

Methodik ZR

Dr. Sophia Schwemmer* und Maren Vogel

ZR-Examensklausur: Zivilrechtliche Probleme rund um soziale Netzwerke – Verträge über digitale Produkte und Gemeinschaftsstandards

<https://doi.org/10.1515/jura-2023-2028>

Die nachfolgende Klausur behandelt Fragen des Verbraucherprivatrechts im Bereich der neuen §§ 327ff. BGB sowie der AGB-Kontrolle im Zusammenhang mit der Nutzung von sozialen Medien. Die Klausur erarbeitet wesentliche Grundzüge des neuen Regelungsregimes für Verträge über digitale Produkte sowie aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung der Grundrechte in der AGB-Kontrolle bei der Sperrung eines Social Media-Accounts.

Stichwörter: Bereitstellung und Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte, Bezahlen mit Daten; AGB-Kontrolle; mittelbare Drittwirkung der Grundrechte; Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke

SACHVERHALT

A. Aufgabe 1:

David Dribbler (D) ist ein erfolgreicher und bekannter deutscher Fußballspieler. Neben seiner Fußballkarriere ist er auch ein leidenschaftlicher Fotograf, der seine berufsbedingten Auslandsreisen dafür nutzt, seinem Hobby nachzugehen. Seine Bilder veröffentlicht er auf einer Plattform namens »Pixie«, die zur Veröffentlichung von Hobbyfotografie und zur Vernetzung mit Gleichgesinnten genutzt werden kann und ihren Nutzern auch Informationen und Tutorials zur Fotografie bietet. Zur Nutzung der Plattform hatte sich D im März 2022 ein Benutzerprofil angelegt und

den Allgemeinen Nutzungsbedingungen der Pixie GmbH (P) mit Sitz in Frankfurt am Main zugestimmt. Die Nutzung von Pixie ist für D nicht kostenpflichtig, allerdings klickt er bei der Anmeldung ein Kästchen an, womit er sich zur Erhebung und Verwendung von Nutzerdaten durch P bereit erklärt. P kann danach u. a. Informationen über die von D genutzten Endgeräte auslesen und den Standort dieser Geräte während der Benutzung erheben.

Da D weit über die Grenzen der eingeschworenen Fußballfans hinaus in Deutschland bekannt ist, wecken seine Fotos schnell breites Interesse. D hat nach kurzer Zeit bereits 80.000 »Freunde« auf der Plattform Pixie. Aufgrund des steigenden Interesses an seinem zunächst rein hobbymäßig betriebenen Account wird auch der Kamerahersteller K auf D aufmerksam. K und D vereinbaren daher, dass D eine besonders hochwertige Kamera von K zugesendet bekommt und im Gegenzug bei seinen zukünftigen Pixie-Beiträgen auf die tolle Fotoqualität hinweisen solle. Mit einem Kopfhörerhersteller vereinbart D, dass er 5.000 Euro erhalte, um auf vier Bildern auf seinem Profil erkennbar deren Kopfhörer zu verwenden. So baut sich D in nur wenigen Monaten eine weitere Einnahmequelle auf, die neben seinem auskömmlichen Fußballergehalt jedoch wenig ins Gewicht fällt.

Um die Attraktivität der Plattform zu steigern, bietet Pixie seinen Nutzern immer wieder exklusive Tutorials an, in denen Profifotografen Tipps zu Fototechnik, Bildgestaltung und Bildbearbeitung geben. D nimmt an diesen jeweils montagabends als Livestream stattfindenden Veranstaltungen regelmäßig teil. Als er drei Montage in Folge an den Livestreams nicht teilnehmen kann, da die Server von Pixie wiederholt überlastet sind und die Pixie-App sowie die Webseite nicht erreichbar sind, ist D genervt. Er schreibt eine E-Mail an P und verlangt, die angekündigten Livestreams zu wiederholen oder ihm Aufzeichnungen, welche durch P zunächst für interne Zwecke angefertigt wurden, zur Verfügung zu stellen.

Zu Recht?

***Kontaktperson:** Sophia Schwemmer, ist Habilitandin und Akademische Rätin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller).

Maren Vogel, ist Doktorandin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin (Juniorprofessur Dr. Bettina Rentsch).

B. Aufgabe 2:

Außerdem hat D seit Anfang 2022 ein Profil auf der Plattform »Voice«, die von der Voice Ltd. mit Sitz in Dublin, Irland betrieben wird. Voice ist in deutscher Sprache verfügbar und in Deutschland eines der größten sozialen Netzwerke. Es dient in erster Linie dem Meinungsaustausch. Nutzer können dort kurze Kommentare, Links, aber auch Fotos posten. In § 1 der Nutzungsbedingungen heißt es, dass die Plattform der Vernetzung, dem Austausch und der Kommunikation mit anderen Nutzern dient. D nutzt seinen Voice-Account vor allem passiv und folgt ausgewählten Sportlern, Künstlern und Politikern. Werbeverträge hat er im Zusammenhang mit seinem Voice-Account nicht abgeschlossen.

Während der Corona-Pandemie hat sich D jedoch immer mehr mit Verschwörungstheorien auseinandergesetzt. Seine Ansichten vertritt er nun mitunter auch in Beiträgen auf seinem Voice-Profil. Am 20. Januar 2022 postet er einen Beitrag: »Die Profitgier der Pharmariesen kennt keine Grenzen: Impfstoffzulassung im Schnellverfahren, die Konzerne scheffeln Milliarden und manipulieren unser Erbgut. Ich werde mir das Gift nicht spritzen lassen!«. Dieser Beitrag wird von V umgehend gelöscht. D bemerkt dies rein zufällig beim nächsten Login auf der Plattform und ist empört. In einer Email an V verlangt er, dass der gelöschte Beitrag umgehend wieder online gestellt werden soll.

V lehnt dies ab. Der Beitrag habe gegen die Gemeinschaftsstandards verstoßen, auf die man sich in den Nutzungsbedingungen geeinigt habe. Tatsächlich sehen die Nutzungsbedingungen in § 8 unter der Überschrift »Unsere Gemeinschaftsstandards« folgendes vor:

»Voice will einen respektvollen und sicheren Austausch der Nutzer in einem geschützten Raum ermöglichen. Wir respektieren die Meinungsfreiheit. Hass, Hetze und Fehlinformationen haben auf Voice aber keinen Platz. Du stimmst deshalb zu, dich nicht an den nachfolgend beschriebenen Verhaltensweisen zu beteiligen (oder andere dabei zu fördern oder zu unterstützen):

- (...) Verbreitung von Falschinformationen, insbesondere gefährliche Gesundheitsfehlinformationen,
- Hassrede, Mobbing und Missbrauch,
- Gewaltdarstellungen und Aufrufe zur Gewalt (...).

Wir können Inhalte entfernen, die du unter Verstoß gegen diese Bestimmungen geteilt hast.«

§ 8 war durch eine Änderung der Nutzungsbedingungen vom 15. Januar 2022 neu gefasst worden. Diese Änderung hatte V ihren Nutzern über ein Pop-up-Fenster bekannt gegeben, das mit einem Hyperlink zu den aktualisierten Nutzungsbedingungen verbunden war. Die weitere Nutzung der Plattform war den Nutzern nur möglich, wenn

sie den geänderten Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards durch Betätigung einer in dem Pop-up-Fenster enthaltenen Schaltfläche zustimmten. Dies hatte D auch bei seinem Login am 15. Januar 2022 getan, ohne sich die geänderten Nutzungsbedingungen durchzulesen.

Verärgert lässt der D die Sache zunächst ruhen. Kurz vor Weihnachten trifft er jedoch auf einem Klassentreffen seine alte Schuldfreundin F wieder, die inzwischen als Anwältin tätig ist. Als er ihr von seinem Problem mit V erzählt, macht ihm F wieder Mut: Die V könne ihre Nutzungsbedingungen schließlich nicht einfach nach Belieben ändern. F und D tauschen Telefonnummern aus. Nach ausführlicher Beratung durch F wendet sich D am 1. Februar 2023 erneut an die V und verlangt die Wiederherstellung des gelöschten Beitrags. Im NetzDG sei schließlich geregelt, dass die Anbieter sozialer Netzwerke nur strafbare Beiträge löschen dürften. Daher habe die V mit der Löschung ihre Pflichten aus dem Nutzungsvertrag verletzt. Schließlich habe er ein Interesse daran, dass Beiträge auf seinem Profil auch sichtbar blieben. Auf die geänderten Nutzungsbedingungen könne sich die V auch nicht berufen, denn man habe ihm sein Einverständnis abgepresst. Es sei ihm gar nichts anderes übrig geblieben, als die Änderung zu akzeptieren; sonst hätte er ja keinen Zugang zu seinem Benutzerkonto mehr gehabt. Das sei sittenwidrig. Außerdem fechte er seine Zustimmung deshalb an. Jedenfalls seien die geänderten Nutzungsbedingungen unwirksam, weil sie die Grundrechte der Nutzer nicht ausreichend berücksichtigten. Das Grundgesetz garantiere schließlich Meinungsfreiheit. Auch gehe es doch nicht an, dass die V Beiträge heimlich und willkürlich lösche, ohne ihm die Möglichkeit zur Äußerung zu geben.

Steht dem D ein vertraglicher Anspruch gegen V auf Wiederherstellung des Beitrags zu?

Bearbeitungsvermerk:

1. Auf alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen.
2. Auf die beigefügten Vorschriften aus dem NetzDG wird hingewiesen. Es ist davon auszugehen, dass der gelöschte Beitrag des D keinen Straftatbestand erfüllte.

