



# GRUNDRECHTSBINDUNG SOZIALER NETZWERKE

WIE SOZIALE NETZWERKE DIE  
GRUNDRECHTE IHRER NUTZER\*INNEN  
SCHÜTZEN MÜSSEN

## Impressum

### Autor

Jürgen Bering

### Datum

März 2022

### Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

Boyenstr. 41

10115 Berlin

Telefon 030 549 08 10 – 0

Fax 030 549 08 10 – 99

info@freiheitsrechte.org

PGP/GPG Key ID FA2C23A8

### Kontoverbindung

IBAN: DE 88 4306 0967 1182 9121 00

BIC: GENODEM1GLS

GLS Gemeinschaftsbank eG

### Vertreten durch den Vorstand des Vereins

Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia)

Prof. Dr. Nora Markard

Prof. Dr. Boris Burghardt

Eingetragen in das Vereinsregister des Amtsgerichts  
Berlin-Charlottenburg unter VR 34505 B (Satzung)

### V.i.S.d.P.

Malte Spitz

Boyenstr. 41

10115 Berlin

### Social Media

[twitter.com/freiheitsrechte](https://twitter.com/freiheitsrechte)

[facebook.com/freiheitsrechte](https://facebook.com/freiheitsrechte)

[instagram.com/freiheitsrechte](https://instagram.com/freiheitsrechte)

[youtube.com/gesellschaft-fur-freiheitsrechte](https://youtube.com/gesellschaft-fur-freiheitsrechte)

### Grafik und Layout

Bernhard Leitner

TAU GmbH, Berlin

### Fotos

Titelbild: Bernhard Leitner

Die folgenden Bilder fallen unter die Pixabay Lizenz

Seite 6: [https://unsplash.com/photos/\\_LG6-LuBXaQ](https://unsplash.com/photos/_LG6-LuBXaQ), shiwa

Seite 12: <https://unsplash.com/photos/EQSP11rf68>, dole777

Seite 15: <https://unsplash.com/photos/N0g-deioH04>, Gian Cescon

Seite 19: [https://unsplash.com/photos/L8oEIAZ59\\_g](https://unsplash.com/photos/L8oEIAZ59_g), Vitolda Klein

Seite 23: <https://unsplash.com/photos/fmqhTMu4IVU>, Brett Jordan

Seite 24: <https://unsplash.com/photos/0VGG7cqTwCo>, Rodion Kutsaev

Seite 27: [https://unsplash.com/photos/i9tplg\\_kTcg](https://unsplash.com/photos/i9tplg_kTcg), Szabo Viktor

Seite 31: <https://unsplash.com/photos/4hbJ-eymZlo>, Florian Olivo

### gefördert durch

STIFTUNG  
MERCATOR

# INHALT

<b>A. DAS PROJEKT „GRUNDRECHTSBINDUNG IM DIGITALEN“</b>	<b>7</b>
<b>B. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE</b>	<b>10</b>
Welche Netzwerke sind gegenüber ihren Nutzer*innen an Grundrechte gebunden?	10
Welche Konsequenzen ergeben sich aus der Grundrechtsbindung?	10
<b>C. GRUNDRECHTSBINDUNG SOZIALER NETZWERKE – EINLEITUNG</b>	<b>14</b>
I. Soziale Netzwerke als Paradebeispiel für die Grundrechtsbindung	14
II. Definition eines sozialen Netzwerks	14
III. Gang der Untersuchung	15
<b>D. BISHERIGE RECHTSPRECHUNG</b>	<b>16</b>
I. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	16
1. Stadionverbot	16
2. Der III. Weg	16
3. Zusammenfassung	17
II. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	18
<b>E. UNTER WELCHEN VORAUSSETZUNGEN SIND SOZIALE NETZWERKE AN GRUNDRECHTE GEBUNDEN?</b>	<b>19</b>
1. Marktbeherrschende Stellung	20
1.1 Marktabgrenzung	20
1.2 Kriterien zur Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung	21
2. Inhaltliche Ausrichtung	21
3. Angewiesenheit der Nutzer*innen	22
4. Entgegenstehende Rechte	22
5. Mögliche Hilfskriterien	24
5.1 Zahl der Nutzer*innen	24
5.2 Gewinnerzielungsabsicht	24
5.3 Weitere Kriterien zur Erfassung der Größe eines Netzwerks	24
5.4 Grundrechtsgebundene Netzwerke	25
6. Zusammenfassung	26
<b>F. WELCHE VORGABEN ERGEBEN SICH AUS DER GRUNDRECHTSBINDUNG?</b>	<b>27</b>
I. Einleitung	27
II. Welche Grundrechte soziale Netzwerke beeinträchtigen	28
1. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	28
2. Rechte, die Einzelne Inhalte schützen	28
2.1 Meinungsfreiheit	28

