffend herausgestellt, dass sich entgegen der Annahme des World Economic Forum (WEF)⁶¹ eine schlichte Übertragung traditioneller

⁵⁹ Machacek, RDi 2021, 572 Rn. 34.

⁶⁰ EU Kommission European Financial Stability and Integration Review 2022, SWD (2022) 93 final/2, S. 59.

⁶¹ World Economic Forum DeFi Policy-Maker Toolkit, Juni 2021, S. 21 f., abrufbar unter <http://www3.weforum.org/docs/WEF_DeFi_Policy_Maker_Toolkit_2021.pdf>.

Regulierungsansätze verbiete. Die für DeFi charakteristische Disintermediation erfordert ein grundlegendes Umdenken, da die Intermediäre wie Banken oder Plattformbetreiber als Regulierungsobjekte entfallen. Bei der DeFi-Schwarmfinanzierung fehlt es an einer Plattform, über welche die einzelnen Transaktionen abgewickelt werden. In einem Smart Contract auf einer Blockchain enthaltener Softwarecode kann als solcher mangels Rechtspersönlichkeit nicht Adressat von Regulierungsmaßnahmen sein.

Zu diskutieren sind demgegenüber bereichsspezifische Regulierungsansätze, die nicht lediglich in einer Fortführung von traditionellen Konzepten bestehen. Denkbar ist zunächst ein Anknüpfen an das unionale Geldwäscherecht, das Kryptobörsen und Wallet-Anbieter als Verpflichtete miterfasst. Reguliert werden könnten danach die Anbieter von Schnittstellen zwischen der Fiat- und der Kryptowelt, die einen Tausch von Fiat-Währungen in Kryptowährungen eröffnen (Fiat-On-Ramp-Verfahren). Ebenso könnte der Zugang zu DeFi-Applikationen, die das technische Eingangstor zur DeFi-Welt darstellen, einer Regulierung unterworfen werden. Daneben ließe sich ein Rückgriff auf die Entwicklerteams der DeFi-Applikationen erwägen. Schließlich tritt neben diesen unterschiedlichen Adressaten auch eine neue Aufsichtsmethodik in den Raum: „embedded supervision“. Der Blockchain-Inhalt soll dabei automatisiert und in Echtzeit an die Aufsichtsbehörden übermittelt werden, um bei geringem Verwaltungsaufwand für die betroffenen Unternehmen eine Steigerung der Aufsichtseffektivität zu erzielen.⁶² Bislang nicht von der EU-Kommission erwogen wird hingegen eine „embedded regulation“. Dabei würden die regulatorischen Vorgaben in den Programmcode integriert und damit inhärent beachtet.⁶³

V. Zusammenfassung

1. Das der Plattformökonomie in einer Web2-Phase zuzuordnende Modell einer institutionalisierten Schwarmfinanzierung über Schwarmfinanzierungsdienstleister steht dem Web3-Konzept einer DeFi-Schwarmfinanzierung ohne Plattformbeteiligung gegenüber.
2. Während die institutionalisierte Schwarmfinanzierung seit November 2021 mit der ECSP-Verordnung (EU) 2020/1503 über eine weitgehend harmonisierte EU-Regulierung verfügt, fehlt für die DeFi-Schwarmfinanzierung derzeit eine solche.
3. Im dezentralen Modell ohne Plattformbetreiber greifen stattdessen die nationalen Aufsichtsregime der EU-Mitgliedstaaten ein, ohne einen Binnenmarkt für DeFi-Finanzierungsdienstleistungen sicherzustellen.

⁶² Möslein/Kaulartz/Rennig, RD i 2021, 517 Rn. 40 m. w. N.

⁶³ Machacek, RD i 2021, 572 Rn. 8.

4. Im Fokus der ECSP-VO stehen der Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister und die ihn treffende Erlaubnispflicht. Das KWG-Modell, das für DeFi-Schwarmfinanzierungen jenseits der ECSP-VO eingreift, unterwirft demgegenüber potentiell auch die einzelnen Kapitalgeber einer Erlaubnispflicht (§ 32 Abs. 1 KWG).
5. Ein nach KWG erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft kann auch bei einer Überlassung von Kryptowährungen vorliegen, sofern diese den (darlehens-)rechtlichen Geldbegriff erfüllen. Dieses Kriterium ist derzeit bei Bitcoins nicht anzunehmen, bei digitalem Zentralbankgeld hingegen stets.
6. Mit dem Entwurf einer „Regulation on Markets in Crypto-assets“ (MiCAR-E) unterfallen Kryptowährungen als Unterfall der MiCAR-Kategorie der Kryptowerte dem sachlichen Anwendungsbereich eines auf Kohärenz angelegten Sekundärrechtsakts. Dennoch greift die MiCAR-Regulierung typischerweise bei DeFi-Schwarmfinanzierungen ohne rechtsfähigen Intermediär nicht ein.
7. Um die Regulierungslücke auf EU-Ebene zu schließen, bedarf es eines neuen Formats, das die Besonderheiten der Disintermediation berücksichtigt. Von der EU-Kommission werden verschiedene Ansätze erwogen, die auch parallel zum Einsatz kommen können (z.B. Fiat-on-Ramp-Verfahren, „embedded supervision“).

Swarm Trading

Kapitalmarktregulierung im Zeitalter von sozialen Medien und Neo-Brokern

Alexander Sajnovits

I.	Einführung	197
II.	Der Schwarm am Kapitalmarkt: Soziale Medien und Neo-Broker	199
	1. Soziale Medien	200
	2. Neo-Broker	201
III.	Gefahren durch den Schwarm	202
	1. Bedeutung und Funktion des Kapitalmarkts und Eigenschaften „guter“ Kapitalmärkte	202
	2. Mögliche Beeinträchtigungen dieser Funktionen und Eigenschaften durch den Schwarm	204
	3. Adressierung durch die <i>lex lata</i>	207
IV.	Gefahren für den Schwarm	207
	1. Gamification des Wertpapierhandels	208
	2. Payment for Orderflow, Interessenskonflikte und Best-Execution	210
V.	Potentiale des Schwarms	212
	1. Gesteigerte Kapitalmarktpartizipation	212
	2. Steigerung der Informationseffizienz?	213
	3. Investor Activism im ESG-Zeitalter: Auf dem Weg zur Millennial Corporation?	216
VI.	Fazit	217

I. Einführung

Während sich die Kapitalmarkt(rechts)wissenschaft schon lange mit irrationalem und rationalem Herdenverhalten befasst,¹ geraten Schwärme und das sog. *swarm trading* erst jüngst in den Blickpunkt des Interesses. Anders als die

¹ Grundlegend *Banerjee*, Quarterly Journal of Economics 67 (1992), 797; *Bikhchandani/Hirshleifer/Welch*, Journal of Political Economy 100 (1992), 992; *Welch*, Journal of Finance 47 (1992), 695; aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum etwa *Fleischer*, Gutachten F zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, F29 f.; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216; *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841; *Fleischer*, ZBB 2008, 137; *Klöhn*, in: *Fleischer/Zimmer*, Beitrag der Verhaltensökonomie, S. 124; *Spindler*, in: FS Säcker, 2011, S. 479.

Herde, für die das Nachahmen eines bestimmten Verhaltens durch eine Vielzahl von Marktteilnehmern kennzeichnend ist (Imitation),² findet zwischen den einzelnen den Schwarm konstituierenden Teilen eine Interaktion statt.³ Dass (Privat)anleger Schwärme konstituieren und im Rahmen des *swarm trading*⁴ untereinander in großer Zahl kommunizieren, Informationen und Markteinschätzungen aggregieren und sogar mit koordiniertem Handelsverhalten marktbelegende Kräfte entfalten können – eindringliches Praxisbeispiel ist die Causa um GameStop im Frühjahr 2021⁵ –, ist dabei insbesondere zwei marktrevolutionierenden Entwicklungen der letzten Jahre geschuldet⁶:

- Erstens haben sich die Kommunikationsmöglichkeiten von Privatanlegern über soziale Medien deutlich verändert.⁷ Über *reddit* und andere Plattformen können auch große Zahlen von Privatpersonen in vielfältiger Weise interagieren und ihr Marktverhalten sogar koordinieren.
- Zweitens haben Neo-Broker wie *Trade Republic* oder *Scalable Capital* auch in Deutschland Wertpapierhandel durch benutzerfreundliche Apps und eine deutliche Verringerung jedenfalls der direkten Ordergebühren für weite Teile der – besonders auch jüngeren – Bevölkerung leichter zugänglich gemacht und damit Eintrittsbarrieren abgesenkt.⁸

Regulierungstheoretisch werfen diese beiden Entwicklungen, die in einem einführenden Abschnitt knapp beschrieben werden (II.), Fragen auf unterschiedlichen Ebenen auf, denen sich dieser Beitrag widmet. Dies betrifft zunächst den Umgang mit Gefahren *durch* den Schwarm, insbesondere für

² So definiert etwa der Duden die Herde u.a. als „große Anzahl unselbstständig denkender, handelnder Menschen, die sich willenlos führen oder treiben lässt“.

³ Vgl. *Hu/Jones/Zhang/Zhang*, The rise of reddit: How social media affects retail investors and short-sellers’ roles in price discovery, Working paper 2021, S. 13 ff., abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3807655> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 14.7.2022 abgerufen).

⁴ Der Begriff wurde im Gefolge der Causa GameStop wohl durch den *Economist* geprägt (The real revolution on Wall Street, 6.2.2021, abrufbar unter: <<https://www.economist.com/leaders/2021/02/06/the-real-revolution-on-wall-street>>); im deutschen Schrifttum verwenden den Begriff etwa *Klöhn/Franke*, NZG 2021, 257; *Veil/Templer*, ZIP 2021, 981; *Merwald/Schauer*, BKR 2021, 280; *Koch*, AG 2021, 249; *Seibt/Danwerth*, AG 2021, 369.