Auszug aus dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG):

»§ 1 Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen

- (1) Dieses Gesetz gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). (...)
- (3) Rechtswidrige Inhalte sind Inhalte im Sinne des Absatzes 1, die den Tatbestand der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 bis 187, 189, 201a, 241

oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. (...)

§ 3 Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte

- (1) 'Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 und 3 für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten. (...)
- (2) 'Das Verfahren muss gewährleisten, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks (...)
3. jeden rechtswidrigen Inhalt unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt; (...)
5. den Beschwerdeführer und den Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, über jede Entscheidung unverzüglich informiert und dabei
 - a) seine Entscheidung begründet,
 - b) hinweist auf die Möglichkeit der Gegenvorstellung (...).«

LÖSUNGSVORSCHLAG

A. Aufgabe 1: Anspruch des D gegen P aus §§ 327i Nr. 1, 327l BGB auf Nacherfüllung wegen eines Mangels

D könnte gegen P einen Anspruch aus §§ 327i Nr. 1, 327l BGB auf Nacherfüllung wegen eines Mangels der vertraglich geschuldeten Leistung haben. Nach § 327i Nr. 1 BGB kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, wenn ein digitales Produkt mangelhaft ist.

I. Anwendungsbereich der Vorschriften über Verträge über digitale Produkte, § 327 BGB

Die Vorschriften über Verträge über digitale Produkte müssten zunächst anwendbar sein.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Gemäß § 327 Abs. 1 BGB sind die Vorschriften über Verträge über digitale Produkte nur auf Verbraucherverträge anwendbar. Verbraucherverträge sind nach der Legaldefinition in § 310 Abs. 3 BGB Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher.

Die P GmbH ist als gewerbliche Plattformbetreiberin jedenfalls Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB. Fraglich ist aber, ob D hier als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB handelte, denn der D hat sich durch die Nutzung der Online-Plattform eine Nebenerwerbsquelle aus Sponsoringverträgen erschlossen. Gem. § 13 BGB ist Verbraucher, wer ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend we-

der seiner gewerblichen noch seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt ein selbstständiges und planmäßiges, auf gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus, wobei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist.¹ Planmäßig ist eine Tätigkeit, wenn sie auch organisatorisch auf eine Vielzahl von Geschäften ausgelegt ist, also einen gewissen organisatorischen Mindestaufwand erfordert.² Eine nebenberufliche Tätigkeit kann ausreichen.³

Vorliegend hat sich aus dem hobbymäßigen Teilen von Fotos auf der Plattform bereits eine lukrative Einnahmequelle für den D entwickelt. Er bietet die Erwähnung von Werbepartnern in Beiträgen gegen Entgelt am Markt an. Fraglich ist aber, ob schon nach dem Abschluss von zwei Werbeverträgen eine hinreichende Planmäßigkeit und Dauerhaftigkeit der Tätigkeit des D angenommen werden kann. Grundsätzlich kann die für die Unternehmereigenschaft nötige Dauerhaftigkeit einer Tätigkeit auch bei nur gelegentlichen, unregelmäßigen oder anlassbezogenen Tätigkeiten vorliegen.⁴ Aber ein planmäßiges Handeln setzt voraus, dass ein gewisses Maß an professioneller Arbeitsweise bzgl. Organisation, Planung und Routine vorliegt.⁵ Ob dieser organisatorische Mindestaufwand bereits für den Abschluss von lediglich zwei Werbeverträgen getrieben wurde, erscheint zumindest zweifelhaft.

Jedenfalls bei Abschluss des Plattformvertrags mit P hatte D aber noch keine Absicht, eine unternehmerische Tätigkeit auszuüben. Vielmehr hatte er vor, den Account rein hobbymäßig zu betreiben. Erst in Reaktion auf die Ansprache durch die Werbepartner begann D den Account als Einnahmequelle zu sehen. Fraglich ist daher, auf welchen Zeitpunkt hinsichtlich der Zweckbestimmung des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts zur privaten oder unternehmerischen Verwendung abzustellen ist. § 13 BGB enthält hierzu keine Vorgaben. § 14 BGB stellt aber für die Zuordnung zum unternehmerischen Bereich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts ab. Dies muss

¹ St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2018, 146 Rz. 40 m. w. N.; BeckOK-BGB/Martens, Stand: 01.11.2022, § 13 Rz. 42.

² Vgl. dazu BGH NJW 2021, 2281 Rz. 81; BGH NJW 2020, 3786, 3787 Rz. 18.

³ BGH NJW 2022, 686 Rz. 49; BeckOGK-BGB/Alexander, Stand: 01.11.2022, § 14 Rz. 205.

⁴ BeckOGK-BGB/Alexander, Stand: 01.08.2022, § 14 Rz. 137; das Merkmal der Dauerhaftigkeit bejahend hinsichtlich eines sog. »power sellers« auf eBay, OLG Frankfurt am Main MMR 2007, 378, 379.

⁵ BGH NJW 2021, 2281 Rz. 81; BGH NJW 2020, 3786, 3787 Rz. 18; BeckOGK-BGB/Alexander, Stand: 01.08.2022, § 14 Rz. 136 f.; eine Differenzierung zwischen den Merkmalen der Planmäßigkeit und Dauerhaftigkeit ablehnend MüKo-BGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 14 Rz. 20; Brinkmann, VuR 2021, 452, 455; Faber ZEuP 1998, 854, 869.

im Umkehrschluss auch für die Zuordnung zum privaten Bereich und damit für die Verbrauchereigenschaft des betreffenden Vertragspartners gelten.⁶ Nachträgliche Zweckänderungen bleiben danach bei der Einordnung eines Vertrags als Verbrauchergeschäft unberücksichtigt; eine Umwidmung des Zwecks ist nicht möglich.⁷ Da der D bei Abschluss des Vertrags noch nicht die Absicht hatte, mit seiner Präsenz auf der Plattform Pixie auch Einkünfte aus Verträgen mit Werbepartnern zu erwirtschaften, handelt es sich bei dem Vertrag zwischen D und der Plattform um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB. Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB ist daher eröffnet.

Hinweis: Mit Blick auf den Charakter des Plattformnutzungsvertrags als langfristiges Dauerschuldverhältnis erscheint auch eine abweichende Auffassung vertretbar.⁸ Eine solche Auffassung hat der EuGH zur Brüssel Ia-VO in der Rechtssache *Schrems./Facebook Ireland Ltd.* (EuGH, Urt. v. 25.1.2018, Rs. C-498/16, NJW 2018, 1003 – *Schrems I*) vertreten. Ein Kläger könne sich auf seine Verbrauchereigenschaft nur berufen, wenn die ursprüngliche Nutzung des Dienstes nicht später »im Wesentlichen beruflichen Charakter« erlangt hat.⁹ Die Rechtsprechung des EuGH erging allerdings zur Auslegung des internationalen Verbrauchergerichtsstandes nach Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia-VO. Im Rahmen der systematischen Auslegung könnte die Verfolgung paralleler Regelungszwecke für eine rechtsaktübergreifende Auslegung des Verbraucherbegriffs diskutiert werden.¹⁰ Besonders gute Bearbeitungen können hier Methodenkenntnis beweisen. Berücksichtigt man danach auch das Verhalten des D nach Vertragsschluss, so müsste man sich hinsichtlich seiner Verbrauchereigenschaft klar positionieren (beide Auffassungen vertretbar, ggf. weitere Prüfung im Hilfsgutachten).

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB ist eröffnet, wenn der Vertrag zwischen P und D die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch die P gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand hat. Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Digitale Dienstleistungen gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB werden im digitalen Raum erbracht. Sie ermöglichen die

Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB) oder die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB). Die Social Media-Plattform Pixie bietet ihren Nutzern sowohl den Zugang zu Daten (Informationen und Tutorials zur Fotografie), als auch die Möglichkeit, Inhalte mit anderen zu teilen und ggf. auch mit den anderen Nutzern zu interagieren. Es handelt sich somit bei den Leistungen der P an den D um digitale Dienstleistungen i. S. d. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB.

Diese müssten allerdings auch entgeltlich erbracht worden sein (§ 327 Abs. 1 BGB). D musste für die Nutzung der Plattform zwar keinen Preis in Form eines bestimmten Geldbetrags bezahlen. § 327 Abs. 3 BGB stellt dem jedoch solche Verträge gleich, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten überlässt oder sich hierzu verpflichtet (»Bezahlen mit Daten«). Eine Ausnahme gilt für die Fälle des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB, d. h. wenn der Unternehmer die personenbezogenen Daten ausschließlich zum Zwecke der Vertragserfüllung oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verarbeitet, weil er diese Daten bei zweckmäßiger Verwendung nicht wirtschaftlich verwendet werden kann und sie damit kein Preisäquivalent darstellen.¹¹

Personenbezogene Daten sind nach der Legaldefinition in Art. 4 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Solche personenbezogenen Daten hat der D der P nicht nur beim Anlegen seines Profils zur Verfügung gestellt, sondern er hat auch in die Erhebung von weiteren Nutzerdaten eingewilligt. So kann P u. a. Informationen über die von D genutzten Endgeräte auslesen und den Standort dieser Geräte während der Benutzung erheben. D hat somit seine personenbezogenen Daten der P überlassen. Diese verarbeitet P auch nicht nur zu Zwecken der Vertragserfüllung gem. § 312 Abs. 1a S. 2 BGB.¹² Somit liegt hier ein entgeltlicher Vertrag über digitale Dienstleistungen vor, der in den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB fällt.

⁶ MüKo-BGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 13 Rz. 36; bezugnehmend auf den Wortlaut der Richtlinien *Struck MittBayNot* 2003, 259, 260.

