

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Recht der Digitalisierung
Universität Bielefeld, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Recht der Digitalisierung

Prof. Dr. Thomas Wischmeyer
Telefon +49 521 106 67651

thomas.wischmeyer@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/wischmeyer

Grundrechtliche Bindung privater Plattformbetreiber unter dem EU Digital Services Act

Rechtsgutachten im Auftrag der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

vorgelegt von

Prof. Dr. Thomas Wischmeyer

Stand: 25. April 2023

Zusammenfassung

1. Untersucht wird, ob und inwieweit die Maßstäbe, die der BGH für Moderationsentscheidungen von Plattformbetreibern unter Rückgriff auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes entwickelt hat, unter dem DSA weiterhin Bestand haben. Insbesondere ist zu klären, ob am Erfordernis eines „sachlichen Grundes“ festzuhalten ist, das im DSA keinen textlichen Niederschlag gefunden hat.
2. Gezeigt wird zunächst, dass die Grundrechte des Unionsrechts eine den Grundrechten des Grundgesetzes weitgehend vergleichbare Horizontalwirkung entfalten. Für den DSA folgt die Horizontalwirkung aus normhierarchischen Gründen nicht aus Art. 14 Abs. 4 DSA, sondern aus der GRC selbst.
3. Zwar hat der EuGH zur Horizontalwirkung der Grundrechte der GRC bisher nur in Einzelfällen Stellung genommen und programmatische Aussagen vermieden. Extrapoliert man die in der Judikatur angelegten Maßstäbe, ähnelt das Bild jedoch stark der deutschen Rechtslage. Insbesondere sind in der EuGH-Judikatur keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Horizontalwirkung auf bestimmte Handlungsformen des Unionsrechts, besondere Materien wie das Arbeitsrecht oder spezielle Grundrechte beschränkt wäre.
4. Was das Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und Nutzenden betrifft, verlangen insbesondere die Meinungsfreiheit (Art. 11 GRC) sowie das Recht auf Nichtdiskriminierung (Art. 21 Abs. 1 GRC) im Wege der Horizontalwirkung Beachtung. Deren Schutz wird nur dann ausreichend Rechnung getragen, wenn sich Beschränkungen auf einen sachlichen Grund stützen lassen. Im Ergebnis sind die Anforderungen, die sich aus der GRC für das Handeln privater Plattformbetreiber ableiten lassen, weitgehend deckungsgleich mit jenen, die der BGH aus den Grundrechten des Grundgesetzes hergeleitet hat. Art. 14 Abs. 4 DSA trägt dem einfachrechtlich Rechnung.
5. Auch wenn den einschlägigen Charta-Grundrechten somit eine annähernd ergebnisgleiche Horizontalwirkung zukommt, ist abschließend zu klären, ob für die am Grundgesetz orientierte Rechtsprechung des BGH Raum bleibt – oder ob der BGH mit Inkrafttreten des DSA das grundrechtliche Fundament seiner Judikatur auswechseln muss. Dies richtet sich nach der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG danach, ob das innerstaatliche Recht durch das Unionsrecht vollständig determiniert wird. Für die von Art. 14 Abs. 4 DSA geregelten Fragen ist dies der Fall. Im Ergebnis wird daher hier das GG durch die GRC verdrängt.
6. Insgesamt lässt sich festhalten, dass Art. 14 Abs. 4 DSA im Ergebnis zu keinen wesentlichen Veränderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage führt. Allerdings

ändert sich das normative Fundament der grundrechtlichen Abwägung. Diese stützt sich nunmehr auf die GRC statt auf das GG.

I. Hintergrund und Fragestellung des Gutachtens

1. Der **Bundesgerichtshof** (BGH) hat 2021 in zwei Grundsatzurteilen entschieden, dass Anbieter sozialer Netzwerke bei der Gestaltung ihrer Nutzungsbedingungen grundrechtlichen Bindungen unterliegen können.¹ Orientiert an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht² begründet der BGH dies mit der „**mittelbaren Drittwirkung**“ der Grundrechte.³ Konkret leitet der BGH aus der Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzenden (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) materielle und formelle Vorgaben für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ab, die die Entfernung von (rechtmäßigen) Inhalten und die Sperrung von Nutzerkonten regeln.

2. In **materieller** Hinsicht verlangt der BGH, dass für die Entfernung und Sperrung ein **sachlicher Grund** vorliegt: „Die Bekl. darf die aus ihrer strukturellen Überlegenheit folgende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, *willkürlich* einzelne Meinungsäußerungen zu untersagen [...]. Das folgt auch daraus, dass die Kommunikationsplattform [...] keine thematische Begrenzung vorsieht, sondern dem allgemeinen Kommunikations- und Informationsaustausch dient. [...] [Daher] wäre etwa ein Verbot der Äußerung von *bestimmten* politischen Ansichten mit dem Grundrecht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung und dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren“.⁴ Ein willkürfreier sachlicher Grund dürfte insbesondere dann vorliegen, wenn Rechte Dritter betroffen sind.⁵ Die von den Netzwerken ausgesprochen Sanktionen müssen zudem **verhältnismäßig** sein.⁶ Bei alledem erkennt der BGH an, dass die Unternehmen eigene grundrechtliche Belange anführen können, was insbesondere für ihre Befugnis zur Entfernung

¹ BGH, Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 (NJW 2021, 3179) und III ZR 192/20 (ZUM-RD 2021, 612); nochmals bestätigt durch BGH, Urt. v. 27.1.2022 – III ZR 12/21.

² Grundlegend BVerfGE 7, 198 – *Lüth*; siehe ferner nur BVerfG NJW 2015, 2485 Rn. 6 – *Bierdosen-Flashmob*; BVerfGE 148, 267 Rn. 32 – *Stadionverbot*; NJW 2019, 1935 Rn. 15 – *III. Weg*; BVerfGE 152, 152 Rn. 85 f. – *Recht auf Vergessen I*.

³ Die dogmatische Kategorie der „mittelbaren“ Drittwirkung wird im Folgenden nicht weiter problematisiert. Siehe dazu aus jüngerer Zeit etwa *Hellgardt* JZ 2018, 901; *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020; *Neuner* NJW 2020, 1851.

⁴ BGH NJW 2021, 3179 Rn. 81 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵ *Rave* JZ 2022, 232 (236).

⁶ *Rave* JZ 2022, 232 (236 f.): Pflicht zur Schaffung eines abgestuften Sanktionskonzepts durch Netzwerke, abhängig etwa von Häufigkeit und Dauer der Verstöße.

rechtmäßiger Inhalte von Bedeutung ist.⁷ Notwendig ist zudem, dass die in den Nutzungsbedingungen enthaltenen Entfernungsvorbehalte „nicht an bloß subjektive Einschätzungen oder Befürchtungen“ der Betreiber anknüpfen, sondern „an objektive, überprüfbare Tatbestände“⁸.

3. Die Beachtung der materiellen Kriterien wird **prozedural abgesichert**: „Mit der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung der einander gegenüberstehenden Grundrechte und dem aus ihr abgeleiteten Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Entfernung einzelner Beiträge verbinden sich verfahrensrechtliche Anforderungen. Insbesondere müssen Netzwerkbetreiber [...] die ihnen zumutbaren Anstrengungen zur *Aufklärung* des Sachverhalts unternehmen [...]. Hier stellt die *Anhörung* des Äußernden ein wichtiges Mittel der Aufklärung dar.“⁹

4. Mit Inkrafttreten des Digital Services Act (DSA) der Europäischen Union (EU) steht in Frage, inwieweit diese Rechtsprechung weiterhin Wirkung entfaltet. *Peter Allgayer*, Richter am BGH, hat in einem Meinungsbeitrag der verbreiteten Auffassung Ausdruck verliehen, wonach die **Entscheidungen des BGH durch Inkrafttreten des DSA „überholt“** sind, da der DSA „neben Vorschriften zur Gestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie deren Anwendung und Durchsetzung auch solche zu Melde- und Abhilfeverfahren bei möglicherweise rechtswidrigen Inhalten und Straftaten“ enthält.¹⁰ Tatsächlich sieht der DSA weitreichende Verpflichtungen für Anbieter von Vermittlungsdiensten (*providers of intermediary services*) vor, die teilweise, aber womöglich nicht vollständig, dem Pflichtenprogramm des BGH entsprechen. Darüber hinaus enthält **Art. 14 Abs. 4 DSA** eine Klausel, die Anbieter von Vermittlungsdiensten, ähnlich den Vorgaben des BGH, auf die Grundrechte verpflichtet, freilich auf die Grundrechte des Unionsrechts:

⁷ *Raue* JZ 2022, 232 (233). Zur zuvor teils anders gelagerten instanzgerichtlichen Rspr. siehe die Nachw. bei *Janal*, Impacts of the Digital Services Act on the Facebook „Hate Speech“ decision by the German Federal Court of Justice, in: *Raue/von Ungern-Sternberg* (Hrsg.), Content Regulation in the European Union, i.E., Ms. S. 2 ff.

⁸ BGH NJW 2021, 3179 Rn. 82.

⁹ BGH NJW 2021, 3179 Rn. 83 (Hervorhebungen hinzugefügt); weiter konkretisiert ebd. Rn. 85. Vgl. entsprechend bereits für verfahrensrechtliche Anforderungen für die Ausübung des zivilrechtlichen Hausrechts BVerfGE 148, 267 Rn. 47 – *Stadionverbot*: Betroffenen muss das Recht eingeräumt werden „sich mit den Vorwürfen auseinanderzusetzen und ihre Rechte unter Darlegung ihrer Sichtweise rechtzeitig geltend zu machen“.

¹⁰ *Allgayer*, F.A.Z. v. 10.2.2023, <https://zeitung.faz.net/faz/medien/2023-02-10/f3461af315e914284c0a7ca0ca87ec0f/>.

„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.“¹¹

Die **Bewertung des Art. 14 DSA** in der Literatur **differiert**. Teils wird der Norm, insbesondere Absatz 4, ein „revolutionäres Potential“ zugesprochen.¹² Andere bezweifeln, dass Art. 14 DSA, einschließlich des Absatzes 4, eine angemessene Konkretisierung des Unionsprimärrechts, insbesondere der Unionsgrundrechte, darstellt.¹³ Bemerkenswert ist insbesondere, dass die Klausel die Grundrechte der Nutzenden besonders hervorhebt, die der Unternehmen und Betroffenen hingegen nicht ausdrücklich erwähnt.

5. Vor diesem Hintergrund adressiert das vorliegende Gutachten, das für die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) erstellt wird, **folgende Fragen**:

- (1) Ergibt sich aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) und/oder aus Art. 14 Abs. 4 DSA eine Grundrechtsbindung von Plattformen, die mit den vom Bundesgerichtshof zu Facebook festgestellten Verpflichtungen vergleichbar ist? Bedarf es insbesondere eines sachlichen Grunds, wenn eine Plattform Maßnahmen gegenüber ihren Nutzer:innen ergreift?
- (2) Führt Art. 14 Abs. 4 DSA dazu, dass bei privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen Plattformen und Nutzer:in über Beschränkungen die GRC, und nicht wie bislang die Grundrechte des GG maßgeblicher Maßstab ist? Verbleibt noch ein Anwendungsbereich für die Rechtsprechung des BGH zur mittelbaren Drittwirkung im Bereich des DSA?

¹¹ Im Kommissionsentwurf (COM(2020) 825 final) firmierte die Norm als Art. 12 Abs. 2 DSA-E. Dazu dass in der deutschen Sprachfassung der in anderen Sprachen enthaltene Zusatz fehlt, wonach die dort genannten Rechte „angemessen“ zu berücksichtigen sind, siehe *Raue*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023 (i.E.), Art. 14 DSA Rn. 88.

¹² *Quintas/Appelman/Fathaigh* GLJ 2023 SSRN (i.E.), 1.

¹³ *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* CMLR 2021, 987 (1013 f.). Skeptisch auch *Wendel*, Taking or Escaping Legislative Responsibility?, in: *Raue/von Ungern-Sternberg* (Hrsg.), Content Regulation in the European Union, i.E., 3.3.1.

6. Eine Detailanalyse der im DSA statuierten Pflichten steht somit nicht im Vordergrund dieses Gutachtens. Auch die den Mitgliedstaaten verbleibenden Handlungsspielräume für die Regulierung von Online-Plattformen bzw. die Reichweite der Sperrwirkung des DSA werden nicht umfassend analysiert.¹⁴ Das Gutachten zielt vielmehr allein darauf, die (unions-)grundrechtlichen Rahmenbedingungen, auf die der DSA und seine Anwendung verpflichtet sind, zu klären (→ II.) und zu analysieren, wie sich Art. 14 Abs. 4 DSA auf das Prüfungsprogramm der mitgliedstaatlichen Gerichte auswirkt (→ III.).

