

ROLF SCHWARTMANN / KRISTIN BENEDIKT

Löschen und Sperren als Schaden nach Art. 82 DS-GVO

Folgen unwirksamer Nutzungsbedingungen nach der BGH-Rechtsprechung

Schadensersatzanspruch
AGB-Kontrolle
Meinungsfreiheit
Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)
Virtuelles Hausrecht

■ Im Juli 2021 hat der BGH zwei Entscheidungen getroffen, die Facebook einerseits das Recht einräumen, sich Nutzungsbedingungen zu geben, die vom Gesetzesrecht abweichen. Zugleich wurde das Unternehmen aber verpflichtet, seine Nutzungsbedingungen nachzubessern. Die Urteile haben weitreichende Bedeutung für die Durchsetzung der Meinungsfreiheit im Internet und verpflichten Facebook auf die Wahrung des Willkürverbots nach vorgegebenen Regeln. Nicht erörtert ist die Frage, ob eine Löschung oder Sperrung ohne Rechtsgrundlage einen Datenschutzverstoß darstellt und ob diese mögliche Verletzung zu einem immateriellen oder materiellen Schaden und damit zu einem Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO führt. Der Beitrag stellt zunächst die Entscheidungen und deren Konsequenzen für soziale Netzwerke (I., II.) vor und befasst sich sodann mit der Frage rechtswidrigen Sperrrens als Datenschutzverstoß.

■ In July 2021, the German Federal Court of Justice (BGH) handed down two decisions which, on the one hand, grant Facebook the right to adopt terms of use that deviate from the law. On the other hand, the company was obliged to revise its terms of use. The decisions have far-reaching consequences for the enforcement of freedom of expression on the internet and oblige Facebook to observe the prohibition of arbitrariness according to predefined rules. However, the question of whether deletion or blocking without a legal basis constitutes a data protection violation and whether such a possible violation leads to immaterial or material damage and thus to a claim for damages under Article 82 GDPR was not discussed. This article first presents the decisions and their consequences for social networks (I., II.) and then addresses the question of unlawful blocking as a data protection violation.

Lesedauer: 19 Minuten

I. Die BGH-Entscheidungen v. 29.7.2021

Die Rechtslage bei Rechtmäßigkeit einer vorübergehenden Kontosperrung und Löschung von Beiträgen bei sozialen Netzwerken hat seit Juli 2021 eine neue Grundlage in der Rechtsprechung des BGH¹. Die Kläger sind Facebook-Nutzer und begehren u.a. die Veröffentlichung ihrer gelöschten Beiträge und das Unterlassen einer erneuten Kontosperrung. Facebook löschte die Beiträge der Nutzer, da sie gegen das Verbot der „Hassrede“ verstießen, und sperrte vorübergehend die Nutzerkonten. Der BGH urteilte, dass Facebook nicht berechtigt gewesen sei, die Beiträge zu löschen und die Konten vorübergehend zu sperren. Die Geschäftsbedingungen von Facebook verstießen gegen das AGB-Recht. Die Kernaussagen der Entscheidungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Facebook darf für seine Kommunikationsstandards bei der Bewertung der Grenzen der Meinungsfreiheit für sog. „Hassrede“ strengere Maßstäbe anlegen als das Strafrecht. Eine Aussage muss keine Beleidigung, Verleumdung oder Volksverhetzung sein, damit Facebook sie löschen darf. Diese Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen aber im Dialog mit den Nutzer*innen nach einem Anhörungsverfahren erfolgen. Dazu müssen die Grundrechte von Facebook und die der Nutzer*innen in Ausgleich gebracht werden. Diesen Anforderungen genügen die bisherigen Standards² nicht.

1. Aktuell: Nicht strafbar, also erlaubt

Die Nutzungsbedingungen von Facebook erklärt der BGH für unwirksam, weil sie einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB

nicht standhalten. Es fehlt an einem Verfahren, mit dem der Nutzer, dessen Äußerungen von Facebook gelöscht oder gesperrt werden, seinen Standpunkt vertreten kann. Die Brisanz der Entscheidungen wird deutlich, wenn man auf die Konsequenzen schaut:

■ Weil sich in den Kommunikationsstandards von Facebook kein Anhörungsverfahren findet, muss das nun geschaffen werden. Bis dahin sind die Nutzungsbedingungen keine wirksame Rechtsgrundlage für das Löschen von Beiträgen und die Sperrung von Nutzerkonten.

■ Alles was nicht strafbar ist, ist auf der Plattform erlaubt. Bis der Mangel behoben ist, gilt das Strafrecht unmittelbar als Maßstab für die Zulässigkeit von Äußerungen.

■ Nichts, was bei Facebook gepostet ist, darf mehr gelöscht werden, wenn es nicht strafbar ist.

■ Neben einer Löschungsbefugnis wegen einer Straftat besteht die Möglichkeit und nach Hinweis die Pflicht, persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte zu löschen. Alles, was in der Vergangenheit gelöscht wurde, muss Facebook daraufhin überprüfen, ob es strafbar ist. Anderenfalls kann Facebook mit Erfolg auf Freishaltung der gelöschten Beiträge verklagt werden.

■ Das Anhörungsverfahren muss den Anforderungen des BGH entsprechen.