⁷ So die ganz hM, vgl. MüKo-BGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 13 BGB Rz. 36, 40; BeckOGK-BGB/Alexander, Stand: 01.11.2022, § 13 BGB Rz. 276; BeckOK-BGB/Martens, Stand: 01.11.2022, § 13 BGB Rz. 40.

⁸ So wohl Staudinger/Fritzsche, Neubearb. 2018, § 13 Rz. 43; mit Bezug zur langen Laufzeit Schlussanträge GA Bobek BeckRS 2017, 131294 Rz. 39.

⁹ EuGH NJW 2018, 1103 Rz. 38 – *Schrems I*; siehe Schlussanträge GA Bobek BeckRS 2017, 131294 Rz. 38 ff.

¹⁰ Siehe hierzu *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, § 8 Rz. 27 ff.

3. Keine Bereichsausnahme gem. § 327 Abs. 6 BGB

Schließlich greift auch keine der Bereichsausnahmen nach § 327 Abs. 6 BGB ein.

¹¹ BT-Drucks. 19/27653, S. 36.

¹² Von der Ausnahme des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB sollen insbesondere rechtmäßige Datenverarbeitungen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b, c und e DSGVO erfasst sein, BT-Drucks. 19/27653, S. 36.

Hinweis: Zwischen D und P ist ein Vertrag über die Nutzung der Social-Media-Plattform zustande gekommen. Dieser fällt – wie soeben geprüft wurde – in den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 327ff. BGB. Da der D wohl mit seinen Nutzerdaten »bezahlt« (§ 327 Abs. 3 BGB), lässt sich ein entgeltlicher Vertrag annehmen. Die Einordnung als Vertrag über digitale Produkte im Sinne der § 327ff. BGB sagt aber – trotz der besonderen gewährleistungsrechtlichen Regelungen für diese Verträge – über den Vertragstypus nichts aus. Vielmehr wollte der Gesetzgeber bewusst eine **typenübergreifende Regelung** schaffen, wie auch aus der systematischen Stellung der §§ 327ff. BGB im allgemeinen Schuldrecht ersichtlich ist.¹³ Anders als das System des besonderen Schuldrechts, indem die Vertragstypen anhand der Leistungsart unterschieden werden (bspw. Eigentumsübertragung, Nutzungsverschaffung etc.), werden Verträge über digitale Produkte anhand des Leistungsgegenstands (digitale Inhalte oder Dienstleistungen) differenziert.¹⁴ Auch ist aus der **missglückten Regelung in § 516a BGB** nicht der Schluss zu ziehen, dass ein Vertrag, bei dem der Verbraucher dem Unternehmer seine Daten als Gegenleistung zur Verfügung stellt, eine Schenkung darstellt. Vielmehr wird die Norm überwiegend richtlinienkonform im Sinne einer bloßen Klarstellung hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 327ff. BGB ausgelegt.¹⁵ Die §§ 327ff. BGB lassen die vertragstypologische Einordnung also gerade unberührt, sodass weiterhin auf die bisher zur Einordnung von Social-Media-Nutzungsverträgen ergangene Rechtsprechung zurück gegriffen werden kann.¹⁶ Es spricht daher nach wie vor einiges für die Einordnung des Nutzungsvertrags mit einer Social-Media-Plattform als ein typengemischter (entgeltlicher) Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen¹⁷ oder als Vertrag *sui generis*¹⁸. Auf eine solche **vertragstypologische Einordnung des Nutzungsvertrages** kam es hier jedoch nicht an.

II. Produktmangel i. S. d. § 327e BGB

Der Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 327i Nr. 1, 327l Abs. 1 BGB setzt voraus, dass das digitale Produkt mangelhaft ist. Gemäß § 327e Abs. 1 S. 1 BGB ist ein digitales Produkt frei von Produktmängeln, wenn es zum maßgeblichen Zeitpunkt den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und ggf. den Anforderungen an die Integration entspricht.

¹³ Vgl. auch MüKo-BGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, Vor § 327 BGB Rz. 19; *Wendehorst* NJW 2021, 2913.

¹⁴ BT-Drucks. 19/27653, S. 26.

¹⁵ So z. B. MüKo-BGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, Vor § 327 BGB Rz. 21; BeckOGK-BGB/Harke, Stand: 1.10.2022, § 516a Rz. 3; ähnlich *Gansmeier/Kochendörfer* ZfPW 2022, 1, 29.

¹⁶ BT-Drucks. 19/27653, S. 24.

¹⁷ So z. B. *Spindler* CR 2019, 238, 239.

¹⁸ Dafür OLG München MMR 2021, 79 Rz. 61; OLG München MMR 2018, 753.

1. Erfüllen der subjektiven Anforderungen, § 327e Abs. 2 BGB

Das digitale Produkt entspricht gemäß § 327e Abs. 2 BGB insbesondere dann nicht den subjektiven Anforderungen, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat oder sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Eine besondere Beschaffenheitsvereinbarung haben die Parteien hier nicht getroffen. Allerdings bestand die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung des Pixie-Accounts durchaus darin, dass der Nutzer jederzeit Zugang zu den Inhalten auf der Plattform, und u. a. auch zu den dort angebotenen Tutorials haben sollte. Durch die Probleme mit der Serverinfrastruktur bei Pixie konnte dieser Zugang nicht gewährleistet werden. Das digitale Produkt entsprach damit schon nicht den subjektiven Anforderungen.

2. Erfüllen der objektiven Anforderungen, § 327e Abs. 3 BGB

Das digitale Produkt ist auch dann mangelhaft, wenn es nicht den objektiven Anforderungen entspricht. Dies ist zunächst der Fall, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung nicht eignet (§ 327e Abs. 3 Nr. 1 BGB). Darüber hinaus verlangt § 327e Abs. 3 Nr. 2 BGB auch, dass das digitale Produkt die Beschaffenheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher erwarten kann. Zu den Beschaffenheitsmerkmalen gehört gem. § 327e Abs. 3 Nr. 2 BGB insbesondere auch die Zugänglichkeit der digitalen Produkte. Diese fehlt unter anderem, wenn Social-Media-Plattformen für einige Stunden nicht erreichbar sind.¹⁹

Hinweis: Dies wirft die Frage auf, wann es sich bei Störungen der Zugänglichkeit eines digitalen Produkts um einen Mangel handelt und wann es an der **Bereitstellung gemäß § 327b Abs. 4** fehlt, so dass sich der Verbraucher auf die Rechte aus § 327c berufen kann. Erwägungsgrund 51 S. 3 Digitale-Inhalte-RL bestimmt insoweit: »Kurzfristige Unterbrechungen der Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen sollten dann als Fälle von Vertragswidrigkeit behandelt werden, wenn diese Unterbrechungen mehr als vernachlässigbar oder wiederkehrend sind.« Hieraus wird zum Teil geschlossen, dass kurzfristige Unterbrechungen den Produktmängeln unterfallen, während dauerhafte Störungen der Zugänglichkeit als Nichtbereitstellung einzuordnen sind (*arg. e contrario*).²⁰ Ist eine erstmalige Bereitstellung erfolgt, wäre mithin bei längerfristigen Störungen aus dem Mängelgewährleistungsrecht der §§ 327d ff. BGB zurück in die Regelungen zur Nichtbereitstellung nach §§ 327b ff. BGB zu »springen«.

¹⁹ BeckOGK-BGB/Fries, Stand: 01.11.2022, § 327e Rz. 26.

²⁰ MüKo-BGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, § 327e Rz. 35; BeckOGK-BGB/Fries, Stand: 01.11.2022, § 327e Rz. 26; *Faber*, in: *Stabentheiner/Wendehorst*

Andererseits könnte man auch Zugänglichkeitsprobleme, welche die Schwelle der »kurzfristigen Unterbrechung« übersteigen, als Produktmangel behandeln. In ähnlicher Weise wie die Übergabe im Kaufrecht, wäre damit die erstmalige Bereitstellung des digitalen Produkts nach § 327b BGB der entscheidende »Wendepunkt« zwischen der Anwendbarkeit der Rechte aus § 327c BGB (als Äquivalent zum Schuldrecht AT) und den Rechten aus §§ 327i ff. BGB (als Äquivalent zum Gewährleistungsrecht).²¹ Das Nichterfüllungsregime des § 327c BGB wäre damit nicht mehr anwendbar, sobald die Erstbereitstellung des digitalen Produkts § 327b BGB genügt.²² Aus Erwägungsgrund 51 S. 3 der RL könnte hierbei *a fortiori* entnommen werden, dass auch längere Unterbrechungen der Zugänglichkeit dem Gewährleistungsregime unterstellt sein müssten, wenn dies schon bei kurzfristigen Unterbrechungen der Fall ist.²³ Beide Auffassungen erscheinen gut vertretbar. Da die Zugangsstörungen während der Livestreams noch als kurzfristige Störungen einzuordnen sein dürften, die nach erstmaliger Bereitstellung gem. § 327b BGB eintreten, käme man hier jedoch nach beiden Auffassungen zu einer Einordnung als Produktmangel.