¹⁴ Dazu u.a. *Cole/Ukrow*, Der EU Digital Services Act und verbleibende nationale (Gesetzgebungs-)Spielräume, 2023.

II. Zur Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte

7. Die Grundrechte des Unionsrechts regeln in erster Linie das **vertikale Verhältnis** von Union und Unionsbürgern einerseits sowie von Union und Mitgliedstaaten andererseits. Dementsprechend sind die Organe der Union bei der Plattformregulierung unmittelbar an die Grundrechte, insbesondere an die in der GRC niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze, gebunden (Art. 6 Abs. 1 EUV). Art. 51 Abs. 1 GRC regelt, dass dies auch für die Mitgliedstaaten gilt, soweit diese Unionsrecht durchführen.

8. Inwieweit die Unionsgrundrechte auch **horizontale Wirkung** entfalten, also im Falle von Streitigkeiten, die zwischen zwei oder mehr privaten (und damit jeweils grundrechtsberechtigten) Parteien entstehen, Beachtung verlangen, ist im Unionsprimärrecht nicht ausdrücklich geregelt. Während sich im deutschen Verfassungsrecht früh die Auffassung durchgesetzt hat, dass die Grundrechte in dieser Konstellation eine – von der unmittelbaren Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte nach ganz herrschender Auffassung zu unterscheidende – mittelbare Drittwirkung entfalten,¹⁵ **hält sich der EuGH** hierzu bislang **mit programmatischen Aussagen zurück**. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob und inwieweit die Unionsgrundrechte zwischen Privaten Geltung beanspruchen (→ II.2.) und wie sich dies auf den DSA auswirkt (→ II.3.). Vorab ist zu erörtern, ob im Falle des DSA eine horizontale Wirkung der Unionsgrundrechte womöglich bereits sekundärrechtlich durch den ausdrücklichen Verweis des Art. 14 Abs. 4 DSA auf die GRC angeordnet worden ist (→ II.1.).

1. Vorab: Kann Art. 14 Abs. 4 DSA die Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte begründen?

9. **Art. 14 DSA** schränkt die unternehmerische Freiheit der Anbieter von Vermittlungsdiensten ein und stellt Anforderungen an die Gestaltung von AGBs, die die Moderation von Inhalten durch die Dienste betreffen. Die Norm enthält Transparenzpflichten (Abs. 1), Informationspflichten (Abs. 2) und Schutzvorschriften für Minderjährige (Abs. 3) sowie nochmals qualifizierte Transparenzvorgaben für sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen (Abs. 5 und 6). Diese **„Beschränkungen“** gelten gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 DSA für alle „Leitlinien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeuge“, die die Anbieter „zur Moderation von Inhalten [einsetzen], einschließlich der algorithmischen Entscheidungsfindung und der menschlichen Überprüfung“. In diesem Kontext ordnet Art. 14 Abs. 4 DSA an, dass bei der „Anwendung und Durchsetzung der in Absatz 1 genannten

¹⁵ Vgl. die Nachweise → Fn. 2.

Beschränkungen“ die „Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind“, zu berücksichtigen sind.

10. Ungeachtet der Frage, welches Pflichtenprogramm Art. 14 Abs. 4 DSA für die Anbieter implementiert (→ Rn. 37 ff.), ist hier zunächst zu diskutieren, ob die Norm für sich die **Horizontalwirkung** der Unionsgrundrechte **begründen kann**.¹⁶ Dies wird in der Literatur vorsichtig erwogen.¹⁷ Im Ergebnis ist dies jedoch **eindeutig abzulehnen**.

11. Dabei wird nicht verkannt, dass Grundrechte ihre praktische Wirkung vielfach erst entfalten, wenn sie durch den einfachen Gesetzgeber **konkretisiert** werden. Dies ist aus dem nationalen Recht bekannt.¹⁸ Einzelne Grundrechte sind sogar in besondere Weise **ausgestaltungsbedürftig**, d.h. aufgrund ihrer „Normprägung“ auf den einfachen Gesetzgeber angewiesen.¹⁹ Als typischer Fall gilt das Eigentumsrecht (Art. 14 GG; Art. 17 GRC). Die GRC enthält darüber hinaus einzelne Garantien, in denen der Charta-Geber bestimmten individualschützenden Regelungen des Sekundärrechts einen grundrechtlichen Rang verliehen hat. Hierzu zählen etwa Art. 27 GRC (Recht auf Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen) und Art. 30 GRC (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung) (hierzu näher → Rn. 19, 21).

12. Diese Verflechtung darf allerdings nicht über die die grundlegende normative Architektur des Unionsverfassungsrechts hinwegtäuschen: Danach ist der **Unionsgesetzgeber durch das Primärrecht gebunden** und kann über dieses **nicht disponieren**.²⁰ Ebenso wenig wie sich der Unionsgesetzgeber seiner grundrechtlichen Verpflichtungen durch Sekundärrecht entledigen kann, kann er grundrechtliche Bindungen mit primärrechtlicher Wirkung für sich selbst oder Dritte anordnen, ohne dass dies – wie etwa bei Art. 27 GRC – seine Grundlage im Primärrecht hat. Hieran ändert Art. 51 Abs. 1 GRC nichts, soweit dort die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte von der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Sekundärrechts abhängig gemacht wird; diese (primärrechtliche) Regelung betrifft föderale Aspekte, nicht das Verhältnis von Unionsverfassungs- und Unionsgesetzgeber. Zusammengefasst: Art. 14 Abs. 4 DSA

¹⁶ Entsprechende Fragen stellen sich auch andernorts im Unionssekundärrecht, etwa bei Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Zur DSGVO siehe *Denga* EuR 2021, 569 (594); *Röhling/Weil*, in: Schrör et. al. (Hrsg.), Entscheidungsträger im Internet, 2022, S. 151 (158). Allgemein auch *Raue*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023 (i.E.), Art. 14 DSA Rn. 18 m.w.N.; *Quintas/Appelman/Fathaigh* GLJ 2023 SSRN (i.E.), 11.

¹⁷ Als Frage formuliert bei *Achleiter*, Revision der Grenzen der Meinungsfreiheit?, in: Bajilicz et. al. (Hrsg.), Recht im Umbruch – Umbruch im Recht, 2022, S. 3 (24) m.w.N.

¹⁸ Grundlegend *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.

¹⁹ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009; *Mischl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, insbes. S. 80 ff.

²⁰ Ebenso *Wendel* (Fn. 13), 3.3.1.

hat, was eine mögliche Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte betrifft, keine konstitutive, sondern **nur deklaratorische Qualität**.²¹ Das hindert selbstverständlich nicht, Art. 14 Abs. 4 DSA als Bekräftigung der sich womöglich aus der Charta selbst ergebenden Bindung der Dienstanbieter an die Grundrechte zu verstehen. Dieser Bindung ist nun nachzugehen.

2. Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte: Grundlagen und Grenzen

13. Da die Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte nicht durch Sekundärrecht angeordnet werden kann, ist zu klären, ob und inwieweit die **Unionsgrundrechte aus sich heraus** zwischen Privaten Geltung beanspruchen. Der **EuGH** hat sich hierzu, wie erwähnt, **nicht abschließend geäußert**; gerade bei den bei der Plattformregulierung besonders relevanten Grundrechten, allen voran bei der Meinungsfreiheit (Art. 11 GRC), hat der EuGH noch nicht ausdrücklich auf deren Horizontalwirkung Bezug genommen. Dennoch lassen sich der Judikatur Anhaltspunkte entnehmen, die klar darauf hindeuten, dass den Unionsgrundrechten insgesamt im Ergebnis eine den Grundrechten des Grundgesetzes weitgehend identische Wirkung in Privatrechtsverhältnissen zukommt. Im Einzelnen:

a) Horizontalwirkung als „alter und gefestigter Gedanke“ des Unionsrechts

14. Den Gedanken einer Horizontalwirkung individualschützender primärrechtlicher Garantien hat der EuGH zunächst im Kontext der **Grundfreiheiten** entwickelt. So hat der Gerichtshof 1974 in *Walrave* die Bindung eines privaten Sportverbandes an die Dienstleistungsfreiheit unter Verweis auf *effet utile*-Erwägungen bejaht.²² Diese Argumentation wurde später unter anderem in der *Bosman*-Entscheidung aufgegriffen²³ und dann auch auf die Niederlassungsfreiheit erstreckt.²⁴ Zur Horizontalwirkung der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs hat zumindest Generalanwältin *Trstenjak* befürwortend Stellung genommen.²⁵ Umstritten ist der Status der Horizontalwirkung

²¹ Wichtige Folge dessen ist, dass der Katalog der in Art. 14 Abs. 4 DSA genannten Grundrechte nicht als abschließend zu verstehen ist; dazu weiter → Rn. 33 f. So im Ergebnis auch *Röhling/Weil* (Fn. 16), S. 162 f.; *Quintas/Appelman/Fathaigh* GLJ 2023 SSRN (i.E.), 19.

²² EuGH, Urt. v. 12.12.1974, C-36/74, Rn. 16/19 – *Walrave*; hierzu auch *Unsel*, Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten, 2018, S. 133 ff. Zur Bedeutung des *effet utile* in diesem Zusammenhang siehe auch *Prechal* *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66 (2020), 407 (411 f.).

²³ EuGH, Urt. v. 15.12.1995, C-415/93, Rn. 82 – *Bosman*.

²⁴ EuGH, Urt. v. 11.12.2007, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 33 ff., 61 – *Viking*.

²⁵ *Trstenjak*, Schlussanträge v. 28.03.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176, Rn. 44 – *Fra.bo*. Siehe auch *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, 62022, Art. 36 AEUV Rn. 114.

bei der Warenverkehrsfreiheit; die Entscheidungen des EuGH hierzu sind nicht eindeutig.²⁶

15. Aufgrund **normstruktureller Parallelen** von Grundfreiheiten und Grundrechten hat dieser Befund zumindest eine **Indizwirkung** für die Existenz einer Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte. Dass sich die Grundfreiheiten primär an die Mitgliedstaaten und nur ausnahmsweise an die Organe der EU selbst richten, während die Unionsgrundrechte primär die Organe der EU und nur ausnahmsweise die Mitgliedstaaten im Blick haben, spricht nicht gegen eine prinzipielle Übertragbarkeit der Figur der Horizontalwirkung von den Grundfreiheiten auf die Grundrechte.²⁷

16. Auch **weiteren Bestimmungen des Primärrechts** hat der EuGH Horizontalwirkung zuerkannt; primärrechtswidriges nationales Recht musste deswegen unangewendet bleiben.²⁸ Dies betrifft zum einen die Vorgängervorschrift des heutigen Art. 157 AEUV („gleiches Entgelt für Männer und Frauen“).²⁹ Zum anderen gilt dies für das Verbot der Altersdiskriminierung, laut EuGH ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts (der heute teilweise in Art. 21 GRC aufgegangen ist), dessen Horizontalwirkung in den Grundsatzentscheidungen *Mangold*³⁰ und *Kücükdeveci*³¹ bestätigt wurde.³² Diesen Entscheidungen lässt sich erneut entnehmen, dass der EuGH die horizontale Anwendbarkeit einer Norm des Primärrechts insbesondere anhand des jeweiligen **Normzwecks** und mit Blick auf die **Effektivität** bestimmt.³³

17. In diesem Sinne hat der EuGH in jüngerer Zeit in mehreren Entscheidungen auch einzelnen **Grundrechten der Charta** ausdrücklich Horizontalwirkung zuerkannt. Zwei Entscheidungen sind hervorzuheben:

²⁶ Eine Drittwirkung ablehnend (jedoch gleichwohl auf eine staatliche Schutzpflicht als Lösung abstellend) *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 62022, Art. 36 AEUV Rn. 15, 114, 225 f. m.w.N. auch zur Gegenauffassung, die eine Drittwirkung bejaht, insbes. auf *Müller-Graff* EuR 49 (2014), 3 (15 f.).

²⁷ Dazu näher *Unsel* (Fn. 22), S. 142.

²⁸ Soweit in den Fällen das nationale Recht zugleich gegen eine Richtlinie verstieß, hatte dies nicht die gleiche Rechtsfolge, da die Richtlinie zwischen Privaten keine Wirkung entfaltet, dazu gleich → Rn. 17 und 23, sowie *Kamanabrou*, Der Einfluss der Grundrechte-Charta auf das deutsche Arbeitsrecht, in: Heiderhoff/Lohse/Schulze (Hrsg.), EU-Grundrechte und Privatrecht – EU Fundamental Rights and Private Law, 2016, 167 (175 ff., 187 ff.).

²⁹ EuGH, Urt. v. 08.04.1976, C-43/75, Rn. 30/34, 40 – *Defrenne II*.

³⁰ EuGH, Urt. v. 22.11.2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – *Mangold*.

³¹ EuGH, Urt. v. 19.01.2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 – *Kücükdeveci*.

³² Dazu näher *Frantziou* CYELS 2020, 208 (215).