2.2 Kunstfreiheit .....	29
2.3 Wissenschaftsfreiheit .....	29
2.4 Religions- und Weltanschauungsfreiheit .....	29
2.5 Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit .....	30
2.6 Allgemeine Handlungsfreiheit .....	30
<b>III. Wie soziale Netzwerke Grundrechte beeinträchtigen .....</b>	<b>31</b>
<b>1. Rechtsetzung durch soziale Netzwerke (Richtlinien) und darauf basierende Maßnahmen .....</b>	<b>32</b>
1.1 Grundrechtsbezug .....	32
1.2 Anforderungen .....	32
1.2.1 Formale Anforderungen .....	32
1.2.2 Verfahrensrechtliche Anforderungen .....	33
1.2.3 Inhaltliche Anforderungen .....	34
1.2.4 Anforderungen an Umsetzung .....	34
<b>2. Zugang zu sozialen Netzwerken .....</b>	<b>35</b>
2.1 Grundrechtsbezug .....	35
2.2 Anforderungen .....	35
<b>3. Algorithmen (Empfehlungssysteme) .....</b>	<b>36</b>
3.1 Grundrechtsbezug .....	36
3.1.1 Beeinträchtigungen gegenüber Inhalteersteller*innen .....	36
3.1.2 Beeinträchtigungen gegenüber Empfänger*innen von Inhalten .....	37
3.2 Anforderungen .....	37
3.2.1 Menschliches Einwirken auf Empfehlungssysteme .....	37
3.2.2 Ausgestaltung von Empfehlungssystemen .....	38
<b>4. Daten .....</b>	<b>39</b>
4.1 Grundrechtsbezug .....	39
4.2 Anforderungen .....	39
4.2.1 Datenerhebung und -verarbeitung .....	39
4.2.2 Auskunftsanspruch .....	40
<b>5. Manipulation von Nutzer*innen (Dark Patterns) .....</b>	<b>41</b>
5.1 Grundrechtsbezug .....	41
5.2 Anforderungen .....	41
<b>IV. SONDERFALL: GEWERBLICHE NUTZUNG .....</b>	<b>43</b>
<b>1. Gewerbliche Nutzung .....</b>	<b>43</b>
1.1 Grundrechtsbezug .....	44
1.2 Anforderungen .....	45
1.2.1 Hybride Nutzung .....	45
1.2.2 Influencer*innen .....	45
<b>2. Pressefreiheit .....</b>	<b>46</b>
<b>3. Politische Parteien .....</b>	<b>47</b>
<b>4. Weitere Gruppen mit besonderen Interessen .....</b>	<b>47</b>
<b>V. Künftige Entwicklungen .....</b>	<b>47</b>
<b>G. SCHLUSSFOLGERUNGEN .....</b>	<b>48</b>

# AUFTAKTSTUDIE IM PROJEKT „GRUNDRECHTSBINDUNG IM DIGITALEN“

Das Projekt untersucht, welche Verpflichtungen sich für Plattformen und andere Digitalunternehmen gegenüber ihren Nutzer\*innen und Kund\*innen direkt aus den Grundrechten nach dem deutschen Grundgesetz ergeben. Dadurch soll auf der einen Seite bei den Unternehmen Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass sie bei ihren Entscheidungen bereits heute diverse Grundrechte berücksichtigen und schützen müssen, auf der anderen Seite soll bei Bürger\*innen das Bewusstsein gestärkt werden, dass sie den Unternehmen auch ohne eine spezifische gesetzliche Regelung nicht schutzlos gegenüberstehen. Zudem sollen die Ergebnisse die juristischen und politischen Debatten zur Plattformregulierung informieren und so auch zur Weiterentwicklung der Rechtsordnung beitragen.