⁵ *Sajnovits*, ZGR 2021, 804; *Langenbucher*, ZHR 185 (2021), 414, 440 ff.

⁶ *Hu/Jones/Zhang/Zhang* (Fn. 3), S. 41; *Langenbucher/Hasan*, in: FS Singer, 2021, S. 399.

⁷ *Allen/Haas/Nowak/Pirovano/Tengulov*, Squeezing Shorts Through Social Media Platforms, Swiss Finance Institute Research Paper Series No. 21-31, S. 3, abrufbar unter: <<https://www.eco.usi.ch/sites/eco.usi.ch/files/storage/attachments/document/squeezing-shorts-through-social-news-platforms.pdf>>; *Langenbucher*, ZHR 185 (2021), 414, 419 ff., 438 ff.; *Hu/Jones/Zhang/Zhang* (Fn. 3), S. 41; *Langenbucher/Hasan* (Fn. 6), S. 399.

⁸ *Hu/Jones/Zhang/Zhang* (Fn. 3), S. 41.

die Kapitalmarkteffizienz (III.), und Gefahren *für* den Schwarm bzw. seine einzelnen Teile, die Privatanleger (IV.). Neben diesen Gefahren kann die Entwicklungen von Social Media und den Neo-Brokern allerdings auch gewichtige Potenziale für die Steigerung der Kapitalmarktpartizipation (V.1.), die Verbesserung der Informationseffizienz des Kapitalmarkts (V.2.) und den Investor Activism im ESG-Zeitalter heben (V.3.), die eine entwicklungs-bremsende Überregulierung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angezeigt erscheinen lassen.

II. Der Schwarm am Kapitalmarkt: Soziale Medien und Neo-Broker

Kommunikation über Investitionsverhalten in sozialen Netzwerken und darauf beruhendes Investitionsverhalten sind nicht neu. Bereits in den frühen Jahren des Wertpapierhandels an der Londoner oder der Amsterdamer Börse kommunizierten Investoren in sog. *trading clubs*,⁹ und auch später gab es immer wieder aufgedeckte Absprachen insbesondere zum *pump and dump* oder zum *trash and cash*.¹⁰ Während es traditionell allerdings um Quasi-Kartellbildung weniger großer bzw. finanzstarker Investoren und deren ggf. marktmissbräuchliches Verhalten ging, bestand für Privatanleger bis in die jüngste Zeit keine effektive Möglichkeit der Kommunikation über ihre Investitionsentscheidungen.¹¹ Sie galten der Kapitalmarktwissenschaft und den professionellen, informierten Investoren lange als *dumb money*.¹²

Insbesondere die Entwicklung der sozialen Medien (II.1.) und die durch Neo-Broker abgesenkten Eintrittsbarrieren für den Wertpapierhandel (II.2.) scheinen dies neuerdings zu ändern. Der Schwarm entsteht als schlagkräftiger Marktteilnehmer. Er ist mehr als die Summe seiner Bestandteile (Emergenz);¹³ letztere weisen keine formal-hierarchisch organisierte Binnenstruktur auf.¹⁴

⁹ Vgl. Pedersen, *Game On: Social Networks and Markets*, 2022, S. 2 (erscheint in *Journal of Financial Economics* 2022), abrufbar unter: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X22000964>>.

¹⁰ Pedersen (Fn. 9), S. 2; Überblick zu diesen Marktmanipulationsformen bei Mülbart, in: Assmann/Schneider/Mülbart, *Wertpapierhandelsrecht*, 8. Aufl. 2022, Art. 12 VO Nr. 596/2014 Rn. 134 f., 136.

¹¹ Welch, *Journal of Finance* 76 (2022), 1489, 1489.

¹² Hvidkjaer, *Review of Financial Studies*, 21 (2008), 1123; Frazzini/Lamont, *Journal of Financial Economics* 88 (2008), 299.

¹³ Hansen, *Finance & Society* 8 (2022), 67, 67; Scott, *The real lesson of the GameStop story is the power of the swarm*, *The Guardian*, 30 January 2021, abrufbar unter: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/jan/30/gamestop-power-of-the-swarm-shares-traders>>.

1. Soziale Medien

Kommunikation über soziale Medien und die zunehmende Etablierung spezieller (Handels-)Kommunikationsplattformen ermöglichen heute Kommunikation, Aggregation von Informationen und sogar Koordination zwischen Privatanlegern.¹⁵ Diese Interaktion findet typischerweise auf Social-Media-Plattformen statt, wobei sich neben Interaktionen auf allgemeinen Plattformen auch besondere Plattformen für den Wertpapierhandel zunehmend etablieren.

a) Allgemeine Kommunikations- und Diskursplattformen

Auf zahlreichen – auch unabhängig vom Wertpapierhandel bekannten – Plattformen wie *Twitter*, *youtube* oder *reddit* verbreiten Privatanleger konkrete Markteinschätzungen zu Emittenten bzw. von diesen emittierten Finanzinstrumenten (Finanzanalysen) und empfehlen teilweise auch ausdrücklich den Erwerb oder die Veräußerung von Finanzinstrumenten (Anlageempfehlungen). Ermöglicht die Plattform das Kommentieren entsprechender Informationen, tritt zu der bloßen Informationsverbreitung, wie sie auch von einem professionellen Analysten in einer Tageszeitung erfolgen könnte, ein Social Media gerade auszeichnendes *kommunikatives* bzw. interaktives Element, das den Gehalt der ursprünglich verbreiteten Information ergänzen kann. Dies setzt sich fort, wenn auf Kommentare wieder geantwortet wird oder sich weitere Personen in eine Diskussion einbinden.

b) Besondere Handelskommunikationsplattformen

Neben der Verbreitung von und der Diskussion über Anlageempfehlungen und Finanzanalysen auf allgemeinen Kommunikationsplattformen haben sich in den letzten Jahren spezielle Handelskommunikationsplattformen, wie *eToro* oder *Wikifolio* etabliert. Derartige Plattformen sind – anders als *youtube*, *twitter* oder *reddit* – speziell auf den Austausch über Investitionsmöglichkeiten und die Diskussion über Anlageempfehlungen und Finanzanalysen zwischen Privatanlegern ausgerichtet. Sie bieten neben diesen Kommunikationsmöglichkeiten zudem weitere Features wie eine direkte Verknüpfung mit einem Portfolio und der Möglichkeit einer automatischen Nachbildung der Anlagestrategie sogenannter Trader durch deren Follower¹⁶.

¹⁴ Hinsichtlich des Schwarmbegriffs orientiere ich mich an *Korch/Köhler*, in diesem Band, S. 1.

¹⁵ Vgl. *Farrell/Green/Jame/Markov*, *Journal of Financial Economics* 145 (2022), 616; *Allen/Haas/Nowak/Pirovano/Tengulov* (Fn. 7), S. 3.

¹⁶ Vgl. dazu etwa die CopyTrading-Technologie von *eToro*, nähere Informationen abrufbar unter: <<https://www.etoro.com/de/copytrader/how-it-works/>> oder die Möglichkeit,

c) Informationsaggregationsplattformen

Neben diesen (Handels-)Kommunikationsplattformen hat sich mit den Informationsaggregationsplattformen ein weiterer Plattfortyp am Markt etabliert, der unter dem Aspekt der Nutzung von Schwarmintelligenz von besonderem Interesse ist. Plattformen wie *Sharewise* oder *Seeking Alpha* ermöglichen nicht den Diskurs über individuelle Anlageempfehlungen oder Finanzanalysen, sondern eine algorithmenbasierte Aggregation der Markteinschätzung bzw. der Kurserwartungen einer Vielzahl von Nutzern zu einzelnen Investitionsobjekten.¹⁷ Auf vorgefertigten Templates wird eine Zielkursbestimmung zu einzelnen Investitionsobjekten bei einer großen Zahl von Nutzern angefragt. Sodann ermittelt ein Algorithmus, basierend auf allen eingegangenen individuellen Einschätzungen, einen Zielkurs für jedes analysierte Finanzinstrument.¹⁸

d) Koordinationsplattformen?

Mitunter koordinieren Privatanleger neuerdings ihr Anlageverhalten über allgemeine und besondere (Handels-)Kommunikationsplattformen. Zwar sind die Plattformen nicht spezifisch auf eine derartige Koordination ausgerichtet. Wie die *Causa GameStop* belegt, können sie aber in gewissem Maße zu einer Koordination von Investitionsverhalten genutzt werden. Die typischerweise über soziale Medien stattfindende und künftig zu erwartende Koordination wird zwar zumeist nicht als rechtlich oder auch nur sozial verbindliche Absprachen einzuordnen sein, weil die – auch nur sozialen – Sanktionsmechanismen insbesondere in anonymen Netzwerken tendenziell keinen hinreichenden Befolgungsdruck ausüben werden. Gleichwohl können auch diese eher unverbindlichen gegenseitigen Verpflichtungsbekundungen ein gleichgerichtetes Verhalten einer Vielzahl eben lose verbundener Privatanleger zur Folge haben, dass – jedenfalls unter besonderen Marktbedingungen – signifikante Markteffekte auszulösen vermag. Die den Schwarm gerade kennzeichnenden Eigenschaften der losen Interaktion und der Emergenz sind damit gegeben.

2. Neo-Broker

Neben den deutlich erweiterten Kommunikationsmöglichkeiten in sozialen Medien, haben auch die im Verlauf der letzten Jahre erheblich vereinfachten Investitionsmöglichkeiten für Privatanleger dem *swarm trading* und damit

wikifolios zu folgen (näher <<https://www.wikifolio.com/de/de/wie-investieren/so-funktio> nierts>).