³³ *Unsel* (Fn. 22), S. 139.

- *Egenberger* (2018): Nach einer europarechtswidrigen Regelung des deutschen Antidiskriminierungsrechts konnten Gerichte nur eingeschränkt prüfen, ob die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit vorlagen. Der EuGH entschied, dass in Fällen, in denen das nationale Recht wegen des contra legem-Verbots nicht richtlinienkonform ausgelegt werden kann,³⁴ Art. 21 und Art. 47 GRC auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten unmittelbar anwendbar sind; einer konkretisierenden sekundärrechtlichen Regelung bedürfe es hierfür nicht.³⁵ Außer dem Verweis auf den „zwingenden Charakter“ des Art. 21 GRC und die Tatsache, dass Art. 21 und Art. 47 GRC „aus sich heraus Wirkung entfalte[n] und nicht durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden“ müssen, enthält die Entscheidung keine nähere Begründung für die Horizontalwirkung.³⁶ Aus der Horizontalwirkung folgert der Gerichtshof, dass in die Abwägung die (grund-)rechtlichen Interessen aller Beteiligten und die Wertungen des Sekundärrechtsgesetzgebers einzubeziehen sind.³⁷ Im Ergebnis wird hier das **Verbot der contra legem-Auslegung richtlinienwidrigen Rechts** der Mitgliedstaaten durch den Rekurs auf die Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte **umgangen**.³⁸
- *Bauer und Broßonn* (2018): Nach einem unionsrechtswidrigen deutschen Gesetz fielen Urlaubsansprüche nicht in die Erbmasse, sodass die Rechtsnachfolger:innen Verstorbener keinen Anspruch auf nachträgliche Vergütung hatten. Im vorliegenden Fall musste der EuGH klären, was hieraus für das Rechtsverhältnis zwischen Privaten folgte.³⁹ Da eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts erneut nicht möglich war (contra legem), stand in Frage, ob die Richtlinie unmittelbar zwischen Privaten Wirkung entfaltet. Dies verneint die st. Rspr., unter anderem weil sonst der Unterschied zwischen dem Instrument der

³⁴ Zum Kontext des Falls – der Weigerung des dänischen Obersten Gerichts, die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 – *Dansk Industri* Folge zu leisten – Kulick (Fn. 3), S. 68 f.

³⁵ EuGH, Urte. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 76-78 – *Egenberger*.

³⁶ EuGH, Urte. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 76, 78 – *Egenberger*.

³⁷ EuGH, Urte. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 80 f. – *Egenberger*.

³⁸ Die Fall *Egenberger* ist (immer) noch Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, in dem die EuGH-Entscheidung auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassungsidentität und dem Ultra-Vires-Grundsatz überprüft wird (Az: 2 BvR 934/19). Diese Fragen bleiben hier ausgeblendet.

³⁹ EuGH, Urte. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871 – *Bauer und Broßonn*.

Verordnung und der Richtlinie verwischt würde.⁴⁰ Allerdings erkannte der EuGH in *Bauer und Broßonn* darauf, dass das Recht auf Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 GRC) als wesentlicher Grundsatz der Sozialordnung der Union „zwingenden Charakter“ hat.⁴¹ Die Norm bedürfe insbesondere keiner weiteren Konkretisierung.⁴² Hieraus schließt der EuGH, dass die Bestimmung auch Wirkung zwischen Privaten entfaltet; er verweist ferner darauf, dass der Anspruch von Arbeitnehmer:innen auf bezahlten Urlaub „schon seinem Wesen nach mit einer entsprechenden Pflicht des Arbeitgebers einhergeht“.⁴³ Folge dessen ist, dass entgegenstehendes nationales Recht unangewendet bleiben muss.⁴⁴ Erneut wird hier das **Verbot der contra-legen-Auslegung** sowie die **beschränkte unmittelbare Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten** durch den Rekurs auf die Horizontalwirkung der Grundrechte „übertrumpft“.

Darüber hinaus nimmt der EuGH in *Bauer und Broßonn* eindeutig und abschlägig zu dem teils pauschal gegen die Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte angeführten Argument Stellung, Art. 51 Abs. 1 GRC regle den Adressatenkreis der GRC abschließend und nenne dabei Private nicht.⁴⁵ Art. 51 Abs. 1 GRC trifft jedoch, wie der EuGH überzeugend ausführt, „keine Regelung darüber, ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und kann demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre.“⁴⁶ Die Regelungswirkung des Art. 51 Abs. 1 GRC beschränkt sich vielmehr auf das vertikale Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten.⁴⁷

⁴⁰ Zu der stark kasuistischen Rechtsprechung näher *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 62022, Art. 288 Rn. 58 ff.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 83 – *Bauer und Broßonn*.

⁴² Vgl. *Schlachter* ZESAR 2019, 53 (57). Kritisch dazu *Wank* RdA 2020, 1 (8).

⁴³ EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 90 – *Bauer und Broßonn*.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 91 f. – *Bauer und Broßonn*.

⁴⁵ Vgl. etwa *Trstenjak*, Schlussanträge v. 08.09.2011, C-282/10, ECLI:EU:C:2011:559, Rn. 128 – *Dominguez*. Nachweise bei *Unsel* (Fn. 22), S. 226; *Denga* EuR 2021, 569 (585). Dagegen unter Verweis auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte: *Kainer* NZA 2018, 894 (898); *Frantziou*, The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union, 2019, S. 72; *Frantziou* EuConst 15 (2019), 306 (317); *Prechal* Revista de Derecho Comunitario Europeo 66 (2020), 407 (418); *Krause* CMLR 58 (2021), 1173 (1195 f.).

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 87 – *Bauer und Broßonn*.

⁴⁷ Ausführlich auch *Cruz-Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 28-32 – *AMS*; *Lenaerts*, The Role of the Charter in the Member States, in: Bobek/Adams-Prassl (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States, 2020, S. 19 (25).

- Weitere Entscheidungen des EuGH, die im Kern analog zu *Egenberger* und *Bauer und Broßonn* operieren, sind *IR* (2018)⁴⁸, *Max-Planck-Gesellschaft* (2018)⁴⁹ und *Cresco* (2019)⁵⁰.

18. Zur relevanten EuGH-Judikatur zählen auch Entscheidungen, die in der europarechtlichen Literatur nur teilweise mit der Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte in Verbindung gebracht werden, wohl weil der EuGH darin nicht ausdrücklich auf diese Figur Bezug nimmt. In einer Reihe von Entscheidungen hat der EuGH den Mitgliedstaaten aufgegeben, bei der **Auslegung unionsrechtlicher Normen, die auf Privatrechtsverhältnisse einwirken**, etwa solchen des Urheber- und des Datenschutzrechts, die Grundrechte der einen Seite mit entgegenstehenden Grundrechten der anderen Seite auf der Basis des maßgeblichen Fachrechts in Ausgleich zu bringen.⁵¹ Hierzu heißt es in einer jüngeren Entscheidung, dass das nationale Gericht „im Rahmen der Abwägung, die es zwischen den [durch die Richtlinie den Urhebern einerseits und den Nutzer:innen andererseits eingeräumten Rechten] anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorzunehmen hat, auf eine Auslegung dieser Bestimmungen stützen muss, die unter Achtung ihres Wortlauts und unter Wahrung ihrer praktischen Wirksamkeit mit den durch die Charta gewährleisteten Grundrechten voll und ganz im Einklang steht.“⁵² Dabei nimmt der Gerichtshof ausdrücklich auf die durch Art. 11 GRC garantierte Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit Bezug. Dass der EuGH in dieser und weiteren Entscheidung das (unionale) Gesetzesrecht für hinreichend flexibel hielt, um den geforderten grundrechtlichen Abwägungen Raum zu geben, insofern also – anders als in *Bauer und Broßonn* – den (nationalen) Gesetzgeber nicht korrigiert hat, ändert nichts daran, dass hier eine Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte vorausgesetzt

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 11.09.2018, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – *IR*. Die Entscheidung wiederholt auf der Linie von *Egenberger*, dass Art. 21 GRC auch im horizontalen Verhältnis wirkt.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 – *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.* Die Entscheidung wurde am gleichen Tag wie *Bauer und Broßonn* getroffen und wiederholt die dortige Argumentation; sie bezieht sich ebenfalls auf Art. 31 Abs. 2 GRC.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 22.01.2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 – *Cresco Investigation GmbH*. Die Entscheidung überträgt die in *Bauer und Broßonn* entwickelte Argumentation auf Art. 21 Abs. 1 GRC.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 29.01.2008, C-275/06 u.a., ECLI:EU:C:2008:54, Rn. 65 ff. – *Promusicae*; EuGH, Urt. v. 16.12.2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 53 ff. – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*; EuGH, Urt. v. 16.7.2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485, Rn. 33 ff. – *Coty Germany*; EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 51 ff. – *Spiegel Online*. Zu dieser Konstellation allgemein auch *Jarass*, EU-Grundrechte und Privatrecht, in: Heiderhoff/Lohsse/Schulze (Hrsg.), EU-Grundrechte und Privatrecht – EU Fundamental Rights and Private Law, 2016, 31 (46 f.); *ders.*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4201, Art. 51 Rn. 39. Dass dies ursprünglich der alleinige Ansatz des EuGH war, betont *Kulick* (Fn. 3), S. 67.

⁵² EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 59 – *Spiegel Online*.

wird.⁵³ Zwar richten sich die Urteile unmittelbar nur an die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bzw. Gerichte. Sie führen aber im Ergebnis dazu, dass die Unionsgrundrechte, ganz im Sinne der klassischen Vorstellung von der Drittwirkung, über diese staatlichen Akteure mittelbar in die **Privatrechtsverhältnisse ausstrahlen**. In der Konsequenz der Urteile liegt zudem – und damit relativiert sich der Unterschied zum Entscheidungsausspruch in *Bauer und Broßonn* weiter –, dass der Gerichtshof den Gesetzgeber unter Rückgriff auf die Charta hätte korrigieren müssen, wenn der Versuch gescheitert wäre, den Grundrechten über die Auslegung des Gesetzesrechts zur Wirksamkeit zu verhelphen.⁵⁴

19. Allerdings existieren auch Entscheidungen des EuGH, die eine Horizontalwirkung einzelner Garantien der GRC **ausdrücklich ablehnen**:

- *AMS* (2014): In dieser Entscheidung zum kollektiven Arbeitsrecht musste der EuGH klären, ob **Art. 27 GRC** (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer:innen im Unternehmen) unmittelbar zwischen Privaten gilt. Dies lehnte der Gerichtshof unter Verweis darauf ab, dass Art. 27 GRC bereits dem Wortlaut nach „durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden muss“, damit er „seine volle Wirksamkeit entfaltet“.⁵⁵ Die Ablehnung einer Horizontalwirkung wird also mit der **spezifischen Struktur des konkretisierungsbedürftigen Grundrechts** begründet.
- *Glatzel* (2014): Die Entscheidung befasst sich zwar unmittelbar mit der „vertikalen“ Grundrechtsgeltung, verweist jedoch im Rahmen der Auslegung des **Art. 26 GRC** (Integration von Menschen mit Behinderung) auf die *AMS*-Entscheidung; der EuGH versteht dabei auch Art. 26 GRC als konkretisierungsbedürftiges Grundrecht, das dem Einzelnen **kein subjektives Recht** zuerkennt.⁵⁶ Es liegt daher nahe, dass Art. 26 GRC nach Auffassung des EuGH gleichfalls keine Horizontalwirkung entfaltet.

20. **Fasst man die Aussagen der Rechtsprechung zusammen**, lässt sich festhalten, dass der EuGH die Anwendung der Horizontalwirkung im Wesentlichen mit dem Effektivitätsprinzip begründet und ihr damit eine feste Basis und einen sehr breiten

⁵³ Entsprechend auch EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 98 – *Upload-Filter*.

⁵⁴ Ausführlich zu verbleibenden Unterscheiden der dogmatischen Konstruktion und zu institutionellen Folgewirkungen, die für die hiesigen Zwecke freilich ausgeblendet bleiben können, *Kulick* (Fn. 3), S. 74 ff.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 15.01.2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 45 – *AMS*.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 22.04.2014, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, Rn. 78 – *Glatzel*.