Für den Austausch danken wir Timur Cinar, Christina Dinar, Martin Fertmann, Nikolas Guggenberger, Victoria Guijarro Santos, Jeanette Hofmann, Juliane Mendelsohn, Lucia Sommerer und Hannah Ruschemeier.





# A. DAS PROJEKT „GRUNDRECHTSBINDUNG IM DIGITALEN“

Mark Zuckerberg bestimmt, was mehr als 3 Milliarden Menschen weltweit über seine Plattformen Facebook, Instagram und WhatsApp sehen und miteinander teilen. Die Regeln, die er zum Umgang mit Falschnachrichten, Hassbotschaften, Nacktheit oder Werbeanzeigen setzt, wirken weit über das Internet hinaus bis tief ins Herz unserer Gesellschaft. Plattformen wie Twitter oder TikTok oder intermediäre Dienstleister\*innen wie Amazon oder Google beeinflussen ebenfalls, wie wir uns präsentieren können oder dürfen und womit wir konfrontiert werden. Diese Macht ist inzwischen vergleichbar mit der des Staates. Hat früher der Staat entschieden, wer auf dem Marktplatz etwas anbieten oder proklamieren darf, entscheiden darüber nun Plattformen und andere Digitalunternehmen. Wie der Staat ermöglichen und begrenzen sie die individuelle Freiheit. Die Regeln dafür setzen die Plattformen jedoch selbst. Im Unterschied zu staatlichen Gesetzen basieren die Regeln der Plattformen weder auf einem demokratischen Prozess noch berücksichtigen sie zuverlässig die Grundrechte der Nutzer\*innen.

Aber müssten sie das nicht? Müssten nicht die gewaltige Machtasymmetrie zwischen Digitalunternehmen und Bürger\*innen

und die Ausnutzung dieser Asymmetrie durch besondere Rechte und Pflichten ausgeglichen werden? Im Verhältnis zwischen Staat und Bürger\*innen erfüllen diese Funktion die Grundrechte. Doch nach klassischem Verständnis ist nur der Staat an Grundrechte gebunden, private Unternehmen sind es nicht.<sup>1</sup>

Allerdings hat die Rechtsprechung frühzeitig erkannt, dass auch Aktivitäten Privater zu Grundrechtsbeeinträchtigungen<sup>2</sup> führen können. So entschied das Bundesverfassungsgericht bereits 1958, dass Grundrechten auch eine sogenannte „mittelbare Drittwirkung“ im Verhältnis zwischen Privaten zukommt.<sup>3</sup>

Seither haben gesellschaftliche und technologische Entwicklungen dazu geführt, dass das Verhalten Privater zunehmende Relevanz für die Ausübung und den Schutz von Grundrechten hat, da diese immer mehr grundrechtssensible Bereiche beeinflussen oder kontrollieren – insbesondere im Digitalen. In den großen sozialen Netzwerken verbreiten Menschen ihre Meinung, pflegen persönliche Beziehungen und informieren sich, Künstler\*innen präsentieren ihre Kunst, Gläubige treffen auf Gleichgesinnte in der ganzen Welt, Unternehmen bieten Produkte und Dienste an und werben für sie, ganze Existenzen hängen vom Zugang zu und der aktiven Nutzung von sozialen Netzwerken ab.

## Was ist Grundrechtsbindung?

Das hier als Grundrechtsbindung bezeichnete Phänomen geht über die mittelbare Drittwirkung hinaus. Zwar knüpft die Rechtsprechung nach wie vor begrifflich an die mittelbare Drittwirkung an. Neuerdings wird aber betont, dass „die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis [...] nahe- oder gleichkommen“ kann.<sup>187</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung auf diese Entwicklung reagiert und die Dimension der Grundrechtsbindung von Privaten erweitert.<sup>4</sup> Während die „klassische“ Drittwirkung davon bestimmt war, dass Grundrechte Privater zu einem Ausgleich zu bringen waren, wird neuerdings betont, dass auch Privaten durch Grundrechte Verpflichtungen erwachsen können, die denen des Staates nahe oder gleichkommen können.