¹⁷ *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 446 zu *Sharewise*.

¹⁸ *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 446 ff.

auch Vorgängen wie denen um GameStop deutlich Vorschub geleistet.¹⁹ Die erleichterte Teilhabe am Aktien- und Derivatehandel wird insbesondere durch sog. Neo-Broker befördert, die von ihren Kunden für den Online-Handel mit den meisten Finanzinstrumenten (fast) keine direkten Ordergebühren verlangen und besonders benutzerfreundliche – möglicherweise sogar zu benutzerfreundliche und informationsreduzierte (Stichwort: *Gamification*) – Apps zum Handel bereitstellen.²⁰ Die abgesenkten oder weggefallenen direkten Ordergebühren und die ansprechende Aufmachung des Angebots der App-basierten Neo-Broker haben Eintrittsbarrieren aufgeweicht und zu einer Erhöhung des Anteils von Privatanlegern²¹, aber auch zu einer Veränderung der Altersstruktur und – teilweise – größeren Diversität der Anleger beigetragen.²²

II. Gefahren durch den Schwarm

1. Bedeutung und Funktion des Kapitalmarkts und Eigenschaften „guter“ Kapitalmärkte

Kapitalmärkte dienen Unternehmen und öffentlichen Haushalten dazu, langfristige Finanzierungshilfen bei Anlegern einzuwerben. Anlegern eröffnen sie die Möglichkeit, Rendite zu erzielen und sich gegen Risiken durch Diversifikation abzusichern. Dabei sollen letztere auch am (globalen) Wirtschaftswachstum teilhaben und etwa ihre Altersvorsorge (zusätzlich) absichern können²³. Aus makroökonomischer Perspektive steht die Ermöglichung einer wohlfahrtsfördernden Ressourcenallokation durch Kapitalmärkte ganz im Vordergrund.²⁴ Das Anlagekapital soll über die Kapitalmärkte zu denjenigen

¹⁹ Godenrath, Neobroker sorgen für Teilhabe, in: *Börsen-Zeitung* v. 9.2.2021, Nr. 27, S. 8; Buck-Heeb, *VuR* 2021, 81; vgl. auch Eaton/Green/Roseman/Wu, *Journal of Financial Economics* 146 (2022), 502.

²⁰ Spengler, Der Reiz liegt in den Kickbacks, in: *Börsen-Zeitung* v. 3.2.2021, Nr. 22, S. 4; Buck-Heeb, *VuR* 2021, 81.

²¹ Welch, *Journal of Finance* 76 (2022), 1489, 1489; Allen/Haas/Nowak/Pirovano/Tengulov (Fn. 7), S. 7.

²² Vgl. für den US-Markt Welch, *Journal of Finance* 76 (2022), 1489, 1489; Allen/Haas/Nowak/Pirovano/Tengulov (Fn. 7), S. 7.

²³ Vgl. Assmann/Buck-Heeb, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Hdb. des Kapitalanlagerecht*, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 2 ff.

²⁴ Vgl. Mülbart (Fn. 10), Art. 12 VO Nr. 596/2014 Rn. 22 f.; Avgouleas, *The Mechanism and Regulation of Market Abuse*, S. 168, 210 ff.; Aggarwal/Wu, *Journal of Business* 79 (2006), 1915; Kyle/Viswanathan, 98 *American Economic Review* (2008), 274, 275; Schmolke in Klöhn, 1. Aufl. 2018, Vor Art. 12 MAR Rn. 27. Erst neuerdings wird eine erwünschte Allokation zu bestimmten „guten“ bzw. nachhaltigen Verwendungen unabhängig von allein ökonomischer Effizienz angestrebt. Dies kommt insbesondere im Sustainable-Finance-Aktionsplan der Europäischen Kommission zum Ausdruck, wenn es heißt, Ziel der

Investitionsobjekten fließen, bei denen es am (ökonomisch) effizientesten eingesetzt werden kann (Allokationseffizienz).²⁵ Dies können Kapitalmärkte am besten gewährleisten, wenn die Preise von Investitionsobjekten ihrem Fundamentalwert angenähert sind.²⁶ Der Fundamentalwert eines Finanzinstruments ist auf Basis der neo-klassischen Kapitalmarkttheorie allein von den künftigen Zahlungsströmen und dem Risiko des Finanzinstruments abhängig.²⁷

Damit Kapitalmärkte diese Funktionen bestmöglich erfüllen können, müssen sie insbesondere effizient und liquide sein²⁸.

Die *Effizienz* unterteilt sich in die operationelle Effizienz, die durch möglichst niedrige Transaktionskosten gekennzeichnet ist²⁹, die institutionelle Effizienz, die sich in funktionierenden Marktmechanismen und in dem diesen entgegengebrachten Vertrauen ausdrückt,³⁰ sowie die informationelle Effizienz, also die möglichst umgehende Einarbeitung neuer Informationen in die Kurse. Informationen werden durch das Angebots- und Nachfrageverhalten der Marktteilnehmer im Kurs aggregiert, wobei der Marktpreis nach der halb-strengen Variante der Effizienzmarkthypothese zu jeder Zeit dem Fundamentalwert zumindest stark angenähert ist, da alle öffentlich verfügbaren, die künftigen Zahlungsströme und den Abzinsungsfaktor betreffenden Informati-

Maßnahmen sei es, „die Kapitalflüsse auf nachhaltige Investitionen *umzulenken*, um ein nachhaltiges und integratives Wachstum zu erreichen“ (Europäische Kommission, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstum v. 8.3.2018, COM(2018) 97 final, S. 2 f.); dazu *Bueren*, ZGR 2019, 813, 826; *Köndgen*, in: FS K. Schmidt 2019, S. 671, 688 ff.; *Mülbert/Sajnovits*, WM 2020, 1557, 1559 f.; *Mülbert/Sajnovits*, ECFR 2021, 256, 263 ff.

²⁵ Aus dem ökonomischen Schrifttum nur *Grossmann/Stieglitz*, American Economic Review 70 (1980), 573; aus dem juristischen Schrifttum *Grundmann*, in: Grundmann, Bankvertragsrecht, Bd. 2, 5. Teil Rn. 8; *Poelzig*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 020, Vorbem WpHG Rn. 42; *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 161, 172; *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl. 1996, S. 120 und bereits *Kohl/Kübler/Walz/Wüstrich*, ZHR 138 (1974), 1, 16 f.; *Hopt*, ZHR 141 (1977), 389, 413; *Assmann*, ZBB 1989, 49, 61.

²⁶ *von Hayek*, 35 American Economic Review (1945), 519; *Arrow*, Review of Economic Studies 31 (1964), 91–96; *Diamond*, American Economic Review 57 (1967), 759; *Hirshleifer*, American Economic Review 61 (1972), 561; speziell auf Finanzmärkte bezogen *Kyle/Viswanathan*, American Economic Review 98 (2008), 274, 275; *Subrahmanyam/Titman*, Journal of Finance, 56 (2001), 2389.

²⁷ Vgl. allgemein nur *Berk/DeMarzo*, Corporate Finance, 4. Aufl. 2017, Cap. 3.3, 3.4 und 3.5.

²⁸ Siehe nur *Grundmann* (Fn. 25), 5. Teil Rn. 8 ff.; *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 182 ff. (im Kontext Marktpreiseffizienz als Mittel des Anlegerschutzes).

²⁹ Siehe nur *Poelzig*, in: BeckOK Wertpapierhandelsrecht, 4. Ed. Stand: 15.5.2022, § 63 WpHG Rn. 10.

³⁰ *Klöhn*, in: Klöhn, MAR, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 71; zum Marktvertrauen näher *Mülbert/Sajnovits*, ZfPW 2016, 1; *Mülbert/Sajnovits*, German Law Journal 17 (2017), 1; neuerdings auch *Grundmann*, in: FS Windbichler, 2020, S. 67, jeweils m. w. N.

onen im aktuellen Aktienkurs eingepreist sind.³¹ *Liquidität* meint die Aufnahmefähigkeit des Marktes, die von der Markttiefe, dem Marktvolumen und der Geld-Brief-Spanne abhängig ist.³²

2. Mögliche Beeinträchtigungen dieser Funktionen und Eigenschaften durch den Schwarm

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Social Media, Neo-Broker und das *swarm trading* im Besonderen diese Eigenschaften und Funktionen des Kapitalmarkts beeinträchtigen, und wenn ja, wie.

a) Marktmanipulation durch Falschinformation und Beförderung von Herdenverhalten

Zunächst steht eine Beeinträchtigung durch die Manipulation von Kursen mittels der Verbreitung falscher oder irreführender Informationen bzw. Anlageempfehlungen auf Social-Media-Plattformen sowie durch die Beförderung rationalen und irrationalen Herdenverhaltens mit signifikanten Kurseffekten in Rede.

Beeinflusst eine verbreitete falsche bzw. irreführende Information den Kurs eines Finanzinstruments – wobei der Beeinflussungsgrad insbesondere von der Reichweite (Anzahl der Follower) des die Information verbreitenden Social-Media-Nutzers bzw. der sich anschließenden Diskussion abhängen wird –, kann dies der Allokationseffizienz der Märkte durchaus abträglich sein, da das Kapital nur bei einer unmanipulierten Marktpreisbildung zu denjenigen Anlagetiteln fließt, bei denen es am effizientesten eingesetzt werden kann³³. Hinzu kommt, dass Marktmanipulationen das Vertrauen der Anleger schwächen,³⁴ was insbesondere Market Maker zur Ausweitung der Bid-ask-Spreads veranlassen kann.

³¹ Berk/DeMarzo (Fn. 27), Cap. 9.5, S. 333 f.; Koller/Godehardt/Wessels, Valuation, 6. Aufl. 2015, S. 65 ff.; Grundmann (Fn. 25), 5. Teil Rn. 8; Mülbert, ZHR 177 (2013), 160, 182 ff.