Anwendungsbereich im Unionsrecht verschafft. Dementsprechend hat Generalanwalt *Cruz-Villalón* in seiner Stellungnahme zu AMS ausgeführt, dass Horizontalwirkung des Primärrechts ein „**alter und gefestigter Gedanke**“ des Unionsrechts sei, für den eine restriktive Handhabung „sehr problematisch“ sei.⁵⁷ Die Literatur argumentiert darüber hinaus mit der aus dem deutschen Diskurs bekannten Werteordnung (vgl. Art. 2 EUV) und verweist auf das große praktische Bedürfnis, da Private heute für die tatsächliche Ausübung grundrechtlicher Freiheiten eine mindestens ebenso wichtige Bedeutung wie staatliche Stellen erlangt haben; um einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten, müssen die Grundrechte daher auch Wirkungen für das Verhältnis unter Privaten haben.⁵⁸ Hinzu kommt, dass die Anerkennung einer Horizontalwirkung der Grundrechte im Unionsrecht eine Entwicklung nachvollzieht, die in zahlreichen mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen bereits seit längerem im Gange ist.⁵⁹

21. All das gilt jedoch nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des EuGH **nur** für solche **Grundrechte, die „aus sich heraus“ Wirkung entfalten**. Eine Horizontalwirkung scheidet aus, wenn der grundrechtliche Schutz „nur“ an bestehende Regelungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts anknüpft, die durch die Charta konstitutionalisiert werden; hierunter dürften neben Art. 26 und 27 GRC, für die dies bereits entscheiden wurde, etwa auch Art. 30 GRC (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung, der unter dem Vorbehalt der „*einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten*“ steht), Art. 34 GRC (Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung) sowie womöglich auch Art. 31 GRC (Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen) und Art. 33 Abs. 2 GRC (Mutterschafts- und Elternurlaub) fallen.⁶⁰ Dass der EuGH in diesen Fällen eine Horizontalwirkung verneint hat bzw. verneinen dürfte, liegt darin begründet, dass sich hier kein über das Sekundärrecht hinausgehender primärrechtlicher Schutzgehalt bzw. kein genuines Schutzgut identifizieren lässt, der bzw. das sich im Verhältnis zwischen den Privaten entwickeln ließe.⁶¹

22. Ob in diesen Fällen, wie von *Koen Lenaerts* in einem wissenschaftlichen Beitrag angedeutet hat, dennoch mindestens der „**Wesensgehalt**“ (Art. 52 Abs. 1 GRC) dieser Grundrechte, der auch unter Berücksichtigung internationaler Übereinkünfte zu

⁵⁷ *Cruz-Villalón*, Schlussanträge v. 18.07.2013, C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491, Rn. 34 – AMS; hierzu auch *Achleitner* (Fn. 17), S. 19.

⁵⁸ *Prechal* *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66 (2020), 407 (418 f.).

⁵⁹ *Frantziou* *CYELS* 2020, 208 (211).

⁶⁰ *Michl* (Fn. 19), S. 165 ff.

⁶¹ Ebenso *Michl* (Fn. 19), S. 191 f. Zu den gleichwohl bestehenden Rechtswirkungen dieser Grundrechte, die allerdings nicht die Horizontalwirkung umfassen, vgl. ebd., S. 174 ff.

bestimmen sei, im Horizontalverhältnis Wirkung entfalte,⁶² ist offen. In der Judikatur finden sich bisher keine Anzeichen dafür, dass der Wesensgehalt in diesem Kontext eine Rolle spielt. Zudem gründet die Argumentation des EuGH in *AMS* und *Glatzel* in der Überzeugung, dass diese Grundrechte eben keinen genuinen primärrechtlichen (Wesens-)Gehalt haben. Letztlich muss abgewartet werden, ob der Präsident des EuGH hier eine Ausweitung der Horizontalwirkung auf alle Grundrechte der Charta, also eine Abkehr von *AMS* literarisch vorbereitet hat. Jedenfalls bestätigt die Intervention, dass der Trend in Luxemburg eher in Richtung Ausweitung als Einschränkung der Horizontalwirkung geht.

b) Offene Fragen der EuGH-Judikatur

aa) Beschränkung der Horizontalwirkung auf Richtlinien?

23. Soweit der EuGH bisher eine Horizontalwirkung von Grundrechten anerkannt hat, betraf dies stets Richtlinien. Zur Horizontalwirkung von Verordnungen hat sich der EuGH bisher nicht näher geäußert. Hieraus lässt sich jedoch nicht schließen, dass die Horizontalwirkung bei Verordnungen wie dem DSA nicht greift. Im Gegenteil: Dass die Rechtsprechung die Horizontalwirkung bei Richtlinien ausdrücklich thematisiert hat, dürfte dadurch begründet sein, dass der EuGH die **Figur bei Richtlinien benötigt, um Ausnahmen von etablierten dogmatischen Weichenstellungen zu begründen**. Denn anders als bei Verordnungen kann der nationale Gesetzgeber bei Richtlinien aufgrund der vom EuGH anerkannten contra legem-Grenze für die richtlinienkonforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts den Schutzanspruch der Unionsgrundrechte durch Untätigkeit oder fehlerhafte Umsetzung einer Richtlinie unterlaufen. Um zu erklären, weshalb hier von der allgemeinen Regel abgewichen wird, wonach sich Private gegenüber Privaten nicht unmittelbar auf Richtlinien berufen können und stattdessen auf die Staatshaftung verwiesen sind, nutzt der EuGH das Argument der Horizontalwirkung.⁶³ Dies wird besonders deutlich im Umgang des Gerichtshofs mit den

⁶² Siehe *Lenaerts* GLJ 20 (2019), 779 (790 ff.).

⁶³ Vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 19.11.1991, C-6/90 u.a. – *Francovich*. Deutlich auch EuGH, Urt. v. 24.01.2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 – *Dominguez*; zur Drittwirkungsthematik in diesem Fall siehe *Trstenjak*, Schlussanträge v. 08.09.2011, C-282/10, ECLI:EU:C:2011:559, Rn. 83 – *Dominguez*. Siehe auch *Ciacchi* EuConst 15 (2019), 294 (300).

Schlussanträgen der Generalanwälte *Bobek* im Fall *Cresco*⁶⁴ und *Tanchev* im Fall *Egenberger*⁶⁵, die auch unter Verweis auf die AMS-Entscheidung vorgeschlagen hatten, die Fälle nicht über die Horizontalwirkung, sondern über die Staatshaftung zu lösen. In beiden Fällen entschied sich der EuGH anders.⁶⁶ Der ausführlichen Argumentation, die insbesondere *Bobek* gegen eine Horizontalwirkung des Art. 21 Abs. 1 GRC entwickelt hatte,⁶⁷ setzte die Große Kammer knapp den Verweis auf den „zwingenden Charakter“ der Norm entgegen.⁶⁸ Wenn der EuGH aber trotz dieser prominenten Bedenken bei Richtlinien eine Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte anerkennt, dann muss dies **erst recht bei Verordnungen** gelten, deren unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten gar nicht in Frage steht. Ganz in diesem Sinne wird auch in der Literatur bei der Frage der Horizontalwirkung nicht zwischen Verordnung und Richtlinie unterschieden, sondern durchgängig von der Horizontalwirkung im Anwendungsbereich des (gesamten) Sekundärrechts gesprochen.⁶⁹

bb) Begrenzung der Horizontalwirkung auf das Arbeits- und Diskriminierungsrecht?

24. Thematisch hat der EuGH die Horizontalwirkung bisher nur im **Arbeits- und Diskriminierungsrecht** aktiviert bzw. für einzelne dort einschlägige Grundrechte (Art. 21 und Art. 31 GRC) sowie für Art. 47 GRC anerkannt.⁷⁰ Im Arbeits- und Diskriminierungsrecht liegt ein Rückgriff auf die Horizontalwirkung deswegen besonders nahe, da sich

⁶⁴ *Bobek*, Schlussanträge v. 25.07.2018, C-193/17, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 186 ff. – *Cresco Investigation GmbH*.

⁶⁵ *Tanchev*, Schlussanträge v. 09.11.2017, C-414/16, ECLI:EU:C:2017:851, Rn. 119 – *Egenberger* mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 15.01.2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 50 – *AMS*.

⁶⁶ Welche Folgen dies für die Staatshaftungsanspruch hat, sind bisher nicht geklärt. Dazu *Frantziou* CYELS 2020, 208 (222 ff.).

⁶⁷ *Bobek*, Schlussanträge v. 25.07.2018, C-193/17, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 186 ff. – *Cresco Investigation GmbH*, präsentiert vier allgemeine und ein grundrechtsspezifisches Argument gegen die Horizontalwirkung des Art. 21 Abs. 1 GRC: (i) Der Private solle „moralisch“ nicht für Fehler verantwortlich gemacht werden, die der Staat verursacht habe. (ii) Die Horizontalwirkung entfalte keine hinreichende abschreckende Wirkung bzw. abgeschreckt werde nicht der eigentlich maßgebliche Akteur: der Staat. (iii) Es komme zu einer Verdoppelung der Gerichtsverfahren, wenn Arbeitnehmer ihre Ansprüche dadurch befriedigen können, dass sie gegen ihren Arbeitgeber klagen, dass er das Gesetz angewandt hat, und die Arbeitgeber ihrerseits gegen den Staat klagen. (iv) Die Horizontalwirkung füge sich nicht in das geltende System ein, wonach sich Private nicht gegenüber Privaten unmittelbar auf eine Richtlinie berufen können. Das grundrechtsspezifische Argument betrifft die Notwendigkeit der Vergleichsgruppenbildung.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 22.01.2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 76 f. – *Cresco Investigation GmbH*.

⁶⁹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 62022, Art. 51 GRC Rn. 26.

⁷⁰ Zusammenfassend auch *Frantziou* CYELS 2020, 208 (209 f.).

Private hier typischerweise in einer **machtasymmetrischen Stellung** als Arbeitnehmer:in und Arbeitgeber:in gegenüberstehen, was einen besonderen Bedarf nach normativer Korrektur auslöst. Zudem gibt es Mitgliedstaaten wie Frankreich oder Italien, bei denen die direkte Horizontalwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht anerkannt ist.⁷¹

25. Allerdings hat der EuGH in den einschlägigen Entscheidungen die Horizontalwirkung **teils gar nicht, teils sehr eingeschränkt** mit den (arbeits- bzw. diskriminierungsrechtlichen) **Spezifika der jeweiligen Grundrechte begründet** (Letzteres im Falle des Art. 31 Abs. 2 GRC⁷²). Seine Argumentation ist daher grundsätzlich auf alle Grundrechte der Charta übertragbar,⁷³ die unmittelbar gelten und die einen zwingenden eigenständigen Charakter haben, was – wie gesehen – nur ausnahmsweise nicht der Fall ist.⁷⁴ Dementsprechend kommt es auch nicht darauf an, ob die Bestimmung ein „Recht“ (Art. 52 Abs. 1-4 GRC) oder ein sog. „Charta-Grundsatz“ (Art. 52 Abs. 5 GRC) ist.⁷⁵ Auch kommt die Horizontalwirkung nicht nur für solche Grundrechte in Betracht, deren Inhalt gleichzeitig einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts bildet.⁷⁶ Vielmehr reicht es aus, wenn sich aus der Bestimmung selbst ergibt, welche Rechtswirkung ihr zukommt, was der Fall ist, wenn die **Bestimmung unbedingt ist und von ihr nicht** abgewichen werden darf.⁷⁷ Auf der Hand liegt dies etwa für Art. 7 und 8 GRC.⁷⁸

⁷¹ *Ciacchi* EuConst 15 (2019), 294 (304) m.w.N.

⁷² EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 90 – *Bauer und Broßonn*.

⁷³ Anders *Denga* EuR 2021, 569 (586), der die Horizontalwirkung nur für im EU-Arbeitsrecht anwenden möchte.

⁷⁴ *Achleiter* (Fn. 17), S. 20; *Frantziou* EuConst 15 (2019), 306 (317, 319 ff.); *Frantziou* CYELS 2020, 208 (217); *Kainer* NZA 2018, 894 (899); *Prechal* Revista de Derecho Comunitario Europeo 66 (2020), 407 (419).

⁷⁵ So aber *Schlachter* ZESAR 2019, 53 (56). Allgemein zur unterschiedlichen Behandlung von Grundrechten und Grundsätzen nach der GRC siehe *Unsel* (Fn. 22), S. 227; *Müller-Graff*, in: Müller et. al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, 2020, S. 543 (547). Zur Bestimmung der Charta-Grundsätze siehe *Jarass*, in: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 42021, Art. 52 Rn. 72.

⁷⁶ *Prechal* Revista de Derecho Comunitario Europeo 66 (2020), 407 (420); *Schlachter* ZESAR 2019, 53 (58); *Frantziou* EuConst 15 (2019), 306 (317).

⁷⁷ *Prechal* Revista de Derecho Comunitario Europeo 66 (2020), 407 (420).