Die Erreichbarkeit der Plattform war hier wiederholt während der Livestreams nicht gewährleistet, so dass D die Inhalte nicht abrufen konnte und insbesondere nicht die Möglichkeit hatte, an den angebotenen Tutorials teilzunehmen. Damit eignete sich die Plattform insoweit weder für die gewöhnliche Verwendung noch wies sie die übliche Beschaffenheit auf. Die Pixie-Plattform erfüllte somit auch nicht die objektiven Anforderungen.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt

Dieser Mangel müsste nach § 327e Abs. 1 S. 1 BGB auch zur maßgeblichen Zeit vorgelegen haben. Dies ist grundsätzlich gem. § 327e Abs. 1 S. 2 BGB der Zeitpunkt der Bereitstellung nach § 327b BGB. Wenn der Unternehmer aber zur dauerhaften Bereitstellung verpflichtet ist, ist der gesamte Bereitstellungszeitraum maßgeblich (§ 327e Abs. 1 S. 3 BGB). Eine solche Verpflichtung der P zur dauerhaften Bereitstellung ist anzunehmen, da Social Media-Plattformen ihren Nutzern üblicherweise jederzeit zur Verfügung stehen.

Damit war die P ab der Anmeldung des D jederzeit verpflichtet, ihm den Zugang zur Plattform zu ermöglichen und ihm so ein mangelfreies Produkt zur Verfügung zu stellen.

III. Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 327i BGB

D kann daher Nacherfüllung verlangen gem. §§ 327i Nr. 3, 327l BGB, d.h. die P hat den vertragsgemäßen Zustand herzustellen und die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu tragen.

Allerdings ist der Anspruch auf Nacherfüllung ausgeschlossen, wenn diese unmöglich ist, §§ 327l Abs. 2, 275 Abs. 1 BGB. Die P kann ihre Serverinfrastruktur nur mit Wirkung für die Zukunft verbessern und dafür sorgen, dass künftig auch bei Livestreams die Erreichbarkeit der Plattform gewährleistet ist. Insoweit wird aber nicht die mangelhafte Leistung in der Vergangenheit nachgebessert, sondern vielmehr eine mangelfreie Leistungserbringung im weiteren Verlauf des Dauerschuldverhältnisses sichergestellt. Die fehlende Erreichbarkeit in der Vergangenheit lässt sich als solche nicht mehr beseitigen.

Etwas anderes könnte jedoch für die Inhalte gelten, die D aufgrund der Serverprobleme verpasst hat. Fraglich ist, ob auch die Nachholung dieser Inhalte unmöglich ist. Auch in Dauerschuldverhältnissen liegt bei ausgebliebenen Leistungen keine Unmöglichkeit, sondern Verzug vor, soweit die Leistungszeit nicht erheblich ist und das Leistungsinteresse des Schuldners daher mit dem Ausbleiben der Leistung trotz Zeitablauf noch nicht entfallen ist.²⁴ Es ist möglich, dem D den Zugang zu denjenigen Inhalten zu verschaffen, die ihm wegen der vorübergehenden Störung der Erreichbarkeit entgangen sind. D hat hieran weiterhin Interesse, obwohl der ursprüngliche Leistungszeitpunkt verstrichen ist. Die Nachholung ist durch Wiederholung der Livestreams oder Zurverfügungstellung einer Aufzeichnung möglich. Durch eine solche erneute Bereitstellung der digitalen Dienstleistung ist eine Nacherfüllung im Sinne des § 327l BGB möglich (a.A. vertretbar).

Der Unternehmer darf dabei selbst entscheiden, wie er den Mangel behebt; der Verbraucher hat insoweit kein Wahlrecht.²⁵ Dabei dürfte die Zurverfügungstellung einer Aufzeichnung hier die kostengünstigere Möglichkeit sein.

Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 100, BT-Drs. 19/27653, S. 56.

²¹ So auch Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl. 2023, § 327i Rz. 3; Semmel-mayer MMR 2022, 1048, 1051; siehe auch der Lösungshinweis bei Gans-meier/Kochendörfer JURA 2022, 1447, 1449.

²² Rieländer GPR 2021, 257, 261.

²³ Siehe ausführlich Rieländer GPR 2021, 257, 261; i.E. auch Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law 2020, Art. 14 Digital Content Directive Rz. 14.

²⁴ Erman-BGB/Hager, 16. Aufl. 2020, § 286 Rz. 6; Staudinger/Feldmann, Neubearb. 2019, Vorb. § 286 Rz. 18; BeckOGK-BGB/Dornis, Stand: 01.10.2022, § 286 Rz. 18.

²⁵ Vgl. dazu Begr.-RegE, BR-Drs. 60/21, S. 72; Erwägungsgrund 63 der Digitale Inhalte-RL; BeckOGK/Fries, Stand: 01.11.2022, § 327l BGB Rz. 5; Wendland, in: BeckOK, Stand: 01.08.2022, § 327l Rz. 7; Stürner JURA 2022, 159, 159.

Hinweis: Ein Ausschluss des gesamten Anspruchs auf Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 327i Abs. 2 S. 1 BGB kommt nur in Betracht, wenn alle Möglichkeiten zur Mängelbeseitigung unverhältnismäßige Kosten verursachen. Im Übrigen steht es dem Unternehmer frei, die für ihn günstigste Form der Nacherfüllung zu wählen. Für den Verbraucher ergibt sich aus möglicherweise bestehenden Nacherfüllungsvarianten kein Unterschied, sodass der Unternehmer aufgrund seiner Fachkenntnis wählen kann.²⁶

IV. Ergebnis

D hat gegen P einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 327i Nr. 3, 327i BGB, d.h. dieser muss die angekündigten Livestreams wiederholen oder ihm Aufzeichnungen zur Verfügung stellen.

B. Aufgabe 2: Anspruch des D gegen V auf Freischaltung des gelöschten Beitrags aus §§ 280 Abs. 1, 249 BGB²⁷

D könnte einen Anspruch gegen die V auf Freischaltung des gelöschten Beitrages gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB auf der Grundlage des Nutzungsvertrages haben.

Hinweis: Nach bislang überwiegender Auffassung in der Rechtsprechung und der Literatur handelt es sich bei der Pflicht, Beiträge von Nutzern nicht willkürlich zu löschen, um eine **Nebenpflicht aus dem Nutzungsvertrag im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB**.²⁸ Der Plattformbetreiber entwertet durch eine unberechtigte Löschung seine eigene, bereits erbrachte Leistung und verletzt damit seine Nebenpflichten.²⁹ Dementsprechend ergibt sich ein möglicher Anspruch auf Wiederherstellung des Beitrags aus §§ 280 Abs. 1, 249 BGB. Dieser Auffassung hat sich implizit auch der BGH angeschlossen, indem er – allerdings ohne genaue Einordnung der Pflichtverletzung – einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 249 BGB prüft.³⁰ Gut vertretbar wäre es – insbesondere seit Inkrafttreten der §§ 327ff. BGB – auch, die ungestörte Nutzung der Plattform als Hauptleistungspflicht der V anzusehen.³¹ Folgt man dieser Auffassung, so kann der Anspruch auf Wiederherstellung des Beitrags auch unmittelbar als vertraglicher Primärleistungsanspruch oder als Anspruch auf Nacherfüllung aus

²⁶ Stürmer JURA 2022, 159, 160.

²⁷ Die Aufgabe ist angelehnt an das Urteil des BGH v. 29. 7. 2021, Az. III ZR 179/20, NJW 2021, 3179.

²⁸ OLG München MMR 2021, 79; OLG Stuttgart MMR 2019, 110, 111; OLG Celle MMR 2022, 399; Müller-Riemenschneider/Specht MMR 2018, 547. Ähnlich: LG Frankfurt a.M. MMR 2018, 545 (Anspruch aus § 1004 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB).

²⁹ So Raue NJW 2022, 209, 214.

³⁰ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 27.

³¹ Dafür z. B. Raue NJW 2022, 209, 214; Mörsdorf NJW 2021, 3158, 3161; Holznelg CR 2019, 369, 371.

§ 327i BGB geprüft werden.³² Auch in diesem Rahmen wäre zu prüfen, ob die Leistungspflichten der V durch die geänderten Nutzungsbedingungen wirksam eingeschränkt wurden. Siehe näher hierzu der Hinweis unter III.4. Neben der Löschung des Beitrags spielt in der Praxis die zeitweise Teilspernung von Nutzerkonten durch Versetzen in einen sog. read-only Modus eine Rolle. Der Nutzer kann dann zwar die Beiträge anderer Nutzer weiterhin sehen, aber selbst nichts posten oder kommentieren. Der BGH hat in seiner Entscheidung infolge einer solchen – im Urteilszeitpunkt bereits wieder aufgehobenen – Teilspernung des Kontos dem Kläger einen Anspruch auf Unterlassung erneuter Kontensperrungen aus § 280 Abs. 1 BGB zugebilligt.³³ Zumindest hinsichtlich dieser Kontensperrung wäre ein Anspruch nach den spezielleren Regeln der §§ 327ff. BGB nach heutiger Rechtslage wohl naheliegender. Die Netzwerke verpflichten sich in ihren Nutzungsbedingungen überwiegend dazu, dass eine Plattform zum Chatten und zur öffentlichen Kommunikation zur Verfügung gestellt wird.³⁴ Bei vollständigen Kontensperrungen könnte sich auch hier die Frage der Abgrenzung zwischen einer fehlenden Bereitstellung des digitalen Produkts und eines Produktmangels stellen.

I. Vorfrage: Anwendbares Recht

Zunächst müsste deutsches Recht anwendbar sein. Da die Betreiberin der Plattform Voice ihren Sitz in Irland hat und der Nutzer D die Plattform von Deutschland aus nutzte, liegt ein Sachverhalt mit Verbindung zu mehreren Staaten vor. Daher ist zunächst gem. Art. 3 EGBGB das anwendbare Recht nach den Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts zu bestimmen.

1. Anwendungsbereich der Rom I-VO

Dabei sind vorrangig die Verordnungen des Europäischen Kollisionsrechts (vgl. Art. 3 Nr. 1 lit. a) bis g) EGBGB) anzuwenden, soweit deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Vorliegend handelt es sich um eine vertragsrechtliche Streitigkeit, so dass der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-VO eröffnet ist, vgl. Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO.