³² Vgl. nur Cumming/Johan/Li, Journal of Financial Economics 99 (2011), 651, 655; Comerton-Forde/Putnins, Experimental Economics 14 (2011), 110, 121.

³³ Avgouleas, The Mechanism and Regulation of Market Abuse, S. 168, 210 ff.; Aggarwal/Wu, Journal of Business 79 (2006), 1915; Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Meyer/Payne, Principles of Financial Regulation, S. 184 f.; Schmolke (Fn. 24), Vor Art. 12 MAR Rn. 27; Sajnovits, ZGR 2021, 804, 809 f.

³⁴ Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Meyer/Payne (Fn. 33), S. 183; Leuz/Meyer/Muhn/Soltes/Hackethal, Who Falls Prey to the Wolf of Wall Street? Investor Participation in Market Manipulation, Working Paper 2021, S. 2, abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3289931>; Schmolke (Fn. 24), Vor Art. 12 MAR Rn. 26.

Selbst bei der Verbreitung zutreffender Informationen über soziale Medien können rationale und irrationale Herdeneffekte eintreten, die fundamental nicht gerechtfertigte Kursbewegungen verursachen können.³⁵ Im Zusammenhang mit den oben beschriebenen Entwicklungen begünstigen insbesondere Handelskommunikationsplattformen in „Influencer-Follower“-Verhältnissen Herdenverhalten, wenn nämlich Portfolios oder Anlageentscheidungen automatisch nachgebildet werden. Auch im Zusammenhang mit der informationsreduzierten Veröffentlichung von „Bestseller-Listen“ durch Neo-Broker lässt sich Herdenverhalten beobachten, das, wenn das veränderte Angebots- oder Nachfrageverhalten nicht Reaktion auf neue fundamentalwertbezogene Informationen ist, zu einer Abweichung des Kurses vom Fundamentalwert und damit auch zu einer Beeinträchtigung der Allokationseffizienz führen kann.³⁶

Derartige Manipulationen und/oder Kursbeeinflussungen durch Herdenverhalten über soziale Medien und Neo-Broker werden durch die beschriebenen neuen (technischen) Entwicklungen zwar befördert bzw. begünstigt. Sie sind jedoch nicht schwarmspezifisch, folgen mithin nicht aus den Besonderheiten der Emergenz des Schwarms und der Möglichkeit der Kommunikation bzw. Interaktion der Schwarmbestandteile miteinander. Regulierungstheoretisch weisen sie keine Neuheit gegenüber klassischen informationsgestützten Manipulationsformen und bereits vielfach untersuchten Herdeneffekten auf.³⁷ Im Übrigen sind jedenfalls die Kurseffekte in informationseffizienten Märkten kaum nachhaltig: Informationshändler werden die Abweichungen zwischen Kurs und Fundamentalwert schnell erkennen und die Kurse wieder zu ihrem Fundamentalwert zurückführen.

b) Kursbeeinflussung durch koordiniertes Verhalten und der GameStop-Effekt

Schwarmspezifische Gefahren für die Marktfunktionen können dagegen durch koordiniertes Handelsverhalten, wie im Fall GameStop, entstehen, das marktschädliche Effekte haben kann, derzeit auf EU-Ebene aber nicht verboten sein muss.

Koordiniertes Handelsverhalten, wie es auch im Rahmen der Entstehung eines Schwarms am Kapitalmarkt stattfindet, ist zunächst dazu geeignet, falsche Signale an den Markt bzw. die anderen Marktteilnehmer auszusenden und dadurch deren Handelsverhalten zu beeinflussen. Damit kann von dem

³⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 1.

³⁶ Vgl. *Barber/Huang/Odean/Schwarz*, Attention-Induced Trading and Returns: Evidence from Robinhood Users, Working Paper 2021, erscheint in *Journal of Finance*, abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3715077>.

³⁷ Vgl. auch *Fisch*, GameStop and the Reemergence of the Retail Investor, ECGI Law Working Paper No. 637/2022, S. 36 (erscheint in *Boston University Law Review* 102 (2022)), abrufbar unter <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4049896>.

Schwarm ein Kurseffekt ausgehen.³⁸ Wird das koordinierte Handelsverhalten wie bei GameStop dazu ausgenutzt, einen *short* bzw. *gamma squeeze* zu erzeugen, dann können die Kurseffekte sogar um ein Vielfaches potenziert werden.³⁹

Bei GameStop – Anfang Januar 2021 noch zu Kursen zwischen 20 und 30 US-Dollar gehandelt – führte die mittels sozialer Medien koordinierte Nachfrageerhöhung ab Mitte Januar 2021 zu einer deutlichen Kurssteigerung, die zunehmend Leerverkäufer dazu zwang, sich mit Aktien zu dem gestiegenen Kurs einzudecken, um ihre Leerverkaufspositionen zu schließen. Diese starke *zusätzliche* Nachfrage, gepaart mit der Marktengde bei der Wiedereindeckung aufgrund der – möglicherweise zu hohen – Leerverkaufspositionen, trieb den Kurs der GameStop-Aktie am 28. Januar 2021 auf zeitweise 483 US-Dollar.⁴⁰

Kommt es zu länger andauernden Abweichungen vom Fundamentalwert, führt dies – zumal, wenn die Beeinflussung derart gravierend wie im Fall GameStop ist – zu einer suboptimalen Ressourcenallokation.⁴¹ Ferner sind die großen Preisverwerfungen sowie die hohe Volatilität auch der Liquidität des Marktes abträglich.⁴²

Die Geschehnisse um GameStop und auch andere Meme-Stocks werfen unter Funktionenschutzgesichtspunkten zudem aus einem anderen Grund Bedenken auf. Wie sich inzwischen auch empirisch nachweisen lässt,⁴³ birgt die Etablierung derartiger konzertierter Aktionen und die mit ihnen verbundene erleichterte Möglichkeit zu einem *short squeeze* nämlich die Gefahr, Leerverkäufer auch längerfristig aus dem Markt zu drängen, obgleich deren Informationen, Markteinschätzung und Handelsverhalten für eine effiziente Preisbildung sehr bedeutsam sind.⁴⁴ Wird deren Geschäftsmodell dadurch

³⁸ Zu den Einzelheiten m. w. N. Sajnovits, ZGR 2021, 804, 812 ff.

³⁹ Instruktiv Klöhn/Franke, NZG 2021, 257; Veil/Templer, ZIP 2021, 981, 981 f.; Merwald/Schauer, BKR 2021, 280; Langenbucher, ZHR 185 (2021), 414, 440 f.

⁴⁰ Vgl. Veil/Templer, ZIP 2021, 981, 982; Wegner, BKR 2021, 181, 181; Merwald/Schauer, BKR 2021, 280, 280; Langenbucher, ZHR 185 (2021), 414, 441. Siehe nunmehr auch van der Beck/Jaunin, The Equity Market Implications of the Retail Investment Boom, Swiss Finance Institute Research Paper No. 21-12, abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776421>.

⁴¹ Kyle/Viswanathan, The American Economic Review 98 (2008), 274, 275; Putniņš, Journal of Economic Surveys 26 (2012), 952 m. w. N. zum ökonomischen Schrifttum.

⁴² Vgl. Kyle/Viswanathan, The American Economic Review 98 (2008), 274, 275.

⁴³ Allen/Haas/Nowak/Pirovano/Tengulov (Fn. 7), S. 35; differenziert hinsichtlich der Folgen für die Informationseffizienz Hu/Jones/Zhang/Zhang (Fn.3), S. 5. Auf die Gefahr hinweisend bereits Sajnovits, ZGR 2021, 804, 810 f.

⁴⁴ Kyle/Viswanathan, The American Economic Review 98 (2008), 274, 275; zur Bedeutung von Leerverkäufen nur Boehmer/Jones/Wu/Zhang, Review of Finance 24 (2020), 1203; Boehmer/Wu, Review of Financial Studies 26 (2013), 287; Beber/Pagano, Journal of Finance 68 (2013), 343; siehe ferner die Darstellung bei Mülbert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 8. Aufl. 2023, Vor Art. 1 VO Nr. 236/2012 Rn. 49 ff. m. w. N.

grundsätzlich in Frage gestellt, dass sie jederzeit mit Kampagnen à la Game-Stop rechnen müssen – Leerverkäufe rechnen sich dann wegen des Risikoaufschlags für die Gefahr eines *short squeeze* nicht mehr oder werden ganz unkalkulierbar –, geht dem Markt eine wichtige Komponente im effizienten Preisfindungsprozess verloren,⁴⁵ was der Allokationseffizienz auch langfristig abträglich sein kann.

3. Adressierung durch die *lex lata*

Das Unionsrecht, insbesondere in Gestalt der Marktmissbrauchs-VO (MAR), adressiert die aufgezeigten Gefahren für die Marktfunktionen im Wesentlichen durch das Marktmanipulationsverbot der Art. 15, 12 MAR⁴⁶ sowie die *Vorgaben für Anlage- und Anlagestrategieempfehlungen gem. Art. 20 MAR*⁴⁷. Metaziel dieser Vorschriften ist die Gewährleistung der Allokationseffizienz der Kapitalmärkte.⁴⁸

Soweit im Rahmen der Kommunikation und Informationsverbreitung innerhalb bzw. unter Nutzung sozialer Medien allerdings keine falschen oder irreführenden Informationen verbreitet werden und nicht einzelne Initiatoren und Wortführer gegen ihre Pflichten aus Art. 12 Abs. 2 lit. d MAR und Art. 20 MAR verstoßen,⁴⁹ zieht das unionale Marktmissbrauchsrecht dem – durchaus Marktverwerfungspotential zukommenden – *semi*-koordinierten Verhalten von Privatanlegern in sozialen Medien derzeit keine praktisch relevanten Grenzen.⁵⁰ Dies betrifft insbesondere auch die Einhegung bzw. Vermeidung des GameStop-Effekts, also der Verdrängung von Leerverkäufern aus der Preisbildung bestimmter Finanzinstrumente.