■ Für die Zukunft muss Facebook sich Nutzungsbedingungen geben, die die Meinungsfreiheit des Nutzers in Abgrenzung zum Strafrecht wahren.

Facebook darf für seine Kommunikationsstandards bei der Bewertung der Grenzen der Meinungsfreiheit für sog. „Hassrede“ nach der Lösung des BGH also strengere Maßstäbe anlegen als das Strafrecht. Das hat der BGH entschieden und damit für Klar-

¹ BGH ZD 2021, ●●●m. Anm. Hoeren/Pinelli – in diesem Heft und die fast identische Parallelentscheidung BGH U. v. 29.7.2021 – III ZR 192/20.

² Den Entscheidungen des BGH lagen die Nutzungsbedingungen von Facebook i.d.F. v. 19.4.2018 zu Grunde.

heit³ für das Löschen und Sperren von Inhalten unter Geltung des „virtuellen Hausrechts“ gesorgt. Was bedeutet das konkret für Anbieter sozialer Netzwerke und welche Regeln gelten jetzt? Eine Aussage muss keine Beleidigung, Verleumdung oder Volksverhetzung sein, damit Facebook sie löschen darf. Diese Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen aber im Dialog mit dem Nutzer nach einem Anhörungsverfahren erfolgen. Dazu müssen die Grundrechte von Facebook und die des Nutzers in Ausgleich gebracht werden. Diesen Anforderungen genügen die aktuellen Nutzungsbedingungen⁴ nicht. Der BGH erklärt sie für unwirksam, weil es darin an einem Verfahren fehlt, mit dem der Nutzer, dessen Äußerungen von Facebook gelöscht oder gesperrt werden, seinen Standpunkt vertreten kann. Das Anhörungsverfahren muss nun nach den Regeln des BGH geschaffen werden.⁵ Bis dahin sind die Nutzungsbedingungen keine wirksame Rechtsgrundlage. Gelöschte Beiträge müssen online gestellt werden, wenn sie nicht strafbar sind.

2. Senkung der Strafbarkeitsschwelle: Verhetzende Beleidigung – § 192a StGB

§ 192a StGB, der am 22.9.2021 in Kraft getreten ist, weitet den Anwendungsbereich der Beleidigung deutlich aus. Die Norm stellt darauf ab, dass eine Person Inhalte an eine andere Person gelangen lässt, mit der sie diese wegen einer gesetzlich festgelegten Gruppenzugehörigkeit in ihrer Menschenwürde angreift. Geschützt sind die Gruppenmerkmale nationale, rassische, religiöse oder ethnische Herkunft, Weltanschauung, Behinderung und sexuelle Orientierung. Strafbar ist es, die Gruppe oder einen Einzelnen wegen seiner Gruppenzugehörigkeit zu beschimpfen, böswillig verächtlich zu machen oder zu verleumden. Die Tat begeht man durch „Gelangenlassen“, per Zusenden, Anbieten, Überlassen oder Zugänglichmachen, sei es schriftlich, per SMS oder E-Mail. So wird ein effektiver Schutz vor ungewollter Konfrontation mit Angriffen bezweckt. Was bedeutet das für die Strafbarkeit von Äußerungen? Antisemitische Äußerungen sind nun ebenso strafbar wie ausländerfeindliche oder sexistische, wenn der Inhalt den Verfügungsbereich des Adressaten erreicht. Der Satz „Ausländer raus aus Deutschland“ unterfällt dem Tatbestand, denn er grenzt eine Menschengruppe wegen ihrer Nationalität aus und spricht ihr das Existenzrecht im Staat ab. Das dürfte als Angriff auf die Menschenwürde zu werten sein. Weil das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung mit Blick auf die geschützten Gruppen neutral ist, werden Weltanschauungen nicht diskriminiert. Es ist nicht ersichtlich, warum Aussagen wie „Nazis raus“ oder entsprechende politische Kampagnen⁶ nicht strafbar sein sollen. § 192a StGB ist als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Strafbarkeit entsteht auch ohne tatsächliche Ehrverletzung.⁷ Es werden aggressive Meinungsäußerungen mit Menschenwürderelevanz kriminalisiert. Pointiert gesagt wird die Meinung zur Straftat. Ob dieses Ergebnis intendiert oder unabhängig davon, mit Blick auf die Meinungsfreiheit verfassungsrechtlich haltbar ist, ist fraglich. Die Norm ist jedenfalls ein sehr scharfes Schwert, weil wegen der niedrigen Strafbarkeitsschwelle zahlreiche oft unüberlegte Aussagen auch im nicht-öffentlichen Kontext strafbar werden. Ob die Kunstfreiheit Äußerungen privilegiert, ist jedenfalls dann sehr fraglich, wenn eine künstlerische Äußerung nur wiedergegeben wird. Für die „Ärzte“ dürfte der gegen rechte Gewalt gerichtete aggressive Text von „Schrei nach Liebe“ von der Kunstfreiheit gedeckt sein. Jemanden, der ihn ausschließlich verbreitet, dürfte die Kunstfreiheit aber nicht schützen. Facebook jedenfalls, darf nun wegen der sehr niedrigen Strafbarkeitsschwelle, zahlreiche Äußerungen löschen, die nach bisherigem Recht erlaubt waren. § 192a StGB schränkt den Anwendungsbereich der neuen BGH-Rechtsprechung stark ein, wenn die Norm nicht verfassungskonform stark einschränkend ausgelegt wird.