2. Objektive Anknüpfung gem. Art. 4 Rom I-VO

Eine vorrangige Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Der Plattform-Nutzungsvertrag fällt als typengemischter Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen³⁵ bzw. als Vertrag *sui generis*³⁶ unter keinen der objektiven Anknüpfungstatbestände in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Nach der objektiven Anknüpfung

³² Vgl. näher dazu Schütrumpf/Beer ZJS 2022, 556, 557.

³³ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 100 ff.

³⁴ Holznelg CR 2018, 369, 378 Rz. 17.

³⁵ So z. B. Spindler CR 2019, 238, 239.

³⁶ Dafür OLG München MMR 2018, 753.

fung des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO unterläge der Vertrag dem Recht von Irland, da die für den Vertrag charakteristische Leistung von Seiten der V erbracht wird, die dem D die Nutzung der von ihr betriebenen Plattform ermöglicht.

3. Verbrauchervertrag gem. Art. 6 Rom I-VO

Allerdings könnte sich hier das anwendbare Recht nach Art. 6 Rom I-VO als vorrangige *lex specialis* für Verbraucherverträge bestimmen. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO unterliegt ein Vertrag, den ein Verbraucher mit einem Unternehmer geschlossen hat, dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer seine Tätigkeit auf diesen Staat ausgerichtet hat (Art. 6 Abs. 1 lit b) Rom I-VO).

D müsste zunächst Verbraucher im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO sein. Dies setzt voraus, dass er den Vertrag zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (vgl. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO). Vorliegend hat der D sein Konto bei Voice zu rein privaten Zwecken angelegt. Zwar ist D als Fußballspieler eine Person des öffentlichen Lebens. Dennoch dienen nicht alle Verträge, die ein bekannter Sportler abschließt, seiner öffentlichen Vermarktung. Der D nutzt sein Voice-Profil überwiegend passiv und postet nur selten Beiträge, die eher der öffentlichen Meinungskundgabe und nicht seiner Darstellung als Sportler dienen. Der Abschluss des Nutzungsvertrags mit der V kann damit also nicht seiner beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden. V handelte als Verbraucher im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO. Die V hingegen handelte in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit und damit als Unternehmerin.

V müsste ferner ihre Tätigkeit in Deutschland als dem Staat, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ausüben (Art. 6 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO) oder diese Tätigkeit auf irgendeine Weise auf Deutschland ausgerichtet haben (Art. 6 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO) und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fallen.³⁷ Ein Ausüben der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der V i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO setzt den physischen Aufenthalt des Unternehmers in Deutschland und dessen aktive Teilnahme am hiesigen Wirtschaftsverkehr voraus, sodass allein aufgrund einer deutschsprachigen Internetpräsenz ein »Ausüben« nicht angenommen werden.³⁸ Allerdings kann sich hieraus ein »Ausrichten« der Tätigkeit auf Deutschland ergeben. Dies kann bei Vertragsschlüssen über Webseiten insbeson-

dere dann angenommen werden, wenn diese in der Sprache des Aufenthaltsstaates anstatt in derjenigen des Niederlassungsstaates des Unternehmers gestaltet sind.³⁹ Vorliegend kann sowohl die Vertragsanbahnung als auch die Leistung der V rein digital über die Plattform erfolgen, so dass es im Wesentlichen auf die Ausgestaltung dieser Plattform und der dort angebotenen Inhalte ankommt. Diese sind in deutscher Sprache gehalten und richten sich damit an ein deutsches Publikum. Die V hat damit ihre Tätigkeit auf den deutschen Markt ausgerichtet.

Schließlich greift auch kein Ausnahmetatbestand nach Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO. Insbesondere liegt keine Dienstleistung vor, die ausschließlich in einem anderen Staat zu erbringen war als im Aufenthaltsstaat des D (Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO). Vorliegend sagt der Sachverhalt nichts darüber aus, ob die V ihre Dienste ausschließlich aus dem Ausland erbringt oder etwa auch Server oder Büros, z. B. für die Gewinnung von Werbekunden, in Deutschland unterhält. Selbst wenn die V aber ausschließlich aus Irland operieren sollte, wäre der Ausnahmetatbestand nach überwiegender Auffassung nicht anwendbar, da dieser nur dann eingreifen soll, wenn nicht nur der Ort der Leistungshandlung, sondern auch der Ort des Leistungsempfangs im Ausland liegt.⁴⁰

Somit ist Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO anwendbar. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO unterfällt der Vertrag damit deutschem Recht.

II. Schuldverhältnis

V müsste mit der Löschung des Beitrags des D schuldhaft gegen ihre Pflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB aus dem Nutzungsvertrag verstoßen haben.

Zwischen D und V bestand ein Nutzungsvertrag über die Nutzung der Plattform Voice. Darin hat sich V verpflichtet, dem D Zugang zur Plattform zu gewähren und die Möglichkeit zu geben, mit anderen Nutzern in Kontakt zu treten und sich mit ihnen auszutauschen (vgl. § 1 der Nutzungsbedingungen). Daraus folgt, dass V Beiträge, die D auf der Plattform eingestellt hat, nicht grundlos löschen darf.

³⁷ Eine genaue Unterscheidung zwischen den beiden Varianten in lit. a und b ist in der Subsumtion weder möglich noch erforderlich, vgl. BeckOGK-BGB/Rühl, Stand: 01.07.2019, Art. 6 Rom I-VO Rz. 182.

³⁸ BeckOGK-BGB/Rühl, Stand: 01.07.2019, Art. 6 Rom I-VO Rz. 183.1.

³⁹ Zu Art. 15 Brüssel Ia-VO, welcher nach Erwägungsgrund 7 im Einklang mit der Rom I-VO auszulegen ist, EuGH NJW 2011, 505 Rz. 93 – *Pammer und Alpenhof*; EuGH NJW 2013, 3504 Rz. 31 – *Emrek/Sabranovic*; siehe auch BGH NJW 2015, 2339 Rz. 15.

⁴⁰ Vgl. dazu BeckOGK-BGB/Rühl, Stand: 01.07.2019, Art. 6 Rom I-VO Rz. 120 m. w. N.

Hinweis: Zwischen D und V ist ein Vertrag über die Nutzung der Social-Media-Plattform zustande gekommen. Dieser fällt – wie eben geprüft – in den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB. Hieraus ergibt sich jedoch keine vertragstypologische Einordnung des Vertrags (siehe dazu den Hinweiskasten unter A.I.3.). Auf eine solche vertragstypologische Einordnung des Nutzungsvertrages kam es aber auch hier nicht an.

III. Pflichtverletzung

Die Löschung des Beitrags könnte die Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB darstellen. D hat ein Interesse daran, dass die Beiträge auf seinem Profil dauerhaft sichtbar sind. Die Löschung des Beitrags könnte daher gegen eine Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, wenn V zur Löschung nicht berechtigt war. Als Berechtigung zur Löschung von Beiträgen kommt im vorliegenden Fall der Löschungsvorbehalt in Betracht, der in § 8 der geänderten Nutzungsbedingungen vereinbart wurde.

Zu prüfen ist daher, ob diese Änderung der Nutzungsbedingungen wirksam war.

1. AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB

Gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. § 8 der Nutzungsbedingungen wurde als Ergänzung zu den bisherigen, mit allen Nutzern abgeschlossenen Vertragsbedingungen und damit für eine Vielzahl von Verträgen von V vorformuliert und allen gegenwärtigen und künftigen Nutzern der Plattform zur Zustimmung vorgelegt. Eine Möglichkeit zur Verhandlung über diese Bedingungen bestand nicht. Vielmehr konnten die Nutzer die Plattform nur weiter nutzen, wenn sie auf die »Zustimmen«-Schaltfläche in dem Pop-Up-Fenster klickten. Die neuen Nutzungsbedingungen wurden somit einseitig von der V »gestellt«.

Zwar erfolgte dies nicht beim Abschluss des Hauptvertrags, sondern während der Vertragslaufzeit. Dies steht jedoch der Einordnung als AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB nicht entgegen, zumal auch die beabsichtigte Vertragsänderung einen Vertragsabschluss darstellt.⁴¹

2. Wirksame Einbeziehung der AGB durch Änderungsvertrag

Die wirksame Änderung von AGB bedarf des Abschlusses eines wirksamen Änderungsvertrags unter Beachtung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB.

a) Abschluss eines Änderungsvertrags und Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB

In der allen Nutzern in Form eines Pop-up-Fensters zugegangenen Mitteilung über die beabsichtigte Änderung der Nutzungsbedingungen in Verbindung mit der Aufforderung, durch einen Klick auf eine Schaltfläche zuzustimmen, liegt ein an den einzelnen Nutzer gerichtetes Angebot der V (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Änderungsvertrags. Dieses Angebot hat D angenommen, indem er am 15. Januar 2020 auf die Schaltfläche geklickt hat. Damit ist zwischen den Parteien ein auf die Einbeziehung der aktualisierten Nutzungsbedingungen in das bestehende Vertragsverhältnis gerichteter Änderungsvertrag zustande gekommen.