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 152, 216 Rn. 96 – *Recht auf Vergessen II*: „Wie die Grundrechte des Grundgesetzes gewährleisten demnach auch die Grundrechte der Charta nicht nur Schutz im Staat-Bürger-Verhältnis, sondern auch in privatrechtlichen Streitigkeiten (...). Dies gilt insbesondere auch für die Art. 7, Art. 8 GRC, die der Europäische Gerichtshof, unabhängig von der Rechtsnatur der zugrundeliegenden Streitigkeit, wiederholt für die Auslegung des unionsrechtlichen Fachrechts herangezogen hat. Dem entspricht auch das Verständnis von Art. 8 EMRK, der in ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gerade auch in Streitigkeiten zwischen Privaten zur Geltung gebracht wird.“

26. Soweit in der **Literatur** teilweise eine Erweiterung des Kreises von Grundrechten, für die eine Horizontalwirkung anzuerkennen ist, abgelehnt wird, weil dadurch das Privatrecht zu einem Abwägungsrecht würde, das mit einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft nicht mehr kompatibel sei, ist dieser **Einwand zu unspezifisch**, um dogmatisch anschlussfähig zu sein.⁷⁹ Dass der EuGH nicht geneigt ist, derart grundsätzlichen Einwendungen gegen das Institut der Horizontalwirkung Gehör zu schenken, zeigt der eben erwähnte Umgang mit den Stellungnahmen der Generalanwälte in *Egenberger* und *Cresco*.

cc) Mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung?

27. Während in der deutschen Debatte intensiv über die Art der Grundrechtsbindung Privater diskutiert wird, spielt die zentrale Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung bzw. von indirect und direct effect in der europäischen Debatte eine **untergeordnete Rolle**.⁸⁰ Bekanntlich verneinen Rechtsprechung und herrschende Lehre in Deutschland, dass Private direkt durch die Grundrechte verpflichtet werden; sie sind vielmehr nur mittelbar durch die Grundrechte gebunden, insoweit diese – mediatisiert durch die Normen des einfachgesetzlichen Privatrechts – auf die Rechtsbeziehung zwischen Privaten einwirken.⁸¹

28. Die **prinzipiellen** Erwägungen, die gegen eine staatsgleiche Bindung Privater an die Grundrechte sprechen, greifen nicht nur im nationalen Recht. Dies gilt insbesondere für die mit der unmittelbaren Drittwirkung verbundene prinzipielle Rechtfertigungsbedürftigkeit privater Freiheit, die systemfremd wäre, sowie für den Vorbehalt des Gesetzes (vgl. Art. 52 Abs. 1 GRC), dem Private, anders als der Staat, nicht selbst genügen können.⁸² Aus **praktischer** Sicht ist aber auch in der deutschen Debatte anerkannt, dass die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung mit Blick auf die Intensität der Bindung **nur graduell** ist. Dies wird besonders deutlich, wenn Gerichte – wie der EuGH in *Bauer und Broßonn* oder das BVerfG in der *Stadionverbots*-Entscheidung – grundrechtliche Wertungen nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung des einfachen Privatrechts zur Geltung bringen, sondern

⁷⁹ In diese Richtung *Kainer* NZA 2018, 894 (899 f.), der auf den Schutz durch eine unmittelbare Horizontalwirkung von Richtlinien setzt; vgl. auch *Wank* RdA 2020, 1 (4).

⁸⁰ Zur Diskussion näher *Jarass* (Fn. 51), S. 54 ff.; *ders.*, in: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 42021, Art. 51 Rn. 38 ff.

⁸¹ So deutlich BVerfGE 148, 267 Ls. 1, 2 – *Stadionverbot*.

⁸² Dazu *Trstenjak*, Schlussanträge v. 08.09.2011, C-282/10, ECLI:EU:C:2011:559, Rn. 83 – *Dominguez*. Ähnliche Überlegungen bei *Jarass* ZEuP 2017, 311 (331).

aus den Grundrechten konkrete sachliche oder verfahrensrechtliche Pflichten ableiten,⁸³ die mit den einfachgesetzlichen Regelungen nicht vereinbar sind, weshalb letztere nicht oder nur modifiziert angewendet werden dürfen⁸⁴. Hier wirken die **Grundrechte praktisch unmittelbar**.⁸⁵ Entsprechendes gilt, wenn den Grundrechten ohne einfachgesetzliche Grundlage bzw. gegen das einfache Recht, Verpflichtungen für einen Privaten abgeleitet werden.⁸⁶ Auch wenn sich in solchen Fällen teils doch eine Generalklausel finden lassen dürfte und auch wenn es natürlich letztlich die staatlichen Gerichte sind, die entweder unmittelbar durch einzelne Entscheidungen oder mittelbar durch ihre allgemeine Entscheidungspraxis die grundrechtliche Wirkung erst effektuieren – aus Sicht der Privaten dürfte die **konstruktive Differenz zwischen einer mittelbaren grundrechtlichen Bindung im Sinne dieser Rekonstruktion und einer „unmittelbaren“, staatsgleichen Grundrechtsbindung zu vernachlässigen** sein. Dies erkennt auch das **BVerfG** mit Blick auf die Horizontalwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung an: „Die Wirkweise dieses Grundrechts im Zivilrecht als verfassungsrechtliche Wertentscheidung bedeutet nicht, dass seine Anforderungen deshalb in jedem Fall weniger weit reichen oder weniger anspruchsvoll sind als die unmittelbar staatsgerichtete Schutzwirkung. Je nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder auch gleichkommen.“⁸⁷

29. Dass der EuGH Private wie in *Bauer und Broßonn* ohne Umweg über konkrete Normen oder Generalklauseln grundrechtlich in die Pflicht nimmt, ist daher nichts, was in der nationalen Rechtsordnung keine Parallele hat. Im Ergebnis ist daher dem BVerfG in seiner Wertung zuzustimmen, dass den **Unionsgrundrechten ein den nationalen Grundrechten vergleichbare mittelbare Drittwirkung zukommt**, auch wenn der EuGH die Kategorien so – vielleicht zurecht – nicht pflegt.⁸⁸

⁸³ Dies war etwas die Konstellation in EuGH, Ur. v. 29.01.2008, C-275/06 u.a., ECLI:EU:C:2008:54, Rn. 70 – *Promusicae*.

⁸⁴ Dies war die Konstellation in EuGH, Ur. v. 06.11.2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 – *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.* und EuGH, Ur. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 82 – *Egenberger*.

⁸⁵ Hierzu mit Blick auf das deutsche Recht präzise *Hellgardt* JZ 2018, 901 (908 und passim).

⁸⁶ Dies war die Konstellation in EuGH, Ur. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 92 – *Bauer und Broßonn*.

⁸⁷ BVerfGE 152, 152 Rn. 99 – *Recht auf Vergessen I*. Vgl. auch *Kulick* (Fn. 3), S. 207-214.

⁸⁸ BVerfGE 152, 216 Rn. 97 – *Recht auf Vergessen II*: „Eine Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“, wie sie das deutsche Recht kennt (...), wird der Auslegung des Unionsrechts dabei nicht zugrunde gelegt. Im

dd) Drittwirkung nur bei Subordinationsverhältnissen?

30. Offen ist schließlich, ob die Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte auf Seiten der beteiligten privaten Akteure an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Wie erwähnt, sind die arbeitsrechtlichen Fälle, in denen der EuGH in jüngerer Zeit auf die Horizontalwirkung Bezug genommen hat, typischerweise von **Subordinationsverhältnissen** und **Machtasymmetrien** geprägt.⁸⁹ Auch spielt dieser Aspekt in den älteren Entscheidungen zur Horizontalwirkung von Grundfreiheiten eine Rolle (z.B. bei einem Sportverband). Ausdrücklich nimmt die jüngere Grundrechtsjudikatur des EuGH hierauf jedoch nicht Bezug. In der Literatur wird dennoch – in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG⁹⁰ – vertreten, dass die Horizontalwirkung vor allem für private Akteure in Betracht kommt, die einen „staatsähnlichen“ Einfluss auf die Ausübung der Grundrechte des Einzelnen haben können, was sich etwa an ihrer marktbeherrschenden Stellung, an der Ausrichtung der Plattformen und am Grad der Angewiesenheit auf eben jene Plattform bemessen lässt.⁹¹ Allerdings darf nicht verkannt werden, dass auch nach nationalem (deutschen) Verfassungsrecht die soziale Mächtigkeit **keine unbedingte Voraussetzung** für eine (mittelbare) Grundrechtbindung ist, **sondern ein Gesichtspunkt**, der im Rahmen der **Abwägung** der wechselseitigen Grundrechtsinteressen mit zu berücksichtigen ist.⁹² Auch das Unionsrecht dürfte sich dem dahinter liegenden Argument nicht versperren und die soziale Mächtigkeit von Privaten als Abwägungskriterium, nicht als Tatbestandsmerkmal anerkennen.

c) Zwischenfazit

31. Der EuGH hat zur Horizontalwirkung der Grundrechte der GRC bisher nur in Einzelfällen Stellung genommen. Die dogmatische Entwicklung ist ersichtlich noch nicht abgeschlossen. Extrapoliert man die in der Judikatur angelegten Maßstäbe, ähnelt das Bild stark der deutschen Rechtslage. Für den DSA bedeutet dies, dass die sachlich

Ergebnis kommt den Unionsgrundrechten für das Verhältnis zwischen Privaten jedoch eine ähnliche Wirkung zu. Die Grundrechte der Charta können einzelfallbezogen in das Privatrecht hineinwirken.“ Vgl. auch Jarass ZEuP 2017, 311 (332 f.).

⁸⁹ Müller-Graff (Fn. 75), S. 552 f.

⁹⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2019, 1935 Rn. 15; siehe auch BVerfGE 89, 214 (232 ff.) – *Bürgschaftsverträge*; 128, 226 (249 f.) – *Fraport*; 148, 267 Rn. 33 – *Stadionverbot*; 152, 152 Rn. 77 – *Recht auf Vergessen I*. Darauf Bezug nehmend auch BGH, NJW 2021, 3179 Rn. 122.

⁹¹ So z.B. Frantziou (Fn. 45), S. 209 f.

⁹² Vgl. die Nachweise Fn. 90.

einschlägigen Grundrechte auf ihre Horizontalwirkungsfähigkeit anhand der Kriterien des EuGH hin untersucht werden müssen, wobei das „Kräfteverhältnis“ zwischen Plattform und Nutzer im Rahmen der konkreten Abwägung eine Rolle spielen kann.

3. Auswirkungen der Horizontalwirkung auf den DSA und seine Anwendung

32. Dass die Unionsgrundrechte in weitem Umfang Horizontalwirkung entfalten, hat für den DSA und seine Anwendung angesichts der grundrechtlich sensiblen und komplexen Materie der Plattformregulierung (→ a.) erhebliche Konsequenzen (→ b.).⁹³

a) Einschlägige Grundrechte mit Horizontalwirkung

33. Im Verhältnis von Plattformbetreibern und Nutzenden ist durch die umfassende Regelung des DSA der Anwendungsbereich der Charta grundsätzlich eröffnet, vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC.⁹⁴ Im Rahmen der Horizontalwirkung sind dabei von Unionsgesetzgeber sowie bei der Anwendung des DSA zumindest folgende Grundrechte zu berücksichtigen: Auf Seiten der **Betreiber** sind die Berufsfreiheit (Art. 15 GRC), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC), das Eigentumsrecht, das auch das Recht des geistigen Eigentums umfasst (Art. 17 Abs. 1, 2 GRC), sowie in einem im Einzelfall näher zu klärenden Maße die Meinungs- und Medienfreiheit (Art. 11 Abs. 1, 2 GRC) zu beachten.⁹⁵ Auf Seiten der **Nutzenden** sind dies die Menschenwürde (Art. 1 GRC), das Recht auf Achtung des Privat und Familienlebens (Art. 7 GRC), das Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRC), die Meinungs- und Informationsfreiheit⁹⁶ (Art. 11 Abs. 1 GRC), das Recht auf (geistiges) Eigentum (Art. 17 GRC), das Recht auf Nichtdiskriminierung (Art. 21 GRC) und die Rechte des Kindes (Art. 24 GRC) – wobei diese Rechte auch auf Seiten jener in Rechnung zu stellen, die durch illegale oder legale („lawful but awful“) Kommunikation auf der Plattform negativ **betroffen** sind. Zudem muss allen Seiten das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht (Art. 47 GRC) gewährleistet werden.⁹⁷

⁹³ Vgl. für die strukturell ähnliche Konstellation der Upload-Filter die Ausführungen zur Grundrechtsbindung bei EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 98 – *Upload-Filter*.

⁹⁴ Zur Reichweite des Anwendungsbereichs → III.

⁹⁵ Vgl. dazu *Röhling/Weil* (Fn. 16), S. 164 ff.; *Quintas/Appelman/Fathaigh* GLJ 2023 SSRN (i.E.), 18 f.; *Schiedermaier/Weil* DÖV 2022, 305 (307 ff.), sowie bereits *Paal* MMR 2018, 567 (568).

⁹⁶ Zur Informationsfreiheit der Nutzer *Mamaar*, in: Kraul (Hrsg.), Das neue Recht der digitalen Dienste, 2023, § 4 Rn. 46.