3. Künftig: Nicht strafbar, aber erlaubt

Neben Verfahrensvorgaben hat der BGH auch Grundsätze für inhaltliche Fragen aufgestellt. Facebook muss nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz den Grundrechten seiner Nutzer*innen weitestgehend Rechnung tragen. Das bedeutet konkret, dass Facebook seine Grundrechte auf Berufs- und Meinungsfreiheit mit denen der Nutzer*innen auf Meinungsfreiheit unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots gem. Art. 3 Abs. 1 GG in Ausgleich bringen muss. Dazu ist es erforderlich, die Nutzungsbedingungen anzupassen und ein geeignetes Verfahren für die Löschung von Beiträgen und die Kontosperrung vorzusehen. Das Verfahren muss folgende Anforderungen erfüllen:

- Inhalte dürfen nur entfernt werden, wenn ein sachlicher Grund besteht. Facebook darf also nicht „willkürlich einzelne Meinungsäußerungen ... untersagen“.
- „Ein Verbot der Äußerung von bestimmten politischen Ansichten“ verstößt gegen die Meinungsfreiheit des Nutzers und gegen das Gleichbehandlungsgebot.
- „Entfernungsvorbehalte müssen die darauf gestützten Entscheidungen nachvollziehbar erklären.“
- „Sie dürfen nicht an bloß subjektive Einschätzungen oder Befürchtungen der Beklagten anknüpfen. Sie müssen vielmehr an objektive, überprüfbare Tatbestände anknüpfen.“⁸

4. Forderung nach dem Gesetzgeber

Man kann mit guten Gründen der Meinung sein, dass das aktuelle AGB-Recht gem. §§ 305 ff. BGB zu unspezifisch ist, um die Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken zu schützen. Das kann aber nicht der BGH lösen, sondern das ist das Problem des Anbieters des privaten Kommunikationsraums, den der Gesetzgeber im Stich lässt. Es ist ein Dilemma, dass die Grenzen der Meinungsfreiheit jenseits strafbarer Äußerungen im Machtbereich von Unternehmen nach aktuellem Recht von Privaten ausgelotet werden müssen. Wegen ihrer fundamentalen Bedeutung als Grundlage und Voraussetzung einer funktionierenden Demokratie sollte das „virtuelle Hausrecht“ in einem Gesetz ausgestaltet werden. Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Regelung wäre eine Anpassung des Rechts der AGB im BGB. Der Gesetzgeber könnte nach dem Vorbild des Musters für Widerrufsbelehrungen bei Fernabsatzverträgen⁹ eine Norm schaffen, die Medienintermediären eine rechtssichere Möglichkeit bietet, ihre Löschungsrechte zu regeln.

Der Gesetzgeber könnte „Muster-AGB“ für die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen vorgeben, die in die übrigen AGB der Plattformen eingefügt werden können. Verwenden die Plattfor-

³ Zum Zustand vorher Kühling/Schwartzmann, Es ist an der Zeit, FAZ v. 19.11.2020, S. 8; Schwartzmann/Mühlenbeck, ZRP 2020, 170; Schwartzmann, MMR 2020, 501; vgl. dazu exemplarisch etwa OLG Dresden MMR 2018, 756, Ls. 1; LG Stuttgart MMR 2020, 423, Rn. 31 ff.; LG Frankenthal U. v. 8.9.2020 – 6 O 238/19, Rn. 33 ff.; OLG Schleswig U. v. 26.2.2020 – 9 U 125/19, Rn. 37 ff. (dazu Anm. Schwartzmann/Mühlenbeck, GRUR-Prax 2020, 286).

⁴ Zu deren Rechtsnatur vgl. LG Frankenthal MMR 2021, 85 m. Anm. Zipfel, Rn. 30 und 65 unter Verweis auf OLG München MMR 2018, 753; LG Frankfurt/M. MMR 2021, 271 (272), Rn. 42; LG Stuttgart MMR 2020, 423, Rn. 30; LG Bremen MMR 2020, 426 (427), Rn. 30; zum Ganzen vgl. Lüdemann, MMR 2019, 279; auch Friehe, NJW 2020, 1697 (1698).

⁵ Dazu Schwartzmann, Schlimm? FAZ v. 12.8.2021, S. 6.

⁶ Vgl. https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/zur_sache_web_kein_platzfuernazis_a6_201303.pdf.

⁷ BT-Drs. 19/31115, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/311/1931115.pdf>.

⁸ BGH ZD 2021, ●●●m. Anm. Hoeren/Pinelli – in diesem Heft, Rn. 80, 92-94.; BGH U. v. 29.7.2021 – III ZR 192/20, Rn. 93-95; dazu bereits Schwartzmann, abrufbar unter: <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/nach-den-bgh-urteilen-wie-der-staat-facebook-helfen-kann>.