Ferner müssten die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sein. Danach muss der Verwender den Kunden ausdrücklich auf die Neufassung hinweisen und ihm den geänderten Text zugänglich machen, während der Kunde sich mit der Einbeziehung der geänderten Geschäftsbedingungen einverstanden erklären muss. In dem Pop-up-Fenster, das auf die Neufassung hinwies, fand sich ein Hyperlink, über den die aktualisierten Nutzungsbedingungen aufgerufen und ausgedruckt werden konnten. Das genügt für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung i.S.d. § 305 II Nr. 2 BGB.⁴² Dass D die Nutzungsbedingungen tatsächlich nicht gelesen hat, ist unerheblich. Mit dem Klick auf die Schaltfläche hat sich der D auch mit den geänderten Nutzungsbedingungen einverstanden erklärt.

b) Anfechtung der Zustimmung gemäß §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 BGB

Fraglich ist allerdings, ob diese Erklärung des D auch wirksam ist. D hat mit Schreiben vom 1. Februar 2023 seine Erklärung angefochten. Dies begründet D damit, dass er die Plattform im Falle der Zustimmungsverweigerung nicht weiter hätte nutzen können, denn ohne das vorherige Anklicken der Zustimmungsschaltfläche war ein Login nicht mehr möglich. Denkbar wäre insoweit eine Anfechtung der Zustimmungserklärung gemäß § 123 Abs. 1 BGB wegen widerrechtlicher Drohung.

⁴¹ Vgl. nur BeckOGK-BGB/Lehmann-Richter, Stand, 01.12.2022, § 305 Rz. 148.

⁴² BGH NJW 2021, 3179 Rz. 36; BGH NJW 2006, 2976 Rz. 16 m. w. N.

Hinweis: Aufgrund des Hinweises, dass D die Nutzungsbedingungen nicht gelesen hatte, könnte man auch an eine Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB denken. Irren kann aber nur, wer tatsächlich eine reale, konkrete Fehlvorstellung vom Inhalt seiner Erklärung hat.⁴³ Hier hatte D einfach gar nicht darüber nachgedacht, was der Inhalt der Nutzungsänderung ist und sich somit auch keine Vorstellung vom Inhalt seiner Erklärung gemacht. Für diese Fälle greift § 119 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ein.

aa. Anfechtungsgrund: Widerrechtliche Drohung gem. § 123 Abs. 1 BGB

Als Drohung in diesem Sinne kommt jedes Inaussichtstellen eines künftigen Übels in Betracht.⁴⁴ Das künftige Übel kann dabei immer nur auf Basis der bestehenden rechtlichen Ausgangslage bestimmt werden.⁴⁵ Daher kann auch die Nichterbringung einer vertragsmäßig geschuldeten Leistung ein solches Übel sein, wenn und soweit der Gläubiger auf diese Leistung bereits einen Anspruch hat.⁴⁶ Indem die V dem D den Zugang zur Plattform technisch durch eine entsprechende Nutzerführung erst nach der Erteilung des Einverständnisses zur Änderung der AGB wieder ermöglichte, machte sie implizit deutlich, dass anderenfalls die geschuldete Leistung nicht weiter erbracht werde. Dies hätte für den D durchaus ein empfindliches Übel bedeutet.⁴⁷

Hinweis: Eine andere Auffassung ist an dieser Stelle gut vertretbar. So ließe sich auch argumentieren, dass V dem D die Vertragsverletzung streng genommen nicht in Aussicht gestellt, sondern diese bereits begangen hat, da die Plattform ohne Zustimmung zu den neuen AGB schon nicht mehr nutzbar war.

Der BGH hat die Frage nach der Anfechtungsmöglichkeit nach § 123 Abs. 1 BGB offen gelassen, weil es im dortigen Fall an einer Anfechtungserklärung fehlte.⁴⁸ Allerdings bestätigt der BGH, dass eine Drohung mit einem empfindlichen Übel darin liegen könne, dass eine vertraglich geschuldete Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird.⁴⁹

Die angedrohte Vertragsverletzung müsste auch rechtswidrig sein. Dies kann sich aus dem Ziel, dem Mittel oder der

⁴³ BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.12.2022, § 119 Rz. 8 f.; zur »blinden Zustimmung« zu AGB: Staudinger/*Singer*, Neubearb. 2021, § 119 Rz. 26; Erman-BGB/*Arnold*, 16. Aufl. 2022, § 119 Rz. 19.

⁴⁴ St. Rtspr. BGH BeckRS 2017, 120505 Rz. 13; Staudinger/*Singer/v. Finckenstein*, Neubearb. 2021, § 123 Rz. 68; Erman-BGB/*Arnold*, 16. Aufl. 2020, § 123 Rz. 41; MüKo-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 123 Rz. 111.

⁴⁵ BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.12.2022, § 123 Rz. 138.

⁴⁶ Vgl. dazu näher BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.12.2022, § 123 Rz. 138, 162.2.

⁴⁷ *Raue* NJW 2022, 209, 213.

⁴⁸ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 47.

⁴⁹ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 45.

Zweck/Mittel-Relation ergeben. Das Nötigungsmittel ist dann rechtswidrig, wenn es gegen Rechtsvorschriften verstößt.⁵⁰ Dies wird auch im Falle der bloßen Androhung eines Vertragsbruchs angenommen, beispielsweise wenn ein Vertragspartner geänderte Rahmenbedingungen nutzt, um für eine vertraglich bereits geschuldete Leistung einen höheren Preis oder sonst bessere Konditionen zu erreichen.⁵¹ Zwar verfolgt V hier mit der nachträglichen Änderung der Nutzungsbedingungen ein legitimes Anliegen, nämlich auf der Plattform für einen respektvollen und sicheren Austausch zwischen den Nutzern zu sorgen und die Verbreitung von Fehlinformationen zu verhindern. Dieses Anliegen ist auch während der Vertragslaufzeit berechtigt und verschafft V keine einseitigen Vorteile. Jedoch kommt es bei der Nutzung eines rechtswidrigen Mittels nicht darauf an, ob ein legitimes Ziel verfolgt wird, sondern allein darauf, ob das angedrohte Verhalten gegen Rechtsvorschriften verstößt.⁵² Die Drohung des V mit einem Vertragsbruch ist daher auch rechtswidrig.⁵³

Hinweis: Eine andere Auffassung erscheint auch an dieser Stelle, insbesondere unter Berücksichtigung des legitimen Zwecks der Vertragsänderung, vertretbar.⁵⁴

bb. Anfechtungserklärung, § 143 BGB

Der D hat mit Schreiben vom 1. Februar 2023 auch die Anfechtung seiner Zustimmungserklärung zur Änderung der Nutzungsbedingungen erklärt (§ 143 Abs. 1 BGB). Eine Anfechtung wegen einer widerrechtlichen Drohung gemäß § 123 Abs. 1 BGB ist gemäß § 124 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nur binnen Jahresfrist ab dem Zeitpunkt der Beendigung der Zwangslage möglich. Dem D war ab dem Zeitpunkt der Zustimmung am 15. Januar 2022 die Nutzung des Netzwerkes wieder möglich. Auch musste D bei Auseinandersetzungen nicht zwingend mit einer neuerlichen Sperrung rechnen, da der Zustimmungsmechanismus über das Pop-Up-Fenster vorwiegend eingesetzt wird, um bei Einführung der neuen Nutzungsbedingungen alle bestehenden Nutzer zu erfassen. Eine Zwangslage bestand daher nicht mehr. Die Anfechtung

⁵⁰ Erman-BGB/*Arnold*, 16. Aufl. 2022, § 123 Rz. 45; BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.12.2022, § 123 Rz. 162.

⁵¹ So z. B. BGH NJW 1995, 3052; BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.12.2022, § 123 Rz. 138, 162; Erman-BGB/*Arnold*, 16. Aufl. 2020, § 123 Rz. 45.

⁵² Erman-BGB/*Arnold*, 16. Aufl. 2020, § 123 Rz. 45; BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.11.2022, § 123 Rz. 162.7.

⁵³ So auch *Raue* NJW 2022, 209, 213.

⁵⁴ In diese Richtung *Schütrumpf/Beer* ZJS 2022, 556, 558.

tungserklärung im Schreiben vom 1. Februar 2023 erfolgte über ein Jahr später. Sie war folglich verfristet.

Die Zustimmungserklärung des D wurde somit nicht wirksam angefochten gem. §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB.

c) Sittenwidrigkeit des Zustimmungsverlangens, § 138

Abs. 1 BGB

Die Zustimmungserklärung könnte aber aufgrund der Zwangslage, in die V den D mit ihrem Zustimmungsverlangen brachte, sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB sein. Soweit allerdings die Anstößigkeit eines Rechtsgeschäfts ausschließlich darauf beruht, dass ein Vertragspartner durch eine widerrechtliche Drohung zur Abgabe seiner Willenserklärung genötigt wurde, ist die Regelung in § 123 Abs. 1 BGB als Spezialregelung vorrangig.⁵⁵ § 138 Abs. 1 BGB ist nur dann neben § 123 Abs. 1 BGB anwendbar, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Rechtsgeschäft nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen lassen.⁵⁶

Derartige weitere Umstände sind hier nicht ersichtlich. Zwar könnte die Marktmacht der V zu berücksichtigen sein, die ein Machtgefälle zwischen den Vertragspartnern begründet und es dem D erschwert, auf eine andere Plattform auszuweichen. Die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung führt aber nicht automatisch zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts.⁵⁷ Vielmehr müsste sich V durch diese Ausnutzung des anderen Vertragsteils unangemessene Vorteile verschafft haben.⁵⁸ Dies ist hier nicht feststellbar, denn V verfolgte mit der Änderung der AGB lediglich den legitimen Zweck, ein respektvolles und sicheres Klima auf der Plattform zu gewährleisten. V handelte nicht zum Nachteil der Nutzer und verschaffte sich keine Vorteile. Ein Sittenverstoß liegt daher nicht vor.

d) Verbot überraschender Klauseln gem. § 305c BGB

Die neuen Vertragsbedingungen zur Löschung bestimmter, gegen die Gemeinschaftsstandards verstoßender Inhalte könnten ferner nach § 305c BGB nicht Vertragsbestandteil geworden sein. Das wäre der Fall, wenn es sich den neuen Vertragsbedingungen um eine überraschende Klausel handelt. Die Einführung von Gemeinschaftsstandards sowie die systematische Löschung von Hassrede, Fehlinformationen

und ähnlichen Beiträgen ist jedoch eine allgemeine Entwicklung, die alle sozialen Netzwerke erfasst. Sie beruht auf einer breit geführten öffentlichen Debatte um die Verantwortlichkeit sozialer Netzwerke für die Debattenkultur. Im Zuge dessen ist mit der Schaffung des NetzDG auch der Gesetzgeber bereits aktiv geworden. Vor diesem Hintergrund war die Einführung derartiger Vorgaben objektiv erwartbar, da es sich um eine für diesen Geschäftskreis übliche Gestaltung⁵⁹ handelt.⁶⁰

e) Zwischenergebnis:

§ 8 der Nutzungsbedingungen wurde durch den mit D geschlossenen Änderungsvertrag unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB wirksam in den Nutzungsvertrag einbezogen.

3. Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB

§ 8 der Nutzungsbedingungen könnte nach §§ 307 ff. BGB unwirksam sein, wenn die Klausel einer Inhaltskontrolle nicht standhält.

a) Kontrollfähigkeit der Klausel, § 307 Abs. 3 BGB

Die Klausel ist gemäß § 307 Abs. 3 BGB einer Inhaltskontrolle zugänglich, da die vereinbarten Löschungsvorbehalte über die gesetzlichen Verpflichtungen der V nach dem NetzDG hinausgehen. Der Inhalt der Klausel weicht somit von den gesetzlichen Regelungen ab. Auch betreffen die Regelungen nicht die Beschreibung der vertraglich geschuldeten Leistung, sondern sie konkretisieren und beschränken die Leistungspflicht des Unternehmers.⁶¹

b) Klauselverbote, §§ 308, 309 BGB

Ein Verstoß gegen die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB ist nicht ersichtlich.

⁵⁵ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 46; BGH NJW 2008, 982, 983; BGH NJW 1988, 2599, 2601.

⁵⁶ BGH NJW 2008, 982, 983; BGH NJW 2021, 3179 Rz. 46; BGH NJW 1988, 2599, 2601; *Stadler*, BGB AT, 21. Aufl. 2022, § 26 Rz. 43.

⁵⁷ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 48.

⁵⁸ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 48; *Staudinger/Fischinger*, Neubearb. 2021, § 138 Rz. 329.

⁵⁹ Vgl. dazu auch BeckOGK-BGB/*Bonin*, Stand: 01.12.2022, § 305c Rz. 41.

⁶⁰ Ebenso *Schütrumpf/Beer ZJS* 2022, 556, 559.

⁶¹ Als Leistungsbeschreibung sind der Inhaltskontrolle nur solche Vertragsbestimmungen entzogen, mangels derer der Vertrag wegen Unbestimmtheit unwirksam wäre. Überprüfbar bleiben daher Vertragsbestimmungen, die die Leistungspflichten »einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren«, BGH NJW 2018, 534 Rz. 15 m. w. N.

c) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

In Betracht kommt aber eine Unwirksamkeit der Klausel wegen einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Eine Klausel ist unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Dies verlangt nach einer umfassenden Interessenabwägung.

aa. Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Löschungsbefugnis gem. § 8 der Nutzungsbedingungen in das Grundrecht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG eingreifen kann. Zwar wirken die Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Privaten. Die Grundrechte sind aber als Teil der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes auch im Privatrecht zu berücksichtigen.⁶² Sie sind als verfassungsrechtliche Grundentscheidung insbesondere bei der Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln wie § 307 Abs. 1 BGB zu beachten und entfalten so mittelbare Drittwirkung im Privatrechtsverhältnis zwischen V und den Nutzern der Plattform.⁶³ Fraglich ist vor diesem Hintergrund, inwieweit Anbieter sozialer Plattformen Meinungsäußerungen unterbinden dürfen, die weder strafbar sind noch sonstige Rechte Dritter verletzen.

Dabei ist zwar zu berücksichtigen, dass die V als soziales Netzwerk die Rahmenbedingungen für eine Plattform der öffentlichen Kommunikation zur Verfügung stellt und so in ähnliche Funktionen hineinwächst, wie sie traditionell staatlichen Stellen zukommt.⁶⁴ Allerdings hat die V auch keine Monopolstellung inne, da sie nicht den Zugang zum Internet als Kommunikationsmedium, sondern nur zu einer Plattform zur Verfügung stellt. Eine staatsgleiche Bindung der V kann daher nicht angenommen werden.⁶⁵ Vielmehr ist die V auch selbst Trägerin von Grundrechten, die bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen sind. Die verschiedenen Grundrechtspositionen sind

nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.

Ob § 8 einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhält, hängt somit von einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Grundrechtspositionen der Parteien ab.

bb. Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen

Auf Seiten des D ist in erster Linie das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung zu berücksichtigen. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gibt das Recht, die eigene Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Hiervon zu unterscheiden sind Tatsachenbehauptungen, die anders als Meinungen wahr oder unwahr sein können. Sofern Tatsachenbehauptungen daher jeglicher Meinungsbezug fehlt, sind sie nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst.⁶⁶ Hingegen erstreckt sich der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auch auf Tatsachenaussagen, die Meinungsbezug haben und damit zur Meinungsbildung beitragen, sowie auf Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen und die insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden.⁶⁷ Unrichtige Informationen sind demgegenüber unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut.⁶⁸ Außerhalb des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG liegen aber nur bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen und solche, deren Unwahrheit bereits im Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft feststeht. Alle übrigen Tatsachenbehauptungen mit Meinungsbezug genießen nach der Rechtsprechung des BVerfG Grundrechtsschutz, auch wenn sie sich als unwahr herausstellen.⁶⁹

Der gelöschte Beitrag des D verknüpft (unwahre) Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der Wirkungen des Corona-Impfstoffs (Veränderung des Erbgutes, Gift) mit Elementen der Meinungsäußerung. Während die bereits im Zeitpunkt der Äußerung erwiesenen unwahren Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der Wirkweise des Impfstoffs keinen grundrechtlichen Schutz genießen, fällt jedenfalls die Kritik an der Pharmaindustrie und den beschleunigten Zulassungs-

⁶² BVerfG NJW 1958, 257, 257 – Lüth; BVerfG NJW 2004, 2008, 2009 – Ebenbürtigkeitsklausel und Eheschließungsfreiheit.

⁶³ Vgl. BVerfG NJW 2020, 300 Rz. 76 ff. – Recht auf Vergessen I; BVerfG NJW 1958, 257, 258 – Lüth; BGH NJW 2021, 3179 Rz. 54.

⁶⁴ BVerfG NJW 2020, 300 Rz. 88 – Recht auf Vergessen I; BVerfG NJW 2011, 1201 Rz. 59 – Fraport; Staudinger/Wendland, Neubearb. § 307 BGB Rz. 151.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 2021, 3179 Rz. 59.

⁶⁶ Der Schutz von Tatsachenbehauptungen endet dort, wo diese zur Meinungsbildung nichts beitragen können, BVerfG NJW 1994, 1779, 1779 – Auschwitzlüge.

⁶⁷ BVerfG NJW-RR 2017, 1001 – Volksverhetzung; vgl. dazu auch Beck-OK-GG/Schemmer, Stand: 15.11.2022, Art. 5 Rz. 6.

⁶⁸ BVerfG NJW 1994, 1779 – Auschwitzlüge; BVerfG NJW-RR 2017, 1001 – Volksverhetzung.

⁶⁹ BVerfG NJW 1999, 1322 – Scientology.

verfahren für die Corona-Impfstoffe in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

Aufseiten der V ist vor allem die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, aber auch die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu berücksichtigen. Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Diese »wesensmäßige Anwendbarkeit« ist bei Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG gegeben.⁷⁰ Allerdings hat die V als juristische Person ihren Sitz nicht in Deutschland, sondern in Irland. Aufgrund der vertraglichen Gewährleistung der europäischen Grundfreiheiten im Binnenmarkt und des allgemeinen Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) ist die Grundrechtsberechtigung inländischer juristischer Personen jedoch auch auf juristische Personen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat zu erstrecken.⁷¹

Die Berufsausübungsfreiheit schützt auch die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers darüber, welche Leistungen er am Markt anbietet und wie er diese ausgestaltet.⁷² V will mit den Nutzungsbedingungen dafür sorgen, dass die Plattform einen geschützten Raum darstellt, in dem sie allen Nutzern einen respektvollen und sicheren Austausch ermöglichen kann. Da Voice zum öffentlichen Meinungsaustausch genutzt wird, hat V auch ein Interesse an Seriosität, die durch eindeutige Falschinformationen in Frage gestellt würde. Diese Ziele sind für V auch insofern von Bedeutung, als sie sich aus Werbeeinnahmen finanziert und Werbekunden auf ein angenehmes Kommunikationsklima Wert legen. Die Nutzungsbedingungen dienen insoweit der Ausgestaltung der von V angebotenen Leistungen und fallen damit in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit. Zudem stellen die Nutzungsbedingungen sowie die Durchsetzung der Gemeinschaftsstandards aber auch eine Form der Kundgabe einer eigenen Meinung von V dar, die damit jed-

wede Hassrede verurteilt. Damit ist zugunsten der V auch der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG eröffnet. Zudem schützt Art. 5 Abs. 1 GG auch den Kommunikationsprozess als solchen, so dass auch die Verbreitung von fremden Meinungen in den Schutzbereich fällt.⁷³

Darüber hinaus können auch die grundrechtlich geschützten Interessen Dritter, namentlich der anderen Nutzer der Plattform in die Interessenabwägung im Rahmen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB einbezogen werden.⁷⁴ Dabei kommen insbesondere Beeinträchtigungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts anderer Nutzer durch Beiträge, die unter das Verbot der Hassrede fallen, in Betracht.