⁹⁷ Auch an anderer Stelle erfolgt keine systematische Bestandsaufnahme, sondern es werden einzelne besonders wichtige Grundrechte herausgegriffen bzw. es wird nur pauschal auf die GRC Bezug genommen, vgl. ErwGr 3, 47, 52, 63, 81, 109, 153, 155, sowie Art. 1 Abs. 1; Art. 14 Abs. 4; Art. 34 Abs. 1 Uabs. 2 lit.

34. Art. 14 Abs. 4 DSA bildet diese Komplexität nicht vollständig ab, sondern verweist allgemein auf die „Grundrechte der Nutzer“ und nennt einzelne Beispiele. Da die Norm nur deklaratorisch ist (→ Rn. 12), schadet dies nicht; doch darf die grundrechtliche Prüfung weder auf die in Art. 14 Abs. 4 DSA ausdrücklich erwähnten Grundrechte beschränkt werden noch die grundrechtlichen Positionen der anderen Stakeholder ausblenden.

35. Gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC sind die Grundrechte der Charta in Übereinstimmung mit den Grundrechten der **Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)** auszulegen. Nach Art. 52 Abs. 4 GRC gilt dies auch für die **gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen** der Mitgliedstaaten.

36. In der Praxis dürften gleichwohl mit Blick auf mögliche Interventionen der Plattformbetreiber das **Recht auf Nichtdiskriminierung** (Art. 21 GRC) und die **Meinungsfreiheit** (Art. 11 GRC) der Nutzer von besonderer Bedeutung sein. Während der EuGH die Horizontalwirkung von Art. 21 GRC, wie erwähnt, bereits ausdrücklich anerkannt hat (→ Rn. 17), hat er sich zu **Art. 11 GRC** bisher nicht in gleicher Weise eindeutig geäußert. Es dürfte jedoch außer Frage stehen, dass Art. 11 GRC zu einer grundrechtskonformen Auslegung des zwischen Privaten anzuwendenden Rechts führen kann,⁹⁸ insbesondere wenn für den Betroffenen ein „besonderes Schutzbedürfnis gegenüber sozialen Mächten und intermediären Gewalten“ besteht.⁹⁹ Hierfür sprechen *erstens* die erwähnten Judikate, die Art. 11 GRC, wenn auch ohne Bezug auf die Figur der Horizontalwirkung, in diesem Sinne interpretieren (→ Rn. 18). *Zweitens* entfaltet Art. 11 GRC im Sinne der Rechtsprechung „aus sich heraus Wirkung“¹⁰⁰, bedarf also keiner Konkretisierung durch den Gesetzgeber, und geht zudem „schon seinem Wesen nach“ mit korrespondierenden Pflichten derjenigen einher, die von den Äußerungen betroffen sind.¹⁰¹ *Drittens* hat der EuGH die Meinungsfreiheit bereits vor Inkrafttreten der Charta als

b; Art. 48 Abs. 4 lit. e; Art. 51 Abs. 6 DSA. Eine strukturelle Vernachlässigung der Grundrechtspositionen der Digitalkonzerne im DSA kritisiert *Denga* EuR 2021, 569 (593).

⁹⁸ Vgl. S. *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, ⁷2015, Art. 11 GRC Rn. 11; *Denga* EuR 2021, 569 (595); *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, ⁴2015, § 14 Rn. 81; *Frosio/Geiger* ELJ 2022 SSRN (i.E.), 35; *Jarass*, in: Jarass, ⁴2021, Art. 11 GRC Rn. 7; *Prechal* Revista de Derecho Comunitario Europeo 66 (2020), 407 (419); *Raue*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 75, 92; *Walter*, in: Grabenwater, Enzyklopädie Europarecht Band 2, ²2021, § 13 Rn. 31.

⁹⁹ *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 102.

¹⁰⁰ Vgl. zu diesem Kriterium EuGH, Urt. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 76, 78 – *Egenberger*.

¹⁰¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 06.11.2018, C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 90 – *Bauer und Broßonn*.

Grundrecht anerkannt und, in Anlehnung an den EGMR, als eine „wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft“ charakterisiert.¹⁰² Bedenkt man, dass der Gerichtshof die Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC u.a. damit begründet hatte, dass diese Norm einen der tragenden Grundsätze des Sozialrechts regelt, muss dies für Art. 11 GRC erst recht gelten. *Viertens* folgt dies auch aus Art. 52 Abs. 3 GRC. Der EGMR kann zwar aus prozessualen Gründen nur staatliche Menschenrechtsverletzungen sanktionieren, so dass Fälle der Horizontalwirkung vor dem Straßburger Gericht vor allem in Gestalt einer möglichen staatlichen Schutzpflichtverletzung (*positive obligations*) thematisiert werden.¹⁰³ Insoweit der **EGMR** staatlichen Stellen, einschließlich der über Privatrechtsstreitigkeiten entscheidenden Gerichte, ausdifferenzierte Kriterien für die Abwägung zwischen Art. 8 EMRK (Persönlichkeitsrecht) und Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit) vorgegeben hat, hat er der Sache nach jedoch die **Privatrechtswirkung auch der Meinungsfreiheit anerkannt**.¹⁰⁴

b) Folgen der Horizontalwirkung für die Beschränkung von Nutzerrechten

37. Für den DSA bedeutet Horizontalwirkung in erster Linie, dass die Zivilgerichte im Rahmen der Abwägung eine Auslegung der relevanten Normen vornehmen müssen, die – so die Formulierung des EuGH an anderer Stelle – „unter Achtung ihres Wortlauts und unter Wahrung ihrer praktischen Wirksamkeit mit den durch die Charta gewährleisteten Grundrechten voll und ganz im Einklang steht.“¹⁰⁵ Da es sich beim DSA um eine **Verordnung** und nicht um eine Richtlinie handelt, stellt sich das Problem einer unzureichenden staatlichen Umsetzung nicht. Die Horizontalwirkung muss hier nicht herangezogen werden, um Betroffenen den steinigen Weg über das Staatshaftungsrecht zu ersparen (→ Rn. 23).

¹⁰² EuGH, Urt. v. 12.06.2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 79 – *Schmidberger*; siehe hierzu auch *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, ³2018, Art. 11 GRC Rn. 4; *Cornils*, in: *Gersdorf/Paal*, BeckOK Informations- und Medienrecht, ³⁹2021, Art. 11 GRC Rn. 1 m.w.N.; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 11 GRC Rn. 4; *Frosio/Geiger* ELJ 2022 SSRN (i.E.), 5, 15 ff. m.w.N. zu einschlägiger EGMR-Rechtsprechung.

¹⁰³ Vgl. dazu allgemein *Grabenwater/Pabel*, EMRK, ⁷2021, § 19 Rn. 8; *Krieger*, in: *Dörr/Grote/Maruhn*, EMRK/GG, ³2022, Kap. 6 Rn. 86 ff.; *Röben*, in: *Dörr/Grote/Maruhn*, EMRK/GG, ³2022, Kap. 5 Rn. 149. Siehe auch *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 51 GRC Rn. 24.

¹⁰⁴ Vgl. zur Thematik *Brings-Friesen/Damberg-Jänsch* UFITA 2020, 284 (310 ff., 318) m.w.N.; *Grote/Wenzel*, in: *Dörr/Grote/Maruhn*, EMRK/GG, ³2022, Kap. 18 Rn. 59; *Röhling/Weil* (Fn. 16), S. 173; *Quintas/Appelman/Fathaigh* GLJ 2023 SSRN (i.E.), 2 m.w.N. Eine unmittelbare Drittwirkung der EMRK wird daher auch fast allgemein verneint. Vgl. dazu auch *Johann*, in: *Karpenstein/Mayer*, EMRK, ³2022, Art. 1 EMRK Rn. 9; *Payandeh* JuS 2016, 690 (692).

¹⁰⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 59 – *Spiegel Online*.

38. Im Rahmen der **Abwägung** muss laut EuGH den **Wertungen des Unionsgesetzgebers** Rechnung getragen werden.¹⁰⁶ Das Sekundärrecht ist bei der Drittwirkung also nicht vollständig irrelevant, sondern kann Impulse für die Strukturierung der grundrechtlichen Abwägung geben. Für das vorliegende Gutachten relevante Abwägungsgesichtspunkte werden unter anderem in ErwGr 3, 47 und 48 DSA angeführt. Danach sind große Plattformen zentrale Infrastrukturen gesellschaftlicher Kommunikation und können von den ihnen strukturell unterlegenen Nutzern nur unter hohen Kosten gemieden werden.¹⁰⁷ Gerade große Digitalkonzerne, die die digitale Öffentlichkeit beherrschen und die durch ihre Nutzungsbedingungen „Recht“ setzen, werden daher nach dem Unionsrecht besonders stark in die Verantwortung genommen.¹⁰⁸ Diese Wertung entspricht der Auffassung des BVerfG und des BGH, der derartige Gesichtspunkte bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berücksichtigt hat.¹⁰⁹ In inhaltlicher Hinsicht bringen Art. 14 Abs. 4 DSA im Allgemeinen sowie die weiteren im DSA für die Anbieter von Vermittlungsdiensten geregelten Pflichten im Besonderen zum Ausdruck, dass diese Anbieter in ihren Entscheidungen zur Inthementation nicht völlig frei agieren dürfen, sondern prozedurale und – wie noch zu zeigen sein wird – materielle Schranken beachten müssen.¹¹⁰

39. **Einfallstor für die grundrechtliche Abwägung** sind insbesondere die **Zielbestimmung** des Rechtsakts in Art. 1 Abs. 1 DSA sowie die **Generalklausel** des Art. 14 Abs. 4 DSA. Letztere ist bei der Auslegung der konkreten Pflichten des DSA heranzuziehen und ermöglicht dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten ganz explizit, unionsgrundrechtliche Erwägungen einzubeziehen. Nochmals: Diese Norm begründet nicht die horizontal-grundrechtliche Bindung der Diensteanbieter, sondern setzt sie voraus. Zudem führt die Norm nicht alle, sondern nur ausgewählte im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigende grundrechtliche Belange an.

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 17. 4.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 81 – *Egenberger*.

¹⁰⁷ Zusammenfassend bereits *Knebel* (Fn. 99), S. 77.

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Knebel* (Fn. 99), S. 76; *Hornkohl*, Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen, in: Croon-Gestefeld et. al. (Hrsg.), *Das Private im Privatrecht*, 2021, S. 129 (144); *Prechal* *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66 (2020), 407 (418 f.); *Frosio/Geiger* *ELJ* 2022 *SSRN* (i.E.), 35; *Rave*, in: Hofmann/Rave, *Digital Services Act*, 2023, Art. 14 DSA Rn. 75, 92; *Wendel* (Fn. 13), 3.3.1.

¹⁰⁹ Vgl. im unionsrechtlichen Kontext etwa *Achleiter* (Fn. 17), S. 4 ff. m.w.N.; *Denga* *EuR* 2021, 569 (570); *Knebel* (Fn. 99), S. 107 ff.

¹¹⁰ *Frosio/Geiger* *ELJ* 2022 *SSRN* (i.E.), 36.

40. Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur die Frage gestellt, ob der **Unionsgesetzgeber** mit Erlass der generalklauselartigen Vorschrift des Art. 14 Abs. 4 DSA seiner **Verantwortung für die Unionsgrundrechte nachgekommen** ist, oder ob er verpflichtet gewesen wäre, die Materie konkreter zu regeln und die potenziellen grundrechtlichen Kollisionslagen, die sich bei der Inholdemoderation ergeben, selbst aufzulösen, statt dies den (mitgliedstaatlichen) Gerichten anzuvertrauen.¹¹¹ Ähnlich dem BVerfG, das entsprechende Anforderungen aus der **Wesentlichkeitslehre** sowie aus dem Bestimmtheitsgebot entnimmt, leitet der EuGH aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot¹¹² die Pflicht des Unionsgesetzgebers ab, dass eine „Regelung, die einen Eingriff in Grundrechte enthält, außerdem klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen [muss], so dass die Personen, die in der Ausübung der genannten Rechte eingeschränkt werden, über ausreichende Garantien verfügen, die ihren wirksamen Schutz vor Missbrauchsrisiken ermöglichen. Diese Regelung muss insbesondere angeben, unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen eine solche Maßnahme getroffen werden darf, damit gewährleistet ist, dass der Eingriff auf das absolut Notwendige beschränkt wird. Das Erfordernis, über solche Garantien zu verfügen, ist umso bedeutsamer, wenn sich der Eingriff aus einem automatisierten Verfahren ergibt.“¹¹³ Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeits- bzw. Bestimmtheitsgrundsatz können zur Unwirksamkeit eines Rechtsakts führen.¹¹⁴

41. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Nutzer nicht durch die Stellen der Union oder der Mitgliedstaaten erfolgen, sondern durch Entscheidungen privater Plattformbetreiber. Insoweit hat der EuGH in der jüngeren Vergangenheit erkennen lassen, dass der Gesetzgeber die Spielräume privater Akteure nicht so detailliert rechtlich vorstrukturieren muss, wie dies wohl bei staatlichen Stellen der Fall wäre.¹¹⁵ Jedoch hat *Mattias Wendel* darauf hingewiesen,

¹¹¹ Zum Folgenden ausführlich *Wendel* (Fn. 13), 3.3.2.