III. Gefahren für den Schwarm

Neben den Gefahren für die Marktfunktionen stehen Risiken für die einzelnen Anleger, also die den Schwarm konstituierenden Privatanleger. Die Vorgänge um GameStop wurden zwar schnell als „Kampf Davids gegen Goliath“ stilisiert. Aber nicht nur Hedgefonds erlitten große Verluste. Die hohe Volatilität der GameStop-Aktie und anderer Werte in den letzten Januarwochen 2021

⁴⁵ Vgl. *Allen/Litov/Mei*, *Review of Finance* 10 (2006), 645, 647, 653 ff.

⁴⁶ Näher *Mülbert* (Fn. 10), Art. 12 VO Nr. 596/2014 Rn. 23 ff.; *Sajnovits*, ZGR 2021, 804, 810 ff.

⁴⁷ *Koller/Sajnovits*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, *Wertpapierhandelsrecht*, 8. Aufl. 2023, Art. 20 VO Nr. 596/2014 Rn. 21 ff.

⁴⁸ Nur *Mülbert* (Fn. 10), Art. 12 VO Nr. 596/2014 Rn. 24 m. w. N.

⁴⁹ *Soeben* II.2.b).

⁵⁰ So auch *Veil/Templer*, ZIP 2021, 981, 989; *Langenbacher/Hasan* (Fn. 6), S. 399, auch mit vergleichenden Ausführungen zum US-Recht.

und die zwischenzeitlich wieder stark gefallen Kurse hatten vielmehr auch für zahlreiche Privatanleger hohe Verluste zur Folge.

Neben den strukturell bekannten Gefahren, die Marktmanipulationen und Blasenbildung durch Herdeneffekte auch für einzelne Anleger bedeuten können⁵¹ – Stichwort: Funktionen- und Anlegerschutz als zwei Seiten derselben Medaille⁵² – werden im Gefolge der Geschehnisse um GameStop aus Sicht des Anlegerschutzes aber insbesondere die Gefahren (i) aus einer Gamification des Wertpapierhandels durch Neo-Broker und Social Media und einer daraus resultierenden Beförderung uninformatierten und spekulativen Handels sowie (ii) aus dem Geschäftsmodell der Neo-Broker drohendes Interessenkonfliktpotential diskutiert. Im Einzelnen:

1. Gamification des Wertpapierhandels

a) Problemaufriss und Einordnung

Unter dem Schlagwort der Gefahr einer Gamification wird, von einem mitunter paternalistischen Standpunkt aus⁵³, insbesondere vorgebracht, die von Neo-Brokern zur Verfügung gestellten Apps ließen Investitionsentscheidungen als Spiel erscheinen und nähmen ihnen damit die Ernsthaftigkeit.⁵⁴ Die ESMA umschreibt Gamification wie folgt:

„Gamification techniques add games or game-like competitive elements to non-game contexts such as financial services. Examples of game-like elements are earning of points or badges; keeping score or leader boards; showing performance graphs; by using meaningful stories or avatars to engage users; or introducing teammates to either induce conflict, cooperation, or competition“.⁵⁵

Mitunter können derartige Techniken sogar gezielt als Verhaltensanreiz ausgestaltet sein und Anleger zu bestimmten Transaktionen verleiten (*nudging*) und sogar Suchtverhalten hervorrufen.⁵⁶ Diese Effekte können durch Diskussionen auf Social-Media-Plattformen noch verstärkt werden, insbesondere da es zwischen den Nutzern der Neo-Broker einerseits und von Social-Media-Plattformen andererseits erhebliche Überschneidungen gibt.⁵⁷

⁵¹ Vgl. *Han/Hirshleifer/Walden*, Journal of Financial and Quantitative Analysis 57 (2022), 390 zu den Risiken von peer-interactions für Herdeneffekte.

⁵² *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 171 ff., 177; grundlegend *Hopt*, Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 334 ff.

⁵³ Kritisch etwa *Fisch* (Fn. 37), S. 13 ff.

⁵⁴ *Darbyshire*, Traders phone up gambling helplines as game-like broker apps spread, Financial Times, 7.10.2021, <<https://www.ft.com/content/8f9bbc77-06b1-4fbd-8b7e-6e381ba038a7>>; dazu auch *Fisch* (Fn. 37), S. 13 f.

⁵⁵ ESMA, Final Report: On the European Commission mandate on certain aspects relating to retail investor protection, 29.4.2022, ESMA35-42-1227, S. 42 ff. Rn. 134.

⁵⁶ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 135.

Privatanleger, so die Befürchtung, könnten durch Handels-Apps insbesondere zu irrationalem oder spekulativem und letztlich verlustträchtigem Handel verleitet werden.⁵⁸ Zudem beförderten auch informationsreduzierte Diskussionen auf Social-Media-Plattformen, bei denen Fundamentalwertorientierung nicht immer im Fokus steht, uninformatierten und spekulativen Handel.⁵⁹ Die BaFin⁶⁰, die ESMA⁶¹ und auch die SEC⁶², haben entsprechende Untersuchungen angestellt und mitunter auch ausdrückliche Warnungen gegenüber Privatanlegern ausgesprochen.

b) Adressierung durch die *lex lata*

Gegenwärtig werden die oben genannten *gamification techniques* nicht explizit, wohl aber mittelbar reguliert. Insbesondere die ESMA weist in einer aktuellen Stellungnahme zur MiFID darauf hin, dass bestimmte Features von Handels-Apps, etwa soweit Pop-up-Nachrichten einzelne Anleger zu einem Handel in bestimmten Finanzinstrumenten anhalten, als Anlageempfehlung im Sinne der MiFID II eingeordnet werden könnten.⁶³ Dies hätte u.a. zur Folge, dass eine individualisierte Geeignetheitsprüfung vorzunehmen wäre. Auch soweit Kunden oder Kundengruppen zum Handel mit komplexen Finanzinstrumenten aufgerufen bzw. verleitet werden, kann dies unter bestimmten Umständen in Konflikt mit den Anforderungen an die Angemessenheitsprüfung nach MiFID II geraten.⁶⁴ Speziell bei Pop-up-Nachricht, die als Kommunikation mit dem Kunden einzuordnen sind, müssen zudem die allgemeinen Anforderungen des Art. 24 Abs. 3 MiFID II an eine faire, klare und nicht irreführende Kommunikation eingehalten werden.⁶⁵ Schließlich sind

⁵⁷ Vgl. AMF, *Les investisseurs particuliers et leur activité depuis la crise COVID : plus jeunes, plus nombreux et attirés par de nouveaux acteurs*, Novembre 2021, abrufbar unter: <<https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2021-11/20211129-etude-a-publier-version-finale-fr.pdf>>.

⁵⁸ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 135.

⁵⁹ *Cookson/Engelberg/Mullins*, *Echo Chambers*, Working Paper 2022, abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3603107>.

⁶⁰ BaFin, *Anlagetips in sozialen Medien: Vorsicht ist oberstes Gebot*, abrufbar unter: <https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/GeldanlageWertpapiere/verbraucher_soziale_medien.html>; BaFin, *Social Trading – Plattformen zur Signalgebung und automatisierten Auftragsausführung*, abrufbar unter: <https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/Finanzwissen/Fintech/SocialTrading/social_trading_node.html>.

⁶¹ ESMA (Fn. 56), S. 42 ff. Rn. 134 ff.; ESMA, *Erklärung der ESMA zu Anlageempfehlungen in sozialen Medien*, 28.10.2021, ESMA70-154-2780.

⁶² SEC, *2015 Investor Alert: Social Media and Investing – Stock Rumors*, from the Office of Investor Education and Advocacy: <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/ia_rumors.html>.

⁶³ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 139.

⁶⁴ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 140.

⁶⁵ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 141.

gamification techniques, als Teil der Vermarktungsstrategie, auch im Rahmen der Product Governance zu berücksichtigen.⁶⁶ Insoweit plant die ESMA auch weitergehende Vorgaben für Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Rahmen der MiFID II Guidelines zu Product-Governance-Anforderungen.⁶⁷

Die meisten „spielartigen“ Funktionen entsprechender Handelsapps werden aber aktuell jedenfalls kaum die Schwelle zur individuellen Anlageempfehlung überschreiten. Auch systematische Verstöße gegen die Angemessenheitsanforderungen bei dem Handel mit komplexen Finanzinstrumenten werden eher nicht vorliegen. Beim Einsatz von *gamification techniques* sind daher insbesondere die Vorgaben des Product-Governance-Regimes zu berücksichtigen.⁶⁸

2. *Payment for Orderflow, Interessenskonflikte und Best-Execution*

a) *Problemaufriss und Einordnung*

Der Verzicht auf die Erhebung direkter Ordergebühren wird bei zahlreichen Neo-Brokern durch ein alternatives Geschäftsmodell, das sog. *payment for order flow* (PFOF) aufgefangen. Dabei zahlt ein Market Maker oder Handelsplatzbetreiber dem Broker eine Provision für die Weiterleitung von Privatkundenhandelsaufträgen.⁶⁹ Die weitergeleiteten Orders werden dann jedenfalls bei Aktien an einem geregelten Markt ausgeführt, an dem der zahlende Market Maker tätig ist, oder auch im Wege der außerbörslichen (systematischen) Internalisierung durch den Market Maker selbst.⁷⁰

Bedenken gegen das Geschäftsmodell richten sich gegen die Vereinbarkeit mit den MiFID II-Vorgaben zu dem Umgang mit Interessenkonflikten, zum Best Execution-Erfordernis, zum Umgang mit Zuwendungen und zur Kostentransparenz⁷¹. Die Europäische Kommission teilt diese Problemsicht mit ihrem Vorschlag, die MiFIR um ein umfassendes Verbot der Annahme von Zuwendungen für die Weiterleitung von Kundenaufträgen zu ergänzen (Vorschlag eines Art. 39a MiFIR im jüngsten Maßnahmenpaket zur Kapitalmarktunion).