Eine solche Grundrechtsbindung kann weitreichende Folgen für das Verhältnis zwischen Unternehmen und deren Nutzer\*innen haben. Ohne eine Grundrechtsbindung ermöglicht es die Vertragsfreiheit weitgehend, dass die Parteien untereinander frei verhandeln, zu welchen Bedingungen die Dienste eines Digitalunternehmens in Anspruch genommen werden. Aufgrund des großen Machtgefälles heißt das jedoch in der Praxis, dass Digitalunternehmen ihren Nutzer\*innen und Kund\*innen ihre Bedingungen aufzwingen können. Zwar besteht ein gewisser Schutz, der sich u.a. aus dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen,<sup>5</sup> dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (**NetzDG**) und der Datenschutz-Grundverordnung (**DSGVO**) ergibt. Dieser Schutz ist aber nur punktuell, bspw. gewährleistet das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen hauptsächlich, dass die Bedingungen keine überraschenden Klauseln beinhalten bzw. Klauseln die Nutzer\*innen übervorteilen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass Unternehmen die Grundrechte ihrer Nutzer\*innen in besonderer Weise berücksichtigen müssen. Ein umfassender Schutz gegenüber der Macht der Digitalunternehmen – vergleichbar dem Schutz gegenüber dem Staat – besteht damit nicht.

Die Grundrechtsbindung von Digitalunternehmen geht weit über diese einfachgesetzlichen Anforderungen hinaus. Sie greift auch, wenn eine Materie nicht reguliert ist, und schließt Lücken, die das einfache Recht lässt oder die in der weiteren technischen Entwicklung neu entstehen.

In Bezug auf soziale Netzwerke folgt aus der Grundrechtsbindung bspw., dass die Netzwerke bestimmten Verfahrensvoraussetzungen unterliegen, dass sie nicht ohne guten Grund den Zugang zu ihren Diensten verweigern dürfen und die Bedeutung der Meinungsfreiheit ihrer Nutzer\*innen zu berücksichtigen haben, wenn sie Inhalte entfernen wollen. Das heißt allerdings nicht, dass Netzwerke Inhalte nie löschen dürfen. Vielmehr müssen sie rechtswidrige Inhalte entfernen und können darüber hinaus auch Inhalte, die nicht rechtswidrig sind, in gewissem Umfang und unter bestimmten Voraussetzungen entfernen. Welche weiteren Anforderungen sich aus der Grundrechtsbindung ergeben und welche Unternehmen überhaupt gebunden sind, ist aber noch weitgehend ungeklärt. Vor diesem Hintergrund hat die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (**GFF**) das Projekt „Grundrechtsbindung im Digitalen“ ins Leben gerufen. Ziel ist, zu untersuchen, welche Verpflichtungen sich für Plattformen und andere Digitalunternehmen aus dieser neuen

Rechtsprechungslinie ergeben. Das Projekt befasst sich insbesondere mit zwei Fragestellungen:

1. Welche Digitalunternehmen unterliegen einer Grundrechtsbindung?
2. Welche Anforderungen ergeben sich aus der Grundrechtsbindung?

Dadurch soll auf der einen Seite bei den Unternehmen Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass sie bei ihren Entscheidungen bereits heute diverse Grundrechte berücksichtigen und schützen müssen, und auf der anderen Seite bei Bürger\*innen das Bewusstsein gestärkt werden, dass sie den Unternehmen auch ohne einfachgesetzliche Regelung nicht schutzlos gegenüberstehen.

Die Untersuchung verläuft anhand einzelner Bereiche des digitalen Lebens. Den Auftakt bildet die vorliegende Studie zur Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke.

Das Projekt wird von der Stiftung Mercator gefördert, der besonderer Dank gilt.