¹¹² Stattdessen für eine Ableitung aus Art. 52 Abs. 1 GRCh: *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 12.12.2013, C-293/12, ECLI:EU:C:2013:845, Rn. 108 ff. – *Digital Rights Ireland*.

¹¹³ EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 67 – *Upload-Filter*, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 16.7.2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, Rn. 176 – *Facebook Ireland und Schrems*, und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹¹⁴ Vgl. beispielhaft EuGH, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12 u.a., ECLI:EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland*.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 76 – *Upload-Filter*; zuvor ähnlich EuGH, Urt. v. 27.3.2014, C-314/12 ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 52 – *UPC Telekabel Wien*.

dass die dieser Entscheidung zu Grunde liegende DSM-Richtlinie¹¹⁶, jedenfalls in ihrer Auslegung durch den EuGH, dennoch sehr konkrete Vorgaben für Provider macht.¹¹⁷ Demgegenüber enthalte, so *Wendel*, der DSA auch im Lichte der nochmals gesteigerten Grundrechtssensibilität der Materie sowie angesichts der Tatsache, dass der Rechtsakt Plattformen nicht nur die Filterung rechtswidriger Inhalte, sondern auch rechtmäßiger Inhalte („lawful, but awful“) gestatte, keine vergleichbar konkreten Vorgaben für die Provider. Zwar existierten mit dem Begründungserfordernis (Art. 17 Abs. 1 DSA), den diversen Transparenzvorgaben (u.a. Art. 15, 24, 27, 39, 42 DSA), dem Melde- und Abhilfeverfahren (Art. 16 DSA), den Beschwerde- und Streitbeilegungsmechanismen (Art. 20 und 21 DSA) sowie dem Erfordernis einer Warnung vor Sperrung (Art. 23 Abs. 1 DSA) weitreichende prozedurale Sicherungsmechanismen;¹¹⁸ es fehle jedoch gänzlich an inhaltlichen Vorgaben für die Provider.¹¹⁹ Daher sei, so *Wendel*, an der **Unionsverfassungsmäßigkeit des DSA zu zweifeln**.¹²⁰ In der Sache rügt *Wendel*, dass der DSA nicht ausdrücklich verlangt, dass Plattformbetreiber Beschränkungen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes betreiben dürfen.

42. Die **Annahme, der DSA gestatte den Provider entsprechende Moderationsentscheidungen auch ohne sachlichen Grund zu treffen**, wenn sie nur die prozeduralen Anforderungen beachten, ist jedoch **nicht tragfähig**. Vielmehr ergibt sich aus der Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte der Nutzer, vermittelt über Art. 14 Abs. 4 DSA, das Verbot, willkürlich einzelne Meinungsäußerungen zu untersagen und bestimmte Auffassungen zu diskriminieren. Mithin müssen die Betreiber nicht nur prozedurale Vorgaben erfüllen, sondern auch materielle Kriterien beachten. Im Einzelnen:

43. So folgt bereits aus **Art. 21 GRC**, dass an die dort angeführten problematischen Merkmale nicht ohne entsprechende Rechtfertigung angeknüpft werden darf (vgl.

¹¹⁶ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L, Nr. 130, 17. Mai 2019, S. 92.

¹¹⁷ *Wendel* (Fn. 13), 3.3.2. unter Verweis auf *Rave* ZUM 2022, 624 (628 f.).

¹¹⁸ Zu den Differenzen im Detail, die hier zwischen den BGH-Entscheidungen (→ Fn. 1) und dem DSA bestehen, siehe vertiefend *Janal* (Fn. 7), III.2.c., d. und e.

¹¹⁹ *Wendel* (Fn. 13), 3.3.2. unter Verweis auf *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* CMLR 2021, 987 (1013): „unfettered discretion“. Zu den prozeduralen Sicherungsmechanismen siehe auch *Frosio/Geiger* ELJ 2022 SSRN (i.E.), 28 f.

¹²⁰ *Wendel* (Fn. 13), 3.3.2. Demgegenüber vertreten etwa *Röhling/Weil* (Fn. 16), S. 176, dass DSA durch Art. 14 Abs. 4 DSA einen stärkeren materiellen Schutz der Meinungsfreiheit gewähre als der BGH, der „lediglich“ einen sachlichen Grund in materieller Hinsicht verlange.

auch ErwG 47 S. 1 und Art. 20 Abs. 4 DSA).¹²¹ Im Umkehrschluss heißt dies, dass die Diensteanbieter ihre Entscheidungen nur an bestimmten, eben: nicht-diskriminierenden, Gründen orientieren dürfen; nur wenn solche sachlichen Gründe vorhanden sind und vorgebracht werden, kann die Maßnahme daher gerechtfertigt werden. Auch mit Blick auf die übrigen Grundrechte, einschließlich der **Meinungsfreiheit**, bedeutet die (mittelbare) grundrechtliche Bindung der Anbieter nichts anderes, als dass sie die relevanten grundrechtlichen Belange sammeln und bewerten müssen. Dies setzt voraus, dass sich die eigene Entscheidung sachlich begründen lässt. Ganz allgemein ist eine **prozedurale Kontrolle sinn- und wirkungslos, wenn sie nicht auf den Schutz eines materiellen Interesses gerichtet ist**. Die Annahme, der Meinungsfreiheit oder einem anderen Grundrecht sei Genüge getan, wenn eine Entscheidung allen prozeduralen Vorgaben genügt hat, sich aber inhaltlich als willkürlich darstellt, ist unhaltbar. Das Vorliegen eines materiellen Interesses bzw. eines sachlichen Grundes ist somit a priori und Fixpunkt der prozeduralen Kontrolle, kein Aliud oder Plus.

44. Dem trägt im Übrigen auch der Wortlaut des **Art. 14 Abs. 4 DSA** Rechnung. So müssen die Anbieter von Vermittlungsdienste bei der Anwendung und Durchsetzung von Inhaltsbeschränkungen „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorgehen (weitgehend analog Art. 20 Abs. 4 DSA und Art. 16 Abs. 6 DSA).¹²² Dem Erfordernis einer möglichst „**objektiven**“, also von subjektiv-willkürlichen Elementen weitgehend freien Entscheidung – das sich im Übrigen in der eingangs erwähnten BGH-Rechtsprechung in nahezu identischer Form findet¹²³ – können Anbieter nur genügen, wenn sie nachvollziehbare und überprüfbare Gründe für ihre Entscheidung anführen.¹²⁴ Noch deutlicher wird dies, wenn Art. 16 Abs. 6 und 20 Abs. 4 DSA darüber hinaus – wiederum weitgehend im Einklang mit dem BGH¹²⁵ – eine „**willkürfreie**“ Entscheidung fordern; hier wird zudem deutlich, dass die Nutzungsbedingungen den Anforderungen des Gleichheitssatzes genügen müssen, also eine konsistente Entscheidungspraxis verlangen, was erneut eine Vergewisserung über die allgemein maßgeblichen sachlichen Gründe

¹²¹ Zur EuGH-Rechtsprechung siehe die Nachweise bei *Jarass*, in: *Jarass, Charta der Grundrechte der EU*, 42021, Art. 21 Rn. 27-29.

¹²² Die Maßgaben des Art. 14 Abs. 4 DSA gelten ausweislich des ErwG 47 über den engen Wortlaut hinaus jedoch nicht nur für die Anwendung und Durchsetzung von Beschränkungen, sondern sollen auch für deren „Gestaltung“ gelten, so auch *Rave*, in: *Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023*, Art. 14 DSA Rn. 16, 74 f. sowie ausführlich unten → Rn. 53.

¹²³ Vgl. BGH NJW 2021, 3179 Rn. 82: Betreiber dürfen nicht an bloß subjektive Einschätzungen oder Befürchtungen anknüpfen, sondern nur „an objektive, überprüfbare Tatbestände“.

¹²⁴ Ebs. *Rave*, in: *Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023*, Art. 14 DSA Rn. 81 mit konkreten Beispielen für unzulässige Klauseln und Praktiken.

¹²⁵ Vgl. BGH NJW 2021, 3179 Rn. 81.

voraussetzt. Gleiches folgt schließlich auch aus dem – der Horizontalwirkung der Grundrechte deutlich Rechnung tragenden – Gebot, dass die Entscheidung der Diensteanbieter „**verhältnismäßig**“ sein muss. Denn (auch) nach der unionsrechtlichen Dogmatik müssen die Ziele eine Maßnahme mit den maßgeblichen (grundrechtlichen) Interessen in einen durch die Prüfungspunkte Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne weiter strukturierte Abwägung in einen Ausgleich gebracht werden.¹²⁶ Auch dieser Vorgang setzt voraus, dass die Anbieter Gründe für ihre Entscheidungen haben, die auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft werden können.¹²⁷

45. Wenn also sowohl aufgrund der Horizontalwirkung der Grundrechte als auch aufgrund der konkreten Vorgaben im DSA **keine Rede** davon sein kann, dass der **DSA einen rein prozeduralen Regulierungsansatz verfolgt** und auf das Erfordernis eines sachlichen Grundes verzichtet, so ist damit noch nichts dazu gesagt, welches **Gewicht die sachlichen Gründe** jeweils haben müssen, um die beschränkende Entscheidung eines Betreibers tragen zu können. Einiges spricht dafür, dass das Unionsrecht auch an diesem Punkt keine nennenswerten Differenzen zur Rechtsprechung des BGH bzw. des BVerfG aufweist. Zur Frage, inwieweit die **Machtasymmetrie** zwischen Diensteanbieter und Nutzer (auch) nach dem Unionsrecht ein relevanter Abwägungsbelang ist, wurde bereits Stellung genommen (→ Rn. 30).¹²⁸ Ein weiteres Indiz dafür, dass gerade **sehr große Online-Plattformen** an besonders hohen Maßstäben gemessen werden, also besonders „gute“ Gründe für Moderationsentscheidungen verlangt werden, ist Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b und c, wonach nachteilige Auswirkungen der Moderationsregeln auf die Grundrechte und auf die „gesellschaftliche Debatte“ hin überprüft werden müssen. Hieraus leitet *Rave* ab, dass derartige Plattformen, die dem gesellschaftlichen Austausch dienen, „im Regelfall Rechtfertigungstatbestände und Ausnahmen vorsehen [müssen], mit denen sie zB auf Gesellschaftskritik, Satire oder Kunst

¹²⁶ Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip im Unionsrecht siehe etwa EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 Rn. 64 – *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*; EuGH, Urt. v. 26.4.2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297 Rn. 63, 65 – *Upload-Filter*.

¹²⁷ Dazu, dass Diensteanbieter mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 14 Abs. 4 DSA ein abgestuftes Sanktionskonzept entwickeln müssen, um den effektiven Schutz der Meinungsfreiheit sicherzustellen, siehe *Rave*, in: Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 102 (zuvor bereits weitgehend analog zum GG: *ders.* JZ 2022, 232 [236 f.]); *Röhling/Weil* (Fn. 16), S. 177. Dabei können Diensteanbieter auch die eigenen Grundrechte in der Abwägung berücksichtigen, vgl. *Rave*, in: Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 103 ff. (zuvor bereits weitgehend analog zum GG: *ders.* JZ 2022, 232 [233]).

¹²⁸ Dazu auch ausführlich *Rave*, in: Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 93 ff.

reagieren können.“¹²⁹ Hinzu kommt, dass sich bei solchen sehr großen Online-Plattformen der (konsistente) Ausschluss bestimmter Meinungen (etwa aller politischen oder aller religiösen Meinungen) kaum rechtfertigen lassen wird, während er bei kleineren, spezialisierten Plattformen Ausdruck einer eigenen wertenden Stellungnahme der Plattform sein kann und dort nicht von vornherein als Rechtfertigungsgrund für Moderationsentscheidungen ausscheidet.¹³⁰

4. Zwischenfazit

46. Die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, dass sich die Grundrechtsbindung zwar nicht direkt aus Art. 14 Abs. 4 DSA, dafür aber aus einer Horizontalwirkung der einschlägigen Grundrechte ergibt. Zwar bedarf es einer Abwägung mit den grundrechtlichen Belangen der Online-Plattformen, gleichwohl können Sanktionen gegen Nutzer aufgrund der Bedeutung der Grundrechte auch unter Geltung des DSA nur dann gerechtfertigt sein, wenn ein **sachlicher Grund** hierfür vorliegt. Dies führt in der **Sache zu einem weitgehenden Gleichlauf zwischen dem DSA und der bisherigen Rechtsprechung des BGH**. Eine **markante Differenz** sei an diesem Punkt erwähnt, die bezeichnenderweise aber gerade das prozedurale Programm betrifft, nämlich die Frage, ob der Nutzer **vor einer Beschränkung angehört** werden muss: Während der BGH eine solche Anhörung jedenfalls bei Maßnahmen mit sanktionierendem Charakter wie Kontensperrungen (wohl) zwingend gefordert hat,¹³¹ kennt der DSA keine starre Anhörungspflicht. Weil praktische Bedürfnisse für ein hohes Maß an Beschleunigung sprechen können und weil etwaige Einwände grundsätzlich auch nachträglich im Beschwerdeverfahren vorgebracht werden können, ist dies hinnehmbar.¹³² Gleichwohl ergibt sich aus dem unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass immer dann, wenn keine besondere Eilbedürftigkeit erkennbar ist, eine vorherige Warnung

¹²⁹ *Rave*, in: Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 101; mit Verweis auf *Spindler CR* 2019, 238 (Rn. 28).