⁹ Vgl. Muster für die Widerrufsbelehrung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen (Anlage 1 – zu Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 EGBGB; Anlage 3 – zu Art. 246 § 2 Abs. 3 EGBGB).

men diese AGB, kann ein Gericht sie nicht für unwirksam erklären. Die Kontrolle, ob die Plattformen die AGB richtig anwenden, obläge dann zwar auch wiederum den Zivilgerichten. Erstinstanzlich wären grundsätzlich die Amtsgerichte zuständig. Auf diese Weise kann flächendeckend, sach- und bürgernah sowie schnell die Rechtsanwendung kontrolliert werden. Verzichtet die Plattform darauf, diese AGB zu verwenden, muss sie mit der sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheit und ggf. sehr un schönen Posts auf ihren Seiten leben. Wenn sie sich für diese Option entschieden hat, muss sie bessere und zugleich rechtskonforme AGB abfassen.

Ein weiterer Ansatz ist es, die „Äußerungsdelikte“ des StGB, die in § 1 Abs. 3 Networkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) aufgelistet sind, moderat zu erweitern. Einschlägige Delikte wären insbesondere Volksverhetzung gem. § 130 StGB und Androhung und Billigung von Straftaten gem. § 126 StGB. Bei diesen Tatbeständen (§§ 126, 130 StGB) könnte die Voraussetzung, „die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“, gestrichen werden. Damit würde man auch dann eine Löschung ermöglichen, wenn es an dieser Voraussetzung fehlen und daher keine strafbare Handlung vorliegen würde. Manche Straftatbestände setzen ein „Verbreiten“ voraus. Dazu müssen Inhalte für einen größeren, für den Täter selbst nicht mehr kontrollierbaren Personenkreis zugänglich gemacht werden. Weil das bei geschlossenen Gruppen oft zweifelhaft sein dürfte, könnte man in den AGB ggf. auch auf dieses Tatbestandsmerkmal verzichten.¹⁰

5. Anforderungen an Facebook-AGB

Solange es keine gesetzliche Hilfe gibt, sind Anbieter gefordert, die Vorgaben des *BGH* zu erfüllen. Dieser hat die für Entscheidung relevanten Nutzungsbedingungen nicht überprüft, denn darauf kam es im Fall nicht mehr an. Man kann die Maßstäbe aber an die Definition von Hassrede in Facebook-AGB anlegen: „Wir definieren Hassrede als direkten Angriff auf Personen aufgrund geschützter Eigenschaften: ...“ Sie erfüllt die Voraussetzungen des *BGH* nicht, denn *Facebook* nimmt eine thematische Begrenzung vor, weil nur bestimmte Meinungen geschützt sind. Damit sind manche Ansichten geschützt, andere aber nicht. Das klingt nur auf den ersten Blick überzeugend, weil es sich um gängige, von der Mehrheit anerkannte besonders schutzbedürftige Gruppen handelt. Wer konkret besonders zu schützen ist, ist in der Demokratie Gegenstand einer gesellschaftlichen Auseinandersetzung. Das zeigt das wechselnde Schicksal der Anerkennung der Schutzbedürftigkeit von Minderheiten, das sich nur in einer freien Debatte durchsetzen kann. Genau dieser dem Minderheitenschutz dienende kontroverse Diskussionsprozess darf in sozialen Netzwerken nicht abgeschnitten werden. Ein diskriminierungsfreier Schutz entsteht dadurch aber nicht. Ihn gewährt etwa der Straftatbestand der Volksverhetzung in § 130 StGB. Hier werden bestimmte Gruppen zwar als schutzwürdig benannt. Daneben werden aber auch alle anderen Teile der Bevölkerung geschützt. Eine ebenso neutrale und diskriminierungsfreie Formulierung müsste sich auch in den Nutzungsbedingungen finden. Sie müssen dem Minderheitenschutz gerecht werden, dem die Meinungsfreiheit in besonderer Weise dient.

¹⁰ Ausf. hierzu der Vorschlag *Biesenbach/Schwartzmann*, DRiZ 2021, 146 (149) sowie *dies.*, FAZ, Einspruch v. 15.3.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/regulierung-sozialer-netzwerke-an-der-langen-leine-17245981.html>; vgl. auch *Schwartzmann* v. 7.7.2021, abrufbar unter: <https://web.de/magazine/digital/gesetz-meinungsfreiheit-teil-3-hassen-privaten-regeln-35934118>; dazu auch *van Lijnden*, FAZ v. 31.3.2021, S. 8.

¹¹ *BGH* ZD 2021, ●●●m. Anm. *Hoeren/Pinelli* – in diesem Heft, Rn. 14 und *BGH* U. v. 29.7.2021 – III ZR 192/20, Rn. 71, 86.

¹² *BGH* ZD 2018, 532 m. Anm. *Schiff* = MMR 2018, 456 m. Anm. *Palzer/Jochheim*, Rn. 19.

¹³ *BGH* ZD 2021, ●●●m. Anm. *Hoeren/Pinelli* – in diesem Heft, Rn. 87.