## **Was ist „mittelbare Drittwirkung“ von Grundrechten?**

Grundrechte schützen Bürger\*innen zunächst nur gegenüber dem Staat. Bürger\*innen und private Unternehmen hingegen sind nicht verpflichtet, auf Grundrechte Rücksicht zu nehmen. Das könnte dazu führen, dass bspw. ein Verlag einen Artikel veröffentlichen darf, der intimste Details aus dem Leben einer anderen Person bekanntmacht. In seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass Private sich zwar untereinander nicht direkt auf ihre Grundrechte berufen können.<sup>188</sup> Kommt es zu Rechtsstreitigkeiten, sind die Gerichte jedoch dazu verpflichtet, bei ihrer Rechtsanwendung die einzelnen Grundrechtspositionen der Parteien zu berücksichtigen. Die sich daraus ergebende Wirkung der Grundrechte auch zwischen Privaten wird als „mittelbare Drittwirkung“ oder „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte bezeichnet.

Auf das Beispiel bezogen führt dies dazu, dass die Gerichte die Rechte des Verlags (Presse- und Meinungsfreiheit) und der Einzelperson (allgemeines Persönlichkeitsrecht) berücksichtigen und gegeneinander abwägen müssen. Die Intensität der Bindung geht damit über die klassische mittelbare Drittwirkung hinaus. Dementsprechend wendet die Rechtsprechung auch das allgemeine Gleichbehandlungsgebot an und schreibt bestimmten Privaten vor, Verfahren im Umgang mit anderen Privaten einzuhalten.<sup>189</sup>

# B. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

## Welche Netzwerke sind gegenüber ihren Nutzer\*innen an Grundrechte gebunden?

Die Rechtsprechung schützt die Grundrechte dort, wo sie gefährdet werden. Das gilt auch, wenn diese Gefährdung von Privaten ausgeht, sofern das Verhältnis unter Privaten ähnliche Züge trägt wie typischerweise das Verhältnis zwischen Bürger\*innen und Staat. Voraussetzung dafür ist einerseits die Möglichkeit, einseitig gegenüber Bürger\*innen zu agieren. Dies kann sich aus rechtlichen Vorgaben oder einer faktischen Machtstellung ergeben. Zudem ist notwendig, dass ein besonderer Einfluss auf die gesellschaftliche Teilhabe oder die Ausübung von Grundrechten besteht.

Die großen sozialen Netzwerke verfügen gegenüber ihren Nutzer\*innen über eine solche faktische Machtstellung. Wenn Nutzer\*innen einem Netzwerk beitreten wollen, müssen sie die Bedingungen des Netzwerks akzeptieren. Es steht ihnen nicht offen, über die Bedingung der Teilnahme zu verhandeln. Der besondere Grundrechtsbezug besteht darin, dass soziale Netzwerke einen Raum zur Verwirklichung der Meinungsfreiheit (aber auch anderer Rechte) eröffnen. Allein daraus kann sich jedoch noch nicht ergeben, dass jedes soziale Netzwerk, größen- und reichweitenunabhängig, an Grundrechte gebunden ist. Ob eine Grundrechtsbindung besteht, richtet sich insbesondere nach den folgenden Kriterien:

1. Zu welchem Grad hat das soziale Netzwerk eine marktbeherrschende Stellung inne?
2. Wie ist das Netzwerk inhaltlich ausgerichtet?
3. Sind die Nutzer\*innen auf das Netzwerk (faktisch) angewiesen?
4. Welche Rechte des Netzwerks und Dritter stehen einer Grundrechtsbindung entgegen?

Es bestehen teilweise noch große Unsicherheiten, wie die Kriterien tatsächlich anzuwenden und zu gewichten sind. Als Hilfskriterium wird wohl zumindest vorerst insbesondere auch auf die Größe des Netzwerks, gemessen an dessen Nutzer\*innenzahl, zurückgegriffen werden.

Zwar wurde bisher nur für Facebook die Grundrechtsbindung bejaht. Es ist aber davon auszugehen, dass daneben noch weitere – insbesondere die großen und bekannten – Netzwerke an Grundrechte gebunden sind. Konkret spricht derzeit einiges dafür, dass neben Facebook auch YouTube, Instagram, Twitter und TikTok grundrechtsgebunden sind.