¹³⁰ Vgl. *Rave*, in: Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 105 f. (mit instruktiven Beispielen). Auch hierzu bereits BGH NJW 2021, 3179 Rn. 81, wonach bei großen Plattformen das „Verbot der Äußerung von bestimmten politischen Ansichten mit dem Grundrecht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung und dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren“ ist. Zur Differenzierung des Pflichtenprogramms des DSA je nach Art des Diensteanbieters kritisch *Janal* (Fn. 7), S. 7 f. (Gliederungspunkt III.2.f) klar: „The distinctions drawn by the DSA between different types of service providers are neither self-explanatory nor entirely satisfactory.“

¹³¹ BGH NJW 2021, 3179 Rn. 85.

¹³² Hierzu näher *Rave*, in: Hofmann/Rave, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 86 f.; nach Art. 20 Abs. 4 DSA müssen Online-Plattformen Beschwerden gegen Sanktionen „zeitnah“ und „frei von Willkür“ bearbeiten.

(vgl. Art. 23 Abs. 1 DSA), verbunden mit einer Anhörung, erfolgen muss.¹³³ Der BGH muss somit seine Judikatur an dieser Stelle leicht modifizieren.

¹³³ So überzeugend *Raue*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 87.

III. Auswirkungen des Art. 14 Abs. 4 DSA auf die Anwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes

47. Auch wenn das Ergebnis der bisherigen Prüfung ist, dass die Unionsgrundrechte Anforderungen an die Anwendung des DSA zwischen Privaten stellen, die weitgehend deckungsgleich mit den Anforderungen sind, die deutsche Gerichten aus den Grundrechten des Grundgesetzes hergeleitet haben,¹³⁴ soll abschließend dennoch die Frage aufgeworfen werden, ob für die am Grundgesetz orientierte Rechtsprechung des BGH Raum bleibt – oder ob der BGH mit Inkrafttreten des DSA das grundrechtliche Fundament seiner Judikatur auswechseln muss.

1. Zum Verhältnis von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten

48. Aus unionsrechtlicher Sicht sind die Mitgliedstaaten bei der **Durchführung des Unionsrechts** – der Begriff ist laut EuGH bekanntlich weit zu interpretieren¹³⁵ – nur dann berechtigt, neben den Unionsgrundrechten noch ihre „eigenen“ Grundrechte als Prüfungs- bzw. Abwägungsmaßstab heranzuziehen, wenn das Sekundärrecht **keine Vollharmonisierung intendiert**¹³⁶ und die sogenannten *Melloni*-Kriterien erfüllt sind. Letzteres ist der Fall, sofern durch die Anwendung der nationalen Grundrechte „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.“¹³⁷

49. Die Frage, ob der Unionsgesetzgeber eine Vollharmonisierung intendiert hat, lässt sich nicht für einen Rechtsakt insgesamt feststellen, sondern muss **normspezifisch geprüft** werden.¹³⁸ Insbesondere ist auch die von der Union gewählte Handlungsform – Richtlinie oder Verordnung – kein sicheres Indiz. Denn Richtlinien können vollharmonisierende Bestimmungen und Verordnungen können Öffnungsklauseln und Ähnliches

¹³⁴ Zu weiteren (subtilen) Veränderungen, zu denen die konkreten Regelungen des DSA den BGH v.a. mit Blick auf die verfahrensrechtlichen Anforderungen an Diensteanbieter, zwingen können, näher *Janal* (Fn. 7).

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-617/10, ECLI: EU:C:2013:105, Rn. 21 – *Åkerberg Fransson*.

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, Rn. 81 – *Pelham et al.*

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60 – *Melloni*.

¹³⁸ Zum Kriterium des Wortlauts und des gesetzgeberischen Willens („vom Unionsgesetzgeber beabsichtigte Harmonisierungsgrad“) in diesem Zusammenhang: EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-469/17 ECLI:EU:C:2019:623, Rn. 40 – *Funke Medien*; EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 25 – *Spiegel Online*. Zur Notwendigkeit, die Frage nach der Harmonisierung auf Basis einer „Mikro-Analyse in Bezug auf eine spezifische Vorschrift“ zu beantworten: GA Bobek, Schlussanträge v. 25.7.2018, C-310/16, ECLI:EU:C:2018:623, Rn. 74 – *Dzivev*.

enthalten.¹³⁹ In der Praxis räumen zahlreiche Unionsrechtsakte den Mitgliedstaaten Spielräume ein, die diese auf eigene Verantwortung füllen müssen.¹⁴⁰

50. Auch das **BVerfG** orientiert sich bei der Frage, ob nationale oder Unionsgrundrechte Anwendung finden, daran, ob das innerstaatliche Recht durch das Unionsrecht „vollständig determiniert“ wird (dann: Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte) oder ob das Unionsrecht „den Mitgliedstaaten fachrechtliche Gestaltungsspielräume einräumt“ (dann: Prüfung am Maßstab der nationalen Grundrechte).¹⁴¹ In den Fällen, in denen die Anwendung beider Maßstäbe zum selben Ergebnis führt, kann die Frage, ob eine Vollharmonisierung erfolgt ist, auch dahinstehen, wie der Zweite Senat des BVerfG 2021 in der Sache *Ökotox* entschieden hat.¹⁴² Dieser Befund darf allerdings nicht vorschnell als Beleg für die völlige Nivellierung der Unterschiede zwischen den Unionsgrundrechten und den Grundrechten des GG (bzw. sonstiger mitgliedstaatlicher Verfassungen) herangezogen werden.

2. Vollharmonisierung durch Art. 14 Abs. 4 DSA

51. Aus dem Gesagten folgt, dass weder der Charakter des DSA als Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV noch die Aussage in **ErwGr 9**, wonach der DSA die „für Vermittlungsdienste im Binnenmarkt geltenden Vorschriften vollständig harmonisiert, um ein sicheres, berechenbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld sicherzustellen“ von der Prüfung entbinden, ob eine konkrete Bestimmung des DSA tatsächlich vollharmonisierenden Charakter hat. Auch ErwGr 9 S. 2 erkennt im Übrigen ausdrücklich an, dass Bestimmungen des DSA den **Mitgliedstaaten Spielräume** eröffnen könne, um zusätzliche nationale Anforderungen „in Bezug auf die in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallenden Bereiche [zu] erlassen oder bei[zu]behalten“. Zudem ist die Harmonisierungswirkung auf den Anwendungsbereich der Verordnung beschränkt. So verweist Art. 3 lit. h) DSA für die Bestimmung dessen, was einen „rechtswidrigen Inhalt“ im Sinne der Verordnung darstellt, auch auf das Recht der Mitgliedstaaten. Eine ausdrückliche Öffnungsklausel enthält zudem Art. 51 Abs. 6 DSA, der die Mitgliedstaaten dazu ermächtigt und wohl auch verpflichtet, den zuständigen nationalen

¹³⁹ BVerfGE 152, 216 Rn. 79 – *Recht auf Vergessen II*.

¹⁴⁰ Dazu ausführlich Wendel EuR 2022, 327 (353 ff.).

¹⁴¹ BVerfGE 152, 152 LS 1 – *Recht auf Vergessen I*; vgl. auch E 152, 216 LS 2 – *Recht auf Vergessen II*. Dazu und zu parallelen Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten siehe Wendel CMLR 2020, 1383 ff.

¹⁴² BVerfGE 158, 1 Rn. 81 – *Ökotox*.

Behörden Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse einzuräumen.¹⁴³ Und nach Art. 52 Abs. 1 DSA liegt es ebenfalls an den Mitgliedstaaten Vorschriften über Sanktionen bei Verstößen gegen den Rechtsakt zu erlassen. Schließlich sprechen gute Gründe dafür, dass der DSA den Mitgliedstaaten auch im Bereich der zivilrechtlichen Haftung und deren Durchsetzung Spielräume belässt.¹⁴⁴

52. Vor diesem Hintergrund lässt der Prüfungsmaßstab, den **Art. 14 Abs. 4 DSA** für die in AGBs geregelten Beschränkungen formuliert, auf den ersten Blick nicht erkennen, dass dem nationalen Gesetzgeber Spielräume verbleiben sollen. Auf den zweiten Blick ist der Prüfungsmaßstab allerdings in mehrfacher Hinsicht **mit nationalem Recht verschränkt**. Denn die Beschränkungen, die sich auf rechtswidrige Inhalte beziehen, lassen sich regelmäßig nur unter Rückgriff auf den entsprechenden nationalen Rechtswidrigkeitstatbestand als solche identifizieren. Zudem wird Art. 14 Abs. 4 DSA nicht nur im Rahmen der prozeduralen Selbstkontrolle der Plattformen relevant, sondern dient auch den Behörden im Zuge ihrer gegebenenfalls durch nationales Recht geschaffenen Befugnisse zur AGB-Inhaltskontrolle als Maßstab.¹⁴⁵

53. Diese Verschränkungen ändern jedoch letztlich nichts daran, dass Art. 14 Abs. 4 DSA den **Maßstab für die Inhaltskontrolle von Nutzungsbeschränkungen abschließend regelt und nationale Regelungen, etwa die §§ 307 ff. BGB, insoweit verdrängt**.¹⁴⁶ Dass sich das Rechtswidrigkeitsurteil aus dem nationalen Recht ergibt, das seinerseits in aller Regel (auch) an nationalen Grundrechten gemessen wird¹⁴⁷, determiniert nicht die von Art. 14 Abs. 4 DSA geforderte Abwägung, sondern ebnet erst den Weg zu dieser. Das (nationale) Rechtswidrigkeitsurteil findet also bereits auf der Tatbestandsseite der Beschränkungsentscheidung Berücksichtigung, nicht auf der von Art. 14 Abs. 4 DSA geregelten Rechtsfolgenseite. Ebenso beeinflusst die Tatsache, dass der in Art. 14 Abs. 4 DSA geregelte Maßstab (auch) durch mitgliedstaatliche Behörden auf der Basis nationaler Befugnisnormen durchgeführt wird, nicht den Inhalt des Maßstabs.

54. Ein relevanter Punkt ist schließlich noch die **sachliche Reichweite des Art. 14 Abs. 4 DSA**. Ausweislich seines Wortlauts gilt die Norm für die „Anwendung und Durchsetzung“, nicht auch für die „Aufstellung“ von AGBs. Ausdrücklich ist damit nur eine

¹⁴³ Hierzu näher *Rademacher*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 51 Rn. 2 ff.

¹⁴⁴ Dazu ausführlich *Cole/Ukrow* (Fn. 14).

¹⁴⁵ *Rademacher*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Vor Art. 49 ff. DSA Rn. 15.

¹⁴⁶ So auch *Raue*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 89.

¹⁴⁷ Vgl. *Rademacher*, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 56 DSA Rn. 5

Entscheidung über das Prüfungsprogramm für die Ausübungskontrolle von (wirksamen) AGB getroffen. Für die wichtige Inhaltskontrolle kämen dann gegebenenfalls doch (nur) nationale Grundrechte in Betracht. Allerdings sprechen bereits systematische und historisch-genetische Gründe dafür, dass auch die Inhaltskontrolle unionsrechtlich determiniert sein soll, namentlich ErwGr 45 S. 1 und ErwGr 47 S. 1 DSA.¹⁴⁸ Darüber hinaus wäre dem Zweck des Art. 1 Abs. 1 DSA mit einer einengenden Auslegung nicht gedient.¹⁴⁹ Versteht man schließlich, wie hier, Art. 14 Abs. 4 DSA als weitgehend deklaratorische Norm, die primär als Relais für die Horizontalwirkung der bereits „aus sich heraus“ wirkenden Unionsgrundrechte fungiert, kann sie **nicht als Entscheidung für eigene fachrechtliche Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten verstanden werden.**

¹⁴⁸ Raue, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. 76; ebenso Janal (Fn. 7) III.2.a.

¹⁴⁹ Raue, in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, 2023, Art. 14 DSA Rn. Rn. 75.