6. Grundrechtsbindung privater Plattformbetreiber

Der *BGH* hob in beiden Entscheidungen die herausragende Rolle des sozialen Netzwerks *Facebook* hervor. *Facebook* sei als Betreiber des sozialen Netzwerks „unverzichtbare Mittelsperson“ und ermögliche durch den Betrieb der Plattform, dass sich Nutzer*innen untereinander austauschen können.¹¹ Die Entscheidungen des *BGH* entfalten zwar nur Wirkung zwischen den Parteien des Verfahrens („inter partes“). Gleichwohl lassen sich die vom *BGH* aufgestellten Anforderungen an ein geeignetes Verfahren zum Umgang mit dem Löschen von Beiträgen unter Sperrung von Nutzerkonten auf weitere Anwendungsbereiche übertragen. In erster Linie gelten die Anforderungen an ein geeignetes Lösch- und Sperrverfahren für sämtliche soziale Netzwerke wie *Instagram* oder *Twitter*.

Doch auch auf Streaming-Plattformen, Foren, Blogs und andere Online-Dienste mit Kommentarfunktion sind die Anforderungen übertragbar. Diesen Diensten ist gemeinsam, dass sie dem Nutzer eine Möglichkeit bieten, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten. Da der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht nur bei reinen Meinungsäußerungen, sondern auch bei Äußerungen, die sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Meinungen enthalten, eröffnet ist, ist der Anwendungsbereich weit. Die Anforderungen des *BGH* lassen sich z.B. auf Berufsberatungsplattformen¹² und die Kommentarfunktion bei Kartendiensten oder bei Produktbewertungen im Online-Shop übertragen. Zwar kann entgegengehalten werden, dass insbesondere Blogs und Foren eine thematische Begrenzung vorsehen und die Kommentarfunktion nicht vorrangig dem allgemeinen Kommunikations- und Informationsaustausch dient. Dennoch haben die Gerichte im Einzelfall Bewertungsportalen eine vergleichbare Rolle als „neutraler Informationsmittler“ zugeschrieben. Moderiert der Betreiber eines Portals Beiträge der Nutzer*innen, so ist er nicht nur als privatwirtschaftliches Unternehmen Grundrechtsträger. Da die Grundrechte auch im Privatrecht ihre Wirkung entfalten (unmittelbare Drittwirkung), ist der Anbieter eines solchen Portals ebenfalls verpflichtet, dem Grundrecht des Nutzers auf freie Meinungsäußerung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG weitestgehend Rechnung zu tragen. Daraus folgt, dass der Anbieter moderieren darf, insbesondere Beiträge, die gegen sein virtuelles Hausrecht verstoßen, löschen darf. Er muss dies dem Nutzer jedoch transparent machen, d.h. den Nutzer über den Grund der Löschung informieren, ihn anhören und das Vorbringen des Nutzers berücksichtigen. Besondere Anforderungen gelten bei der Sperrung eines Nutzerkontos. Sinn und Zweck der Nutzungsbedingungen ist es, die Qualität der Kommentare und Beiträge und somit des kompletten Portals zu gewährleisten. Die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG schützt den Portalbetreiber, denn er darf grundsätzlich Nutzer*innen, die wiederholt gegen das virtuelle Hausrecht verstoßen, vollständig ausschließen. Anders als das Löschen von Beiträgen dient die Sperrung eines Nutzerkontos vorrangig als Sanktionsmittel. Zugleich verhindert es, dass Nutzer*innen erneut gegen die Nutzungsbedingungen verstoßen.¹³

7. Zwischenfazit

Die Konsequenzen der Entscheidungen des *BGH* sind erheblich. Da sich in den Kommunikationsstandards von *Facebook* kein Anhörungsverfahren findet, muss das nun geschaffen werden. Bis dahin sind die Nutzungsbedingungen keine wirksame Rechtsgrundlage für Äußerungen. Alles was nicht strafbar ist, ist auf der Plattform erlaubt. Bis der Mangel behoben ist, gilt das Strafrecht unmittelbar als Maßstab für die Zulässigkeit von Äußerungen. Nichts was bei *Facebook* gepostet ist, darf mehr gelöscht werden, wenn es nicht strafbar ist. Alles, was in der Vergangenheit gelöscht wurde, muss *Facebook* daraufhin überprü-

fen, ob es strafbar ist. Anderenfalls kann Facebook mit Erfolg auf Freischaltung der gelöschten Beiträge verklagt werden.¹⁴ Nun müssen Facebook & Co. sehr schnell und klug handeln. Zunächst muss ein Anhörungsverfahren geschaffen werden. Das ist rechtlich nicht schwer, auch wenn der Vollzug viel Personal bindet. Komplex wird es, wenn es um Inhalte, also die Schaffung von AGB geht, die nicht Strafbares von für Facebook Unzulässigem trennen. Doch selbst, wenn die Plattformbetreiber die Nutzungsbedingungen anpassen und einen geeigneten Verfahren vorsehen, werden sie nicht beliebig Beiträge löschen und Konten sperren können. Wird ein gelöschter Beitrag nicht wiederhergestellt oder bleibt das Konto gesperrt, unterliegt auch dies der vollen zivilrechtlichen Kontrolle. Die Gerichte werden erneut in eine Abwägung zwischen den Grundrechtspositionen des Portalbetreibers und der Nutzer*innen eintreten. In diesem Punkt gilt jedoch ein anderer Maßstab. Derjenige, der sich als neutraler Informationsmittler versteht, wird gefordert sein, das Recht auf Meinungsäußerung gewichtiger zu bewerten als derjenige, der einen thematisch begrenzten Dienst anbietet. Bestimmt ein Forumbetreiber, das sein Geschäftsmodell auf dem Austausch von Meinungen von Fußballfans beruht, dürfte er ohne Weiteres Beiträge zum politischen Diskurs anlässlich der Bundestagswahlen löschen, denn diese Beiträge befassen sich thematisch nicht mit dem Geschäftszweck seines Forums.