⁶⁶ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 144.

⁶⁷ ESMA (Fn. 55), S. 42 ff. Rn. 146.

⁶⁸ Dazu *Koller/Sajnovits*, in: Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 8. Aufl. 2023, § 80 WpHG Rn. 146 ff.

⁶⁹ Grundlegend *Chordia/Subrahmanyam*, Journal of Business 1995, 543, *Parlour/Rajan*, Journal of Financial Economics 68 (2003), 379. Zum Folgenden auch schon *Mülbert/Sajnovits*, in: Börsen-Zeitung Nr. 82 v. 29.3.2022, S. 4.

⁷⁰ Näher *Koller/Sajnovits* (Fn. 70), § 82 WpHG Rn. 33a; *Kumpan/Misterek*, WM 2022, 53; *Mülbert/Sajnovits*, in: Börsen-Zeitung Nr. 82 v. 29.3.2022, S. 4; *Schuster/Raetz*, ZBB 2022, 141.

⁷¹ Näher ESMA, Public Statement: ESMA warns firms and investors about risk arising from payment for order flow and from certain practices by „zero-commission brokers“, 13.7.2021, ESMA35-43-2749; nunmehr auch ESMA (Fn. 56).

Zwar sind die Bedenken und Risiken nicht ganz von der Hand zu weisen. Ob PFOF aber tatsächlich generell oder zumindest überwiegend für Kunden nachteilig oder gar der Markteffizienz in anderer Weise abträglich ist, ist derzeit keineswegs geklärt. Nach einer vom Neo-Broker Trade Republic in Auftrag gegebenen Studie sollen dessen Kunden in lediglich 0,85 % der untersuchten Fälle mit Blick auf die impliziten Kosten einen schlechteren Abschluss als hypothetisch über XETRA erzielt haben, und in immerhin 21,10 % sogar einen besseren Abschluss; und zwar ohne Berücksichtigung der expliziten Kosten der Orderausführung⁷². Auch die BaFin kam in ihrer eigenen Untersuchung – anders als zuvor die niederländische AFM – zu einem differenzierten Ergebnis, wobei sie – und dies erscheint mit Blick auf die MiFID II-Vorgaben entscheidend – nicht lediglich die Ausführungskosten, sondern das Gesamtentgelt berücksichtigt hat: jedenfalls bei kleineren Transaktionsvolumina ist die Ausführung von Aktienkäufen bzw. -verkäufen an PFOF-Märkten mehrheitlich vorteilhaft.⁷³

b) Adressierung durch die *lex lata*

Das gegenwärtige MiFID II-Regime zur Best-Execution-Pflicht und zur Vermeidung von Interessenkonflikten adressiert die Gefahren des PFOF bereits. Denn ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist gem. § 82 Abs. 1 WpHG – in Umsetzung des Art. 27 Abs. 1 MiFID II – dazu verpflichtet, alle „hinreichenden“ Vorkehrungen zu treffen, um unter Ausschaltung von Interessenkonflikten (§ 80 Abs. 2 WpHG) gleichbleibend das bestmögliche Ergebnis für ihre Kunden zu erzielen. Daraus folgt, dass die Wertpapierdienstleistungsunternehmen nachweisbar⁷⁴ prozessorientiert⁷⁵ ausreichende Maßnahmen treffen, um laufend die Qualität der ausgeführten Orders zu beobachten und laufend anhand der dabei getroffenen Feststellungen ihre Vorkehrungen zur Optimierung der Ausführung, insbesondere ihrer Ausführungsgrundsätze zu verbessern.⁷⁶ Was sodann Zuwendungen für die Ausführung von

⁷² Siehe *Meyer/Uhr/Johanning*, Private investors and the emergence of neo-brokers: Does payment for order flow harm private investors?, 2021, abrufbar unter: <https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwitm03o_9b3AhVQSVEDHdFUCJwQFnoECAoQAQ&url=https%3A%2F%2Fassets.trade-republic.com%2Fassets%2Ffiles%2F202111_study_private_investors_and_the_emergence_of_neo_brokers.pdf&usq=AOvVaw3enSuJPilqXzIKzFIZ3BF1>.

⁷³ BaFin, Studie zur Ausführungsqualität an ausgewählten deutschen Handelsplattformen, 11.4.2022, abrufbar unter: <https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/dl_Studie_WA_Ausfuehrungsqualitaet_Handelsplattformen.html;jsessionid=4508BDCE6DB004BE41B8931B54D5E0E3.2_cid501?nn=9021442>.

⁷⁴ ESMA 35-36-794 v. 31.3.2017, Questions and Answers relating to the Provision of CFD and other speculative products to retail investors under MiFID II, Section 9, Answer 1b.

⁷⁵ ESMA (Fn. 76), Section 9, Answer 1b.

Kundenaufträgen anbelangt, dürfen solche nur angenommen werden, wenn sie dazu bestimmt sind, die Qualität der Dienstleistung für den Kunden zu verbessern und wenn sie die Anstrengungen, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, nicht beeinträchtigen (Art. 66 Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 DelVO 2017/565).⁷⁷ Werden diese gesetzlichen Anforderungen beim PFOF eingehalten, kann dieses gegenwärtig – entgegen der rechtlichen Einschätzung der ESMA⁷⁸ – durchaus MiFID-konform ausgeführt werden und können die in der Kritik am PFOF angeführten Risiken auch mitigiert werden.⁷⁹

IV. Potentiale des Schwarms

Den aufgezeigten Gefahren bzw. Risiken der jüngeren Entwicklungen stehen gewichtige Potentiale gegenüber. Neo-Broker und Social-Media-Plattformen haben insbesondere den Wertpapierhandel bzw. den Handel mit Finanzinstrumenten für neue Bevölkerungsschichten überhaupt erst erschlossen und insoweit einen grundsätzlich positiven Einfluss auf die Kapitalmarktpartizipation (V.1.). Zudem legen neuere Studien nahe, dass Informationsverbreitung und Interaktion auf Social-Media-Plattformen positive Effekte für die Informationseffizienz des Marktes haben können (V.1.). Schließlich können die Kommunikations- und Koordinationsmöglichkeiten von Social-Media-Plattformen gepaart mit dem Markteintritt neuer und diversifizierter Anleger-schichten unter dem Stichwort ESG-Activism neue Governance-Effekte sowohl durch Entry- und Exit-Verhalten, als auch – jedenfalls perspektivisch – über die Ausübung von Aktionärsrechten erzeugen (V.3.).

1. Gesteigerte Kapitalmarktpartizipation

In den letzten Jahren ist auch in Deutschland eine deutliche Steigerung des Anteils von Privatanlegern zu verzeichnen. Laut Studien des Deutschen Aktieninstituts hat sich die Zahl der Privatanleger von 9,7 Millionen Investoren im Jahr 2019 auf 12,1 Millionen Investoren im Jahr 2021 erhöht.⁸⁰ Dabei sind die größten Zuwachsraten bei den jungen Investoren unter 30 Jahren zu verzeichnen.⁸¹ Auch hinsichtlich der soziodemographischen Merkmale lassen sich gewisse Verschiebungen beobachten, wenngleich Personen mit höherem

⁷⁶ Näher *Koller/Sajnovits* (Fn. 70), § 82 WpHG Rn. 6 ff.

⁷⁷ Art. 24 Abs. 9 Unterabs. 1 RL 2014/65/EU (§ 70 WpHG).

⁷⁸ Jüngst etwa ESMA (Fn. 56), S. 42 ff. Rn. 161 ff.

⁷⁹ Näher *Koller/Sajnovits* (Fn. 70), § 82 WpHG Rn. 33a ff.

⁸⁰ DAI, Deutschland und die Aktie, Aktionärszahlen 2021, S. 7, abrufbar unter: <http://www.dai.de/fileadmin/user_upload/220119_Aktionaerszahlen_2021_Deutsches_Aktieninstitut.pdf>.

⁸¹ DAI (Fn. 80), S. 7.

Einkommen nach wie vor häufiger Geld in Aktien anlegen, als Personen mit niedrigerem Einkommen.⁸² Keine Trendwende zeigt sich bislang hinsichtlich des Geschlechter-Gaps. Frauen sind nach wie vor deutlich seltener in Aktien investiert als Männer.⁸³

Dass gerade auch die Ausgestaltung der Handels-Apps – ggf. auch mit gamification techniques – und die sich entwickelnde Diskussionskultur in Social Media zum Markteintritt neuer Investorenschichten beigetragen hat, ist sehr naheliegend.⁸⁴ Die Entwicklung korreliert denn auch mit den Zuwachsraten und dem Hintergrund der Kunden von Neo-Brokern. Allein bei Trade Republic investierten laut einer Studie fast die Hälfte der Nutzer ihr Geld zum ersten Mal am Kapitalmarkt.⁸⁵ 70 % der Nutzer von Trade Republic sind zudem jünger als 35 Jahre.⁸⁶ Zudem sind immerhin 25 % der Investoren in die untere Hälfte der Einkommensverteilung in Deutschland einzuordnen.⁸⁷ Die Kundenstruktur jedenfalls von Trade Republic vertieft allerdings sogar den nach wie vor bestehenden Gender-Gap. Bei Trade Republic sind lediglich 15,3 % der Kunden weiblich.⁸⁸

Was nun die Folgen dieser Entwicklung anbelangt ist jedenfalls zu konstatieren, dass eine gesteigerte Kapitalmarktpartizipation das Potential aufweist, breiteren Bevölkerungsschichten die Möglichkeit zur Erzielung von Renditen und zur Diversifikation zu bieten und so am (globalen) Wirtschaftswachstum teilzuhaben. Es scheint sich auch zu zeigen, dass sich – jedenfalls in der Breite – die gesteigerte Kapitalmarktpartizipation nicht lediglich in kurzfristiger Spekulation erschöpft, sondern die meisten – auch und besonders Erstinvestoren – durchaus langfristig und – über ETFs – auch diversifiziert investieren.⁸⁹

2. Steigerung der Informationseffizienz?

a) (Handels-)Kommunikationsplattformen

Neue Interaktionsformen zwischen Privatanlegern auf Social-Media-Plattformen, die sich häufig in gesteigerten Ordereingaben bei Neo-Brokern

⁸² DAI (Fn. 80), S. 10.