Berücksichtigt man diese Grundrechtspositionen der V, so kommt jedenfalls keine staatsgleiche Grundrechtsbindung gegenüber ihren Nutzern in Betracht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die V, wäre sie allein anhand der Vorgaben des NetzDG zur Entfernung von Beiträgen berechtigt, die einen Straftatbestand erfüllen, das Risiko der rechtlichen Beurteilung von kritischen Beiträgen ihrer Nutzer tragen würde. Die Abwägung der einander gegenüberstehenden Grundrechte und Interessen der Parteien sowie der einzubeziehenden Drittinteressen ergibt daher, dass V grundsätzlich berechtigt ist, den Nutzern ihres Netzwerks die Einhaltung bestimmter Kommunikationsstandards vorzugeben, die über die strafrechtlichen Vorgaben hinausgehen.

Allerdings muss V bei der Aufstellung derartiger Kommunikationsstandards auch den Grundrechten der von etwaigen Löschungen betroffenen Nutzer Rechnung tragen. Es muss daher sichergestellt werden, dass die Löschung von Beiträgen nicht willkürlich erfolgt und nachvollziehbar ist. Daher muss sichergestellt sein, dass V einen sachlichen Grund für die Löschung hat und keine bestimmten Meinungen strukturell benachteiligt.⁷⁵ Um dies sicherzustellen, müssen bestimmte Verfahrensvorgaben eingehalten werden.⁷⁶ So muss eine möglichst sorgfältige Aufklärung des Sachverhalts erfolgen, die regelmäßig eine Anhörung des betroffenen Nutzers einschließen sollte.⁷⁷ Die Anhörung des Nutzers bietet die Möglichkeit, eventuelle Missverständnisse hinsichtlich eines Beitrags aufzuklären. Dies kann im Falle unberechtigter Löschungen eine zügige Wiederzugänglichmachung des Beitrags ermöglichen. Den Grundrechten des Nutzers wird so die größtmögliche Geltung unter Abwä-

⁷⁰ Vgl. BVerfG NJW-RR 2004, 1710, 1711 – Göttinger Gruppe/Gerlach-Report; zu Art. 5 Abs. 1 GG BVerfG NVwZ 2000, 1281, 1282 – Kurdistan-Komitee; zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfG NJW 1967, 974, 975 – Arbeitsvermittlungsmonopol.

⁷¹ Dabei kann dahinstehen, ob die Gewährleistung der Berufsfreiheit für die P unmittelbar dem Art. 12 Abs. 1 GG zu entnehmen ist, oder ob Beschränkung des Wortlauts des Art. 12 GG auf Deutsche die gleiche Gewährleistung aus einer unionsrechtskonformen Auslegung des Art. 2 I GG folgt. Vgl. dazu BVerfG NJW 2016, 1436 Rz. 8ff; BeckOK-GG/Schemmer, Stand: 15.11.2022, Art. 5 Rz. 2; Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rz. 17 m. w. N. zum Streitstand; grundsätzlich zur Anwendungserweiterung der Grundrechte auf juristische Personen aus EU-Mitgliedsstaaten: BVerfG NJW 2011, 3428 Rz. 75 ff.

⁷² Vgl. BGH NJW 2021, 3179 Rz. 72 mit Verweis auf BVerfG NJW 1969, 499, 500 – Mühlengesetz; BVerfG NJW 2003, 1232, 1233 – Arzneimittelfestbeiträge; BVerfG NJW 1971, 368, 369.

⁷³ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 74.

⁷⁴ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 75.

⁷⁵ BVerfG NJW 2011, 1201 Rz. 103 – Fraport; BVerfG NJW 2018, 1667 Rz. 45 – Stadionverbot.

⁷⁶ So auch BVerfG NJW 2018, 1667 Rz. 46 – Stadionverbot.

⁷⁷ Vgl. näher hierzu BGH NJW 2021, 3179 Rz. 80ff.; ebenso bereits BVerfG NJW 2018, 1667 Rz. 46 – Stadionverbot.

gung mit den Interessen des Plattformbetreibers verschafft. Eine angemessene Berücksichtigung der Grundrechte der betroffenen Nutzer setzt daher ein Verfahren voraus, in dem die Plattformbetreiberin betroffene Nutzern über die Löschung eines Beitrags umgehend informiert, diesen die Möglichkeit zur Äußerung gibt und unter Berücksichtigung etwaiger Stellungnahmen den Fall erneut bewertet.⁷⁸ Ein solches Verfahren hat auch der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG für die Löschung von Beiträgen strafbaren Inhalts geregelt.

Diesen Anforderungen an einen interessengerechten Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen wird § 8 Nutzungsbedingungen nicht vollständig gerecht. Zwar knüpft V mit den Gemeinschaftsstandards, die u. a. Verbote von Hassrede, Mobbing und Missbrauch oder der Verbreitung von Falschinformationen vorsehen, die Löschung von Beiträgen an objektiv feststellbare sachliche Gründe, ohne bestimmte Meinungen zu diskriminieren. V hat sich aber in ihren Geschäftsbedingungen nicht darauf verpflichtet, die betroffenen Nutzer anzuhören oder auch nur über die Löschung ihrer Beiträge zu informieren. Vielmehr sieht § 8 keinerlei Stellungnahmeverfahren und keine Informationspflichten der V vor. Demgemäß hat auch D von dieser Löschung nur zufällig erfahren.

Da insoweit die Nutzungsbedingungen keinen gerechten Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen schaffen, liegt eine unangemessene Benachteiligung der Nutzer im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB vor.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist an dieser Stelle bei entsprechender Begründung selbstverständlich gut vertretbar. Auch kann keine solch tiefgehende grundrechtliche Diskussion erwartet werden; insbesondere müssen die vom BGH aufgestellten Verfahrensanforderungen in der Klausur nicht bekannt sein oder selbständig entwickelt werden.

Erwartet wird aber, dass die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB erkannt und die widerstreitenden Grundrechtspositionen, insbesondere Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG gegeneinander abgewogen werden. Auf diesem Wege sollten gute Bearbeiter zu einer begründeten Position hinsichtlich der Vertretbarkeit von über die Vorgaben des NetzDG hinausgehenden Löschungsvorbehalten gelangen. Sehr gute Bearbeiter sollten ferner auf die fehlenden Vorgaben in den Nutzungsbedingungen zur Information und Stellungnahmemöglichkeiten für betroffene Nutzer eingehen.

4. Zwischenergebnis

§ 8 der Nutzungsbedingungen ist daher unwirksam gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Somit erfolgte die Löschung des Beitrags

unberechtigt. Die V verletzte damit ihre Pflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB aus dem Nutzungsvertrag mit D.

Hinweis: Diese ausführliche AGB-Prüfung wäre auch durchzuführen, wenn oben eine andere Anspruchsgrundlage gewählt wurde. Im Rahmen eines Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 327i Nr. 1, 327l BGB könnte man den Einstieg in die AGB-Kontrolle über die Frage finden, ob die Nutzungsbedingungen eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 327e Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellen. Kommt die Prüfung danach mit dem BGH zur Unwirksamkeit des § 8 der Nutzungsbedingungen, fehlt eine vertragliche Grundlage zur Beitragslöschung, so dass diese einen Produktmangel aufgrund der Abweichung von den subjektiven Anforderungen darstellt (Kommunikations- und Austauschmöglichkeit, § 1 der Nutzungsbedingungen). D könnte mithin Nacherfüllung durch Wiederherstellung des Beitrags verlangen.

Neben der AGB-Kontrolle ergibt sich im Übrigen wohl kein Verstoß gegen § 327h BGB, der die Voraussetzungen negativer Beschaffenheitsvereinbarungen bestimmt. Man könnte zunächst auf die Idee kommen, dass Gemeinschaftsstandards eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung darstellen. Allerdings dürften Gemeinschaftsstandards keine negative Abweichung von den objektiven Produkthanforderungen darstellen. Im Rahmen der gewöhnlichen Verwendung und üblichen Beschaffenheit dürften durchschnittliche Nutzer einen gewissen Grad an Inhaltsmoderation auch unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit erwarten,⁷⁹ sodass die Gemeinschaftsstandards keine negative Abweichung von den objektiven Produkthanforderungen darstellen.

IV. Verschulden, § 280 Abs. 1 BGB

Das Verschulden der V wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Die V hat auch keinen Entlastungsbeweis erbracht.

V. Schadensersatz, § 249 Abs. 1 BGB

Dadurch, dass der Beitrag des D auf der Plattform Voice nicht mehr gespeichert ist und von den anderen Nutzern nicht mehr gelesen werden kann, ist dem D auch ein Schaden entstanden. Diesen hat V gem. § 249 Abs. 1 BGB durch Naturalrestitution zu beseitigen. V ist daher zur Wiederherstellung des Beitrags verpflichtet.

VI. Ergebnis:

D steht ein vertraglicher Anspruch gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 2 BGB auf Wiederherstellung des Beitrags zu.

⁷⁸ BGH NJW 2021, 3179 Rz. 84.

⁷⁹ MüKo-BGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, § 327e Rz. 58.