II. Rechtswidriges Löschen und Sperren als Datenschutzverstoß

Nicht erörtert ist die Frage, ob eine Löschung oder Sperrung ohne Rechtsgrundlage einen Datenschutzverstoß darstellt und ob diese mögliche Verletzung zu einem immateriellen oder materiellen Schaden und damit zu einem Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO führt.

1. Löschen und Sperren von Inhalten als Datenverarbeitung

Das Löschen von Daten und die Einschränkung der Verarbeitung werden von Art. 4 Nr. 2 DS-GVO bzw. Art. 4 Nr. 3 DS-GVO ausdrücklich als Datenverarbeitung benannt bzw. definiert. Von einer Einschränkung der Verarbeitung kann man dann ausgehen, wenn Daten für ihren Zweck temporär nicht mehr benötigt, aber für eine mögliche spätere Verwendung aufgehoben werden.¹⁵ Insofern spricht einiges dafür, sowohl das „Löschen“ eines Posts als auch das „Sperren des Zugriffs“ auf die Inhalte im Angebot des Anbieters oder auf einem Kanal des Nutzers (YouTube-Kanal, Fanpage, Tweets) unter Art. 4 Nr. 2 DS-GVO zu fassen. Ob und inwieweit Inhalte beim Löschen tatsächlich und endgültig gelöscht werden¹⁶ oder deren Verarbeitung eingeschränkt wird, kann letztlich dahinstehen, da gem. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO alle denkbaren Varianten dem Verarbeitungstatbestand der DS-GVO unterfallen.

2. Datenschutzrechtliche Legitimation und Verantwortlichkeit

Die Entscheidungen des BGH zum Löschen und Sperren betreffen Datenverarbeitungsvorgänge nach der DS-GVO. Deren datenschutzrechtliche Zulässigkeit dürfte vorrangig an Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO zu messen sein, denn zwischen Facebook als Verantwortlichem und dem Nutzer als betroffene Person besteht ein Nutzungsvertrag.¹⁷ Wenig diskutiert ist bisher die Frage, ob sich aus der DS-GVO nicht auch ein Recht des Nutzers auf Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ableiten lässt. Kann der Nutzer vom Verantwortlichen verlangen, dass seine Daten veröffentlicht werden? Wenn ja, stellt die Nichtveröffentlichung seiner Daten einen Verstoß gegen die DS-GVO, insbesondere Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO dar? Bisher wurden von den Gerichten nur Fälle entschieden, in denen der

Verantwortliche mehr Daten verarbeitete, als er nach den Regelungen der DS-GVO durfte, weil es an einer Rechtsgrundlage fehlte.¹⁸ Doch auch ein „Zuwenig“ an Datenverarbeitung kann einen Verstoß begründen, der zu einem Schaden führt. Eine Datenschutzverletzung liegt stets vor, wenn die Verfügbarkeit von Daten beeinträchtigt ist.¹⁹ Werden Beiträge gelöscht oder Nutzerkonten gesperrt, sind Nutzerdaten nicht mehr verfügbar. Der Nutzer verliert die Kontrolle über seine Daten und dieser Kontrollverlust stellt einen immateriellen Schaden dar.²⁰ Diese Auffassung fordert einen Perspektivwechsel, denn nach dem bisherigen Verständnis ließ der Grundsatz der Datenminimierung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO keinen Raum für eine ausgiebige Datenverarbeitung. Dennoch ergibt sich daraus kein Widerspruch. Die DS-GVO sieht z.B. eine Datenmehrung vor, indem dem Nutzer das Recht auf Datenportabilität gem. Art. 20 Abs. 1 DS-GVO zugesprochen wird. Zudem liegt es in der Natur der Sache, dass Nutzer*innen gerade soziale Netzwerke zur Meinungsäußerung nutzen, um für ihre Beiträge größtmögliche Reichweite und Anerkennung zu erhalten. Es ist demnach ein modernes Verständnis, wenn Art. 8 GRCh nicht nur als Schutz vor Verarbeitung, sondern zugleich auch als Recht auf Verarbeitung verstanden wird.