⁸³ DAI (Fn. 80), S. 13.

⁸⁴ Vgl. auch ESMA (Fn. 56), Rn. 134; DAI, Deutschland und die Aktie, Aktionärszahlen 2020, S. 9 ff., abrufbar unter: <https://www.dai.de/fileadmin/user_upload/210225_Aktionaerszahlen_2020.pdf>.

⁸⁵ *Kritikos/Handrich/Gorgels/Priem/Morales*, Hype or New Normal? Insights into the motives and behavior of a new generation of investors, 2022, S. 1, abrufbar unter: <https://diw-econ.de/wp-content/uploads/DIW_Econ_Hype_or_New_Normal_Generation_of_Investors_v1.0_FINAL.pdf>.

⁸⁶ *Kritikos/Handrich/Gorgels/Priem/Morales* (Fn. 85), S. 6.

⁸⁷ *Kritikos/Handrich/Gorgels/Priem/Morales* (Fn. 85), S.

⁸⁸ *Kritikos/Handrich/Gorgels/Priem/Morales* (Fn. 85), S. 6 f.

⁸⁹ *Kritikos/Handrich/Gorgels/Priem/Morales* (Fn. 85), S. 15 ff.

ausdrücken, sollen nach einigen jüngeren Studien einen positiven Effekt für die Informationseffizienz haben.⁹⁰ Es lasse sich beobachten, dass sich Kurse von auf Social-Media-Plattformen verstärkt diskutierten Investitionsobjekten im Anschluss an eine positive oder negative Diskussion tatsächlich – auch längerfristig – entweder nach oben oder nach unten entwickelt haben. Dies lege nahe, dass die auf Social-Media-Plattformen diskutierten Informationen noch nicht eingepreist sind und also neue Informationen darstellen,⁹¹ was der generalisierenden Einordnung von Privatanlegern als „dumb money“⁹² entgegenstehen würde.

Als empirisch gesichert können diese Befunde allerdings noch nicht gelten. Andere Studien ordnen das Handelsverhalten von Privatanlegern nach wie vor als uninformiert ein⁹³ und wollen einen entsprechenden Effekt jedenfalls nicht der größeren Informiertheit von Privatanlegern, sondern allein dem durch die Diskussionen beeinflussten Angebots- und Nachfrageverhalten zuschreiben.⁹⁴

Jedenfalls für (Handels-)Kommunikationsplattformen lässt sich eine generalisierende Steigerung der Informationseffizienz theoretisch kaum begründen. Ob Diskussionen und Interaktionen auf (Handels-)Kommunikationsplattformen im konkreten Fall tatsächlich die Informationseffizienz steigern, hängt jeweils von den Fragen ab, wer konkret welche Informationen verbreitet, wie viele Personen sich an Diskussionen beteiligen und durch welche Dynamiken im Einzelfall dann auch kursbewegendes Handelsverhalten eines Schwarms erzeugt werden. Es wird daher wohl immer einige Social-Media-Diskussion geben, die echten Informationsmehrwert bringen und durch die schnelle Einpreisung dieser Informationen die Informationseffizienz verbessern können, während andere Diskussionen letztlich nur *noise* erzeugen und den Kurs lediglich aufgrund etwa von Herdeneffekten bewegen. Die marktweiten Effekte müssen deshalb weiter empirisch untersucht werden, um festzustellen, ob diese Formen der Kommunikation jedenfalls in der Gesamtbetrachtung zu einer Verbesserung der Informationseffizienz in der Lage sind oder nicht.

b) Informationsaggregationsplattformen

Echtes Potential zu einer Verbesserung der Informationseffizienz haben – jedenfalls theoretisch – die Informationsaggregationsplattformen. Denn rich-

⁹⁰ Siehe insbesondere *Boehmer/Jones/Zhang/Zhang*, *Journal of Finance* 76 (2021), 2249; *Chen/De/Hu/Hwang*, *Review of Financial Studies* 27 (2014), 1367.

⁹¹ *Boehmer/Jones/Zhang/Zhang*, *Journal of Finance* 76 (2021), 2249: „here is suggestive, but only suggestive, evidence that retail marketable orders might contain firm-level information that is not yet incorporated into prices“.

⁹² Oben Fn. 12.

⁹³ *Eaton/Green/Roseman/Wu* (Fn. 19).

⁹⁴ Vgl. *Farrell/Green/Jame/Markov*, *Journal of Financial Economics* 145 (2022), 616.

tig ausgestaltet können sie der Informationsverarbeitungskapazität des Marktpreismechanismus überlegen sein.

Die Informationseffizienz des Kapitalmarkts wird im Ausgangspunkt über die Informationsaggregation im Marktpreis durch das Angebots- und Nachfrageverhalten erreicht.⁹⁵ Je schneller alle Informationen eingepreist sind, desto informationseffizienter ist der Marktpreis. Nach der auf *Alchian* zurückgehenden Selektionshypothese verlieren Händler mit unzutreffenden Einschätzungen systematisch Geld an Händler mit zutreffenden Einschätzungen und verlassen den Markt, sodass der Kurs zunehmend nur noch von korrekt informierten Händlern beeinflusst ist.⁹⁶ Zur Akkuratheit des Kurses im Sinne einer Annäherung an den Fundamentalwert trägt zudem der sog. „Wisdom-of-the-crowd“-Effekt bei, wonach die durchschnittliche Einschätzung einer Vielzahl von Personen akkuratere Ergebnisse als die Einzeleinschätzung auch von Experten liefert.⁹⁷

Bei der Kurszielfeststellung durch Informationsaggregationsplattformen kann der „Wisdom-of-the-crowd“-Effekt möglicherweise besser genutzt werden, als bei der Informationsaggregation im Marktpreis.⁹⁸ Zum einen können die geringen Eintrittsbarrieren der Plattformen – es ist zumeist nur eine E-Mail-Adresse zur Anmeldung erforderlich – systematische Stichprobenverzerrung vermeiden.⁹⁹ Insbesondere aber müssen private Informationen nicht erst aus dem gesamten Angebots- und Nachfrageverhalten „herausgelesen“ werden, um informierten Handel von Noise-Trading oder Liquiditätshandel zu separieren.¹⁰⁰ Zudem können die Algorithmen zur Zielkursbestimmung auch dem Selektionsmechanismus des Marktes überlegen sein. Denn anders als darauf zu setzen, dass erfolglose Investoren den Markt verlassen, weist der Algorithmus der Einschätzung in der Vergangenheit erfolgreicher Investoren ein größeres Gewicht zu.¹⁰¹

⁹⁵ Oben III.1. mit Fn. 31. Im vorliegenden Zusammenhang *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 460.

⁹⁶ *Alchian*, *Journal of Political Economy* 58 (1950), 211; *Sandroni*, *Econometrica* 68 (2000), 1303; *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 446.

⁹⁷ Grundlegend *Galton*, *Nature* 75 (1907), 450; der Begriff geht zurück auf *Surowiecki*, *The wisdom of crowds*, 2004; im vorliegenden Zusammenhang *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443; instruktiv zudem *Engert*, in: *Grundmann/Hacker*, *Theories of Choice: The Social Science and the Law of Decision Making*, 2021, S. 179.

⁹⁸ Dazu instruktiv *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 460 ff.

⁹⁹ *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 444.

¹⁰⁰ *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 460.

Diese theoretischen Überlegungen werden auch durch jüngere empirische Studien gestützt, die einen Informationsvorsprung der Informationsaggregationsplattformen nahelegen,¹⁰² wobei auch insoweit der Kurseffekt der Abweichung der Zielkursbestimmung vom aktuellen Kurs kritisch beobachtet werden muss.

3. *Investor Activism im ESG-Zeitalter: Auf dem Weg zur Millennial Corporation?*

Der Entwicklung zum *swarm trading* wird schließlich ein gewichtiges Potential zur Hinwirkung auf ESG-konformes Marktverhalten von Emittenten zugesprochen.¹⁰³ Bei den bisher am Markt beobachtbaren Schwärmen war bereits eine Verschiebung von Präferenzen, weg von der strikten Renditeerzielung, hin zum Senden einer Message (sog. „expressive trader“¹⁰⁴) erkennbar. Stellt man diese Beobachtung in den Kontext der in den letzten Jahren massiv zunehmenden ESG-konformen Investments und der dahinterstehenden Verschiebung von Investorenpräferenzen,¹⁰⁵ insbesondere unter Millennials, dann können Schwärme bzw. Schwarmverhalten künftig auch eine Möglichkeit von Investoren sein, ihren Präferenzen Ausdruck zu verleihen und auch tatsächlich Einfluss auf Unternehmensverhalten zu nehmen.