3. Löschen und Sperren als Datenschutzverstoß?

a) Anwendungsfälle materiellen und immateriellen Schadens wegen Sperrens und Löschens

Vor allem im digitalen Kontext gibt es Anwendungsfälle, in denen die betroffenen Personen von einem „Mehr“ an Datenverarbeitung profitieren. Dies gilt insbesondere bei sozialen Netzwerken und kommerziell betriebenen Konten von Influencer*innen. Werden Beiträge eines Influencers gelöscht oder gar sein Nutzungskonto vorübergehend gesperrt, erwächst ihm daraus unmittelbar ein Schaden, denn er kann seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Unternehmen, in deren Auftrag er wirbt, nicht erfüllen. Ihm erwächst ein materieller Schaden in Form eines Vergütungsausfalls oder Schadensersatzanspruchs seines Vertragspartners. Doch auch immaterielle Schäden sind denkbar, denn gelöschte Beiträge und gesperrte Konten schränken das Recht auf freie Meinungsäußerung ein. Erfolgt dies rechtswidrig, kann ein Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO begründet sein, da Art. 82 DS-GVO jeden Verstoß gegen datenschutzrechtliche Regelungen erfasst. Ob Art. 82 DS-GVO abschließend Schadensersatzansprüche bei datenschutzrechtlichen Verstößen regelt oder daneben auch nationale Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen, haben die Gerichte bisher nicht entschieden.²¹

b) Bisherige Rechtsprechung zum Löschen und Sperren von Inhalten auf sozialen Netzwerken

Die bisherige Rechtsprechung hat Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DS-GVO wegen Löschens und Sperrens von Inhalten in sozialen Netzwerken abgelehnt. Für das OLG Dresden stellte das bloße Sperren eines Nutzerkontos und der bloße Datenverlust noch keinen Schaden nach Art. 82 DS-GVO dar. Bagatellschäden im immateriellen Bereich seien nicht erfasst.²² Für

¹⁴ Schwartmann (o. FuBn. 5).

¹⁵ Schwartmann/Hermann, in: HK DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Art. 4 Rn. 60.

¹⁶ Zum Delisting Schwartmann/Hermann (o. FuBn. 13), Rn. 67.

¹⁷ BGH U. v. 29.7.2021 – III ZR 192/20, Rn. 40.

¹⁸ ArbG Münster ZD 2021, 534; AG Hildesheim ZD 2021, 384; LG Darmstadt ZD 2020, 642.

¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 49, Art. 32 Abs. 1 lit. b, lit. c DS-GVO.

²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 75, 85 DS-GVO.

²¹ Allgayer, RDV 2021, 243 (247); dazu auch Schwartmann/Keppler/Jacquemain, in: HK DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Art. 82 DS-GVO Rn. 43; Jacquemain, RDV 2017, 227 (232); Gola/Piltz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 20, die parallele Ansprüche des nationalen Rechts für möglich halten.

²² OLG Dresden ZD 2021, 93.

dasselbe *Gericht* stellte die Löschung eines Posts und die 30-tägige Umstellung auf den sog. Read-Only-Modus keinen schwerwiegenden Persönlichkeitseingriff dar und es fehlte an einer konkreten Darlegung des Schadens.²³ Letztere Voraussetzung war auch in einem Fall des *LG Frankfurt/M.* nicht erfüllt.²⁴

c) Entwicklung der Rechtsprechung zum Schaden nach Art. 82 DS-GVO

Ob diese Rechtsprechung Bestand hat, ist offen. Darauf, dass die Anwendung des Art. 82 DS-GVO zahlreiche aktuell ergebnisoffene Fragen aufwirft, weist *Allgayer*²⁵ hin. Die von dieser Vorschrift als ersatzfähig erfassten materiellen sowie immateriellen Schäden seien auch als Kategorien des nationalen Rechts bekannt. Art. 82 DS-GVO sei aber autonom auszulegen, sodass auch selbstverständlich und grundlegend erscheinende nationale Rechtsgrundsätze zum Schadensrecht auf ihre Übertragbarkeit auf die DS-GVO zu überprüfen seien.²⁶ Dies betreffe insbesondere die verfassungsgerichtlich unbeanstandete Rechtsprechung des *BGH* zu Voraussetzungen und Höhe von Geldentschädigungen bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts²⁷. *Allgayer* weist zudem darauf hin, dass das *BVerfG* die Abweisung einer Schadensersatzklage wegen Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG aufgehoben hat²⁸. Das *AG Goslar* hatte seine Klageabweisung damit begründet, dass ein Schaden im konkreten Fall nicht ersichtlich gewesen sei. Es ging um eine einzige, nicht zur Unzeit, aber ohne Einwilligung versandete Werbe-E-Mail, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild deutlich als Werbung erkennbar gewesen sei.²⁹ Die hierin liegende eigene Auslegung des EU-Rechts durch das *AG Goslar* sei verfassungsrechtlich relevant fehlerhaft, weil das *AG Goslar* die Ablehnung des Anspruchs auf fehlende Erheblichkeit gestützt habe. Dieses sei aber weder unmittelbar in der DS-GVO angelegt noch in der Literatur oder *EuGH*-Rechtsprechung anerkannt.³⁰ Aus der Perspektive des nationalen Fachgerichts kommt es nicht darauf an, welche Auslegung und Anwendung der DS-GVO überzeugend ist. Entscheidend sei, ob diese Auslegung und Anwendung klar oder geklärt ist. Sei das nicht der Fall, müsse das letztinstanzliche Fachgericht einen entsprechenden Vorlagebeschluss abfassen.³¹ Unabhängig von der Entwicklung in Deutschland hat der *ÖOGH* dem *EuGH* die Frage vorgelegt³², ob der Zuspruch von Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO neben einer Verletzung von Bestimmungen der DS-GVO auch erfordere, dass der Kläger einen Schaden erlitten hat oder ob bereits die Verletzung von Bestimmungen der DS-GVO als solche für die Zuerkennung von Scha-

denersatz ausreicht. Ebenso hat er gefragt, ob für die Bemessung des Schadenersatzes neben den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz weitere Vorgaben des Unionsrechts bestehen. Zur Beantwortung steht auch die Frage an, ob immaterieller Schadensersatz infolge einer Rechtsverletzung von „zumindest einigem Gewicht“ voraussetzt [●●●Autor: bitte Satz prüfen!], „die über den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht“.³³ *Allgayer* weist darüber hinaus darauf hin, dass sich für Art. 82 DS-GVO auch die Frage nach dem abschließenden Charakter der Norm stellt und ob sie Raum für ergänzende nationale Regelungen und Auslegung oder Anwendung jenseits der DS-GVO lässt, was insbesondere auch für die Schnittstellen im Zivilprozessrecht etwa in Bezug auf Darlegungs- und Beweislast, Substanziierung und Schätzung der Fall sei.³⁴

4. Ausblick

Sollte der *EuGH* in den Vorabentscheidungsverfahren zum Ergebnis kommen, dass Art. 82 DS-GVO keine Bagatelldgrenze vorsieht, stärkt das nicht nur die Rechte der Betroffenen und die Durchsetzung des europäischen Rechts. Verantwortliche sehen sich einem bisher nicht überschaubaren Schadensersatzrisiko ausgesetzt. Aus den Erwägungsgründen und aus der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* lässt sich ableiten, dass grundsätzlich jede Form der Rechtsbeeinträchtigung einen Schaden darstellen kann. Daraus folgt, dass grundsätzlich jeder noch so geringfügige Verstoß gegen die Anforderungen der DS-GVO einen Schaden der betroffenen Person indiziert, denn jede Pflicht der DS-GVO dient dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten.

Schnell gelesen ...

- Soziale Netzwerke können Beiträge löschen und Nutzerkonten sperren, wenn ein Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen vorliegt. Dabei müssen die Anbieter sozialer Netzwerke insbesondere dem Recht des Nutzers auf Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG hinreichend Rechnung tragen.
- Um dies zu gewährleisten, muss der Anbieter ein geeignetes Verfahren vorsehen. Der Nutzer ist im Falle einer Löschung oder Sperrung darüber zu informieren, ihm muss die Gelegenheit zur Gegendarstellung eingeräumt werden und der Anbieter muss diesen Vortrag bei einer Neubewertung des Sachverhalts berücksichtigen.
- Sehen die Nutzungsbedingungen kein Verfahren vor, so sind diese unwirksam.
- Löscht der Anbieter dennoch Beiträge oder sperrt Konten, so hat der Nutzer nicht nur einen Anspruch auf Freischaltung des gelöschten Beitrags oder des Kontos, sondern auch einen Schadensersatzanspruch gem. Art. 82 DS-GVO.

23 *OLG Dresden* MMR 2021, 575.

24 *LG Frankfurt/M.* MMR 2021, 271.

25 *Allgayer*, RDV 2021, 243 (247).

26 *Allgayer*, in: DataAgenda Datenschutz Podcast Folge 7: Die Bedeutung der Datenschutz-Grundverordnung für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, abrufbar unter: <https://dataagenda.de/folge-7-die-bedeutung-der-datenschutz-grundverordnung-fur-die-rechtsprechung-des-bundesgerichtshofs/>, Stand: 5.8.2021.

27 S. etwa *BGH* MMR 2016, 849, Rn. 9; U. v. 5.10.2004 – VI ZR 255/03, Rn. 13 f., 24; *BVerfG* B. v. 2.4.2017 – 1 BvR 2194/15, Rn. 10, 12; B. v. 23.9.2009 – 1 BvR 1681/09 u.a., Rn. 2; jew. mwN.

28 *BVerfG* ZD 2021, 266 m. Anm. *Blasek*.

29 *AG Goslar* U. v. 27.9.2019 – 28 C 7/19.

30 *BVerfG* ZD 2021, 266 m. Anm. *Blasek*.

31 *Allgayer*, RDV 2021, 243 (247).

32 *ÖOGH* ZD 2021, ●●●m. Anm. *Leibold/Laoutoumai* – in diesem Heft.

33 *Allgayer*, RDV 2021, 243 (247).

34 *Allgayer*, RDV 2021, 243 (247); dazu auch *ders.* (o. Fußn. 24); auch *Wybitul*, DataAgenda Podcast Folge 5: Geschäfte mit Datenschutzverstößen – Der schmale Grat zwischen Rechtsmissbrauch und Rechtsbehelf, abrufbar unter: <https://dataagenda.de/folge-5-geschaeft-mit-datenschutzverstoessen-der-schmale-grat-zwischen-rechtsmissbrauch-und-rechtsbehelf/>.



Professor Dr. Rolf Schwartmann

ist Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht, Technische Hochschule Köln, sowie Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD) in Bonn und Mitglied der Datenethikkommission. Zugleich ist er Mitglied im Stiftungsrat der European netID Foundation.



Kristin Benedikt

ist Richterin am VG Regensburg.