Kasuistisch lassen sich die Einflussnahmemöglichkeiten unter den Stichworten *entry*, *exit* and *voice* zusammenfassen.¹⁰⁶ *Entry* und *exit* meint dabei Investitions- und Desinvestitionsverhalten, das über seinen Einfluss auf den Kurs der Finanzinstrumente – insbesondere der Aktien – eines Emittenten¹⁰⁷ mittelbar auch Einfluss auf dessen Unternehmensverhalten nehmen kann. Denn wenn eine genügend große Zahl von Investoren nicht mehr ausschließlich das Renditemaximierungsziel verfolgt, sondern daneben gleichgewichtig oder sogar vorrangig¹⁰⁸ ESG-Faktoren bei der Anlageentscheidung berücksichtigt, werden die

¹⁰¹ Eingehend *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 460 ff.

¹⁰² *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 446 ff.

¹⁰³ *Barzuza/Curtis/Webber*, *Southern California Law Review* 93 (2020), 1244; *Barzuza/Curtis/Webber*, *The Millennial Corporation: Strong Stakeholders, Weak Managers*, SSRN-WP 2022, abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3918443>; *Ricci/Sauter*, *Nevada Law Journal* 22 (2021), 51; *Fisch* (Fn. 37), S. 34.

¹⁰⁴ *Anderson/Kidd/Mocsary*, *Lewis & Clark Law Review* 25 (2022), 1223, 1233.

¹⁰⁵ Übersicht mit Nachweisen bei *Mülbert/Sajnovits*, *ECFR* 2021, 256, 268 ff.

¹⁰⁶ Angelehnt an *Hirshman*, *Exit, Voice, and Loyalty*, 1970.

¹⁰⁷ Dazu näher *Mülbert/Sajnovits*, *ECFR* 2021, 256, 276 f. m. w. N.

¹⁰⁸ Zur Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen Investoren subjektiv dazu bereit sind, geringere Renditen durch ESG-orientiertes Investieren in Kauf zu nehmen *Riedl/Smeets*, *Journal of Finance* 72 (2017), 2505; vgl. auch *Köndgen* (Fn. 24), S. 671, 677 ff., 684 ff.

sich bildenden Aktienkurse systematisch von den Annahmen gängiger Kapitalmarktgleichgewichtsmodelle abweichen.¹⁰⁹ Eine steigende Nachfrage nach Finanzinstrumenten von Emittenten mit positivem ESG-Profil wird dann – unabhängig vom Einfluss der ESG-Faktoren auf die künftigen Zahlungsströme oder den Abzinsungsfaktor – zu einem steigenden Marktpreis führen.¹¹⁰ Gegenläufig werden Unternehmen mit einem negativen ESG-Profil sich steigenden Eigenkapitalkosten gegenübersehen müssen, was wiederum zu einem sinkenden Unternehmenswert führt.¹¹¹ Zudem zeigen die Geschehnisse um GameStop, dass gerade Schwärme auch zur Erzeugung von kurz- bis mittelfristigem – ganz erheblichem – Kursdruck in der Lage sein können.

Unter dem Stichwort *voice* geht es um die Ausübung von Aktionärsrechten. Auch insoweit steht perspektivisch zu erwarten, dass die oben beschriebenen oder neue Plattformen, ebenso wie die teils spielerisch verwendeten Trading-Apps, auch zur Überwindung der Kollektivhandelsprobleme bei der Ausübung von Aktionärsrechten tauglich sind.¹¹² Insofern steht sogar ein unmittelbarer Einfluss auf das Unternehmensverhalten zu erwarten.

V. Fazit

Den aufgezeigten Gefahren durch den Schwarm kann unter der gegenwärtigen Regulierung angemessen begegnet werden. Soweit die MAR einschlägig ist, also soweit es um die Verbreitung falscher oder irreführender bzw. nicht den Anforderungen des Art. 20 MAR entsprechender Informationen geht, besteht kein Anlass zu einer Reform des materiellen Kapitalmarktrechts. Erforderlich wird aber sein, dass die Aufsicht ihre Mechanismen zur Marktüberwachung neuen Entwicklungen ständig anpasst. Dies bedeutet insbesondere, dass sie Informationsverbreitung und aufkommende Herdeneffekte in sozialen Medien und beim Handel über Neo-Broker frühzeitig erkennt und Tendenzen dieser Entwicklung richtig einordnet.¹¹³

Was die neuen Formen koordinierten Verhaltens von Privatanlegern in sozialen Medien, mithin gerade die Entstehung von Schwärmen und den möglichen GameStop-Effekt anbelangt, zieht das Marktmissbrauchsrecht der EU

¹⁰⁹ Vgl. bereits *Fama/French*, *Journal of Finance* 83 (2007), 667, 676.

¹¹⁰ *Friedman/Heinle*, *Review of Accounting Studies* 21 (2016), 740, 760; *Pedersen/Fitzgibbons/Pomorski*, *Journal of Financial Economics* 142 (2021), 572; *Koh/Durand/Limkriangkrai*, *Pacific Basin Finance Journal* 35 (2014), 56.

¹¹¹ *Pedersen/Fitzgibbons/Pomorski*, *Journal of Financial Economics* 142 (2021), 572; *Luo/Balvers*, *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 52 (2017), 365.

¹¹² Dazu ausführlich *Ricci/Sauter*, *Nevada Law Journal* 22 (2021), 51.

¹¹³ *Fisch* (Fn. 37), S 36 f.; *Breitmayer/Massari/Pelster*, *International Review of Economics & Finance* 64 (2019), 443, 443.

zwar keine praktisch wirksamen Grenzen.¹¹⁴ Trotz einer insoweit bestehenden Regulierungslücke, erscheint eine entsprechende Ergänzung der Marktmanipulationstatbestände aber – jedenfalls derzeit – nicht angezeigt. Denn erstens sind systemische Risiken dieser Entwicklung bislang nicht auszumachen;¹¹⁵ entsprechende Vorgänge sind tendenziell nur bei weniger stark kapitalisierten Unternehmen vorstellbar¹¹⁶. Zweitens sind die Leerverkaufspositionen in der EU typischerweise marktbedingt deutlich niedriger als in den USA, sodass die gerade durch den *short squeeze* besonders gravierenden Kursverwerfungen und auch die Verdrängung von Leerverkäufern nicht in gleichem Maße droht.¹¹⁷ Sinnvoller wird daher auch insoweit sein, dass aufsichtsbehördliche Überwachungsinstrumentarium an die neuen Entwicklungen anzupassen und aufkommende Schwärme auf Social-Media-Plattformen frühzeitig zu erkennen und zu beobachten.

Die Gefahren schließlich, die für den Schwarm bzw. einzelne Privatanleger insbesondere unter dem Aspekt der Gamification und durch das PFOF bestehen können, wird ebenfalls schon unter dem gegenwärtigen Regulierungsregime angemessen zu begegnen sein. Dies gilt insbesondere für Härtefälle gerade unter dem Aspekt Gamification, in denen etwa suchartiges Verhalten und hoch-risikoträchtige Spekulation aktiv gefördert werden, ebenso wie für (systematische) Verstöße gegen die Best-Execution-Grundsätze und gegen die Pflicht zur Vermeidung von Interessenskonflikten beim PFOF.

Mit Blick auf die gewichtigen Chancen, die die Entwicklung birgt, sollte jedenfalls nicht frühzeitig durch eine Überregulierung mittels Verboten, etwa des PFOF, der ansprechenden Gestaltung von Handels-Apps oder von Anlageempfehlungen auf Social Media, reagiert, sondern die Aufsichtspraxis ihr Marktbeobachtungsinstrumentarium anpassen um Marktverwerfungspotential und tatsächliche Gefahren für den Anlegerschutz erkennen und richtig einordnen zu können.

¹¹⁴ Zu diesem Fazit bereits *Sajnovits*, ZGR 2021, 804, 844 f.

¹¹⁵ *Fisch* (Fn. 37), S. 20; Vgl. *Sauer*, in: *Börsen-Zeitung*, 6.2.2021, Nr. 25, S. 9: „Es gehört schon einiges dazu, das Finanzsystem zu destabilisieren“; *FAZ*, 2.2.2021, Nr. 27, S. 23: Keine Sorge um die Finanzstabilität.

¹¹⁶ *Fisch* (Fn. 37), S. 20.

¹¹⁷ *Maijoors*, Introductory Statement: ECON Exchange of views in relation to GameStop share trading and related phenomena, 23.2.2021, ESMA22-105-1307.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

MMag.^a Dr.ⁱⁿ Ranjana Andrea Achleitner

Wissenschaftliche Mitarbeiterin (Postdoc) am Institut für Europarecht, Johannes Kepler Universität Linz

Dr. Tabea Bauermeister, B.A.

Akademische Rätin a.Z., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht, Universität Hamburg

Prof. Dr. Anna K. Bernzen

Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Universität Regensburg

Dr. Andreas Engel, LL.M. (Yale)

Akademischer Rat a.Z., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung, Universität Heidelberg

Jun.-Prof. Dr. Sebastian Golla

Juniorprofessor für Kriminologie, Strafrecht und Sicherheitsforschung im digitalen Zeitalter, Ruhr-Universität Bochum

Prof. Dr. Christian Gomille

Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht, Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Moritz Hennemann, MJur (Oxon.)

Lehrstuhl für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht, Universität Passau

Dr. Ben Köhler, LL.M. (Harvard)

Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Dr. Stefan Korch, LL.M. (Harvard)

Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

JProf. Dr. Lea Katharina Kumkar

Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsfragen der Digitalisierung, Universität Trier

Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur.

Direktor des Instituts für das Recht der Digitalisierung (IRDi), Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Lena Rudkowski

Inhaberin der Professur für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Justus-Liebig-Universität
Gießen

Dr. Alexander Sajnovits, M.Sc. (Oxford)

Akademischer Rat a.Z., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Bankrecht, Johannes Gutenberg-Universität, Mainz, und Associated Research Member des
European Banking Institute