## Welche Konsequenzen ergeben sich aus der Grundrechtsbindung?

Wenn der Staat Foren für den Meinungs Austausch oder das Angebot von Waren und Dienstleistungen eröffnet, darf er die Meinungen nicht bewerten und niemanden ohne guten Grund benachteiligen. Die Regierung kann nicht ihr wohlgesonnene Demonstrationen zulassen und andere verbieten, sie kann auch nicht ihre Anhänger\*innen auf den Prachtmeilen des Landes marschieren lassen, ihre Gegner\*innen nur auf dem Land. Und wenn der Staat Medien betreibt, muss er auch dort die verschiedenen politischen Kräfte zu Wort kommen lassen – in den Grenzen der allgemeinen Gesetze.

Sind soziale Netzwerke an Grundrechte gebunden, gelten diese Regeln auch für sie. Diese Netzwerke können dann nicht mehr wie jedes andere Privatunternehmen agieren. Vielmehr folgt aus ihrer besonderen Macht auch besondere Verantwortung. Das hat Auswirkungen auf vielen verschiedenen Ebenen.

## Netzwerke haben die Grundrechte ihrer Nutzer\*innen bei der Ausgestaltung und Anwendung von Nutzungsbedingungen zu berücksichtigen

Wenn Netzwerke durch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Nutzer\*innen faktisch Recht setzen und sich damit auch selbst die Grundlage dafür schaffen, gegenüber ihren Nutzer\*innen Maßnahmen (Löschung von Inhalten bis zu Kontosperrungen) zu ergreifen, sind diese infolge der Grundrechtsbindung an bestimmte Voraussetzungen gebunden:

1. Maßnahmen gegenüber Nutzer\*innen dürfen nur getroffen werden, wenn dies zuvor in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festgesetzt wurde.
2. Das Netzwerk muss mit seinen Regeln sachliche Gründe verfolgen. Es muss seine Regeln gleichmäßig anwenden, darf also nicht willkürlich zwischen Nutzer\*innen differenzieren.
3. Das Netzwerk muss den Sachverhalt aufklären, bevor es Maßnahmen ergreift. Welche Maßnahmen dies konkret sind, hängt davon ab, welche Intensität die Maßnahme gegenüber den Nutzer\*innen hat. Werden einzelne Inhalte gelöscht, ist es ausreichend, dass die Nutzer\*innen über die Löschung und deren Gründe informiert werden und diesen ein Beschwerderecht eingeräumt wird. Soll ein Konto gesperrt werden, bedarf es in der Regel einer vorherigen Anhörung der Betroffenen.
4. Bei der Umsetzung der Maßnahmen hat das Netzwerk die betroffenen Grundrechte der Nutzer\*innen zu berücksichtigen.

## Netzwerke müssen Zugang eröffnen (Kontrahierungszwang)

Es ist davon auszugehen, dass grundrechtsgebundene soziale Netzwerke einem generellen Kontrahierungszwang unterliegen, diese also allen interessierten Personen Zugang gewähren müssen.

## Netzwerke müssen die Grundrechte ihrer Nutzer\*innen bei der Ausgestaltung und Anwendung von Algorithmen berücksichtigen

Wenn Algorithmen, insbesondere Empfehlungssysteme, dazu führen, dass die von Nutzer\*innen geteilten Inhalte nicht mehr oder seltener von anderen Nutzer\*innen gesehen werden, kann dies einer Löschung gleich oder nahe kommen.

Daher sind an die Beeinflussung der Reichweite eines Inhalts die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei Löschungen, insbesondere müssen die Nutzer\*innen darüber informiert werden, dass ihre Inhalte nur beschränkte Reichweite erhalten und weshalb dies geschieht. Das gilt unmittelbar, wenn die Einschränkung durch menschliches Einwirken auf Algorithmen vorgenommen wird.

Zugleich dürfen soziale Netzwerke sich ihren Verpflichtungen nicht dadurch entziehen, dass sie Algorithmen einsetzen. Daher ist zu fordern, dass soziale Netzwerke Gegenmaßnahmen treffen, wenn diesen bekannt wird, dass eingesetzte Algorithmen Grundrechte beeinträchtigen, bspw. wenn diese diskriminierende Wirkung entfalten.

Darüber hinaus ist zu fordern, dass Nutzer\*innen selbständig hinreichend nachprüfen können, ob es zu Einschränkungen ihrer Reichweite kommt. Ein erster Schritt in diese Richtung ist, dass Nutzer\*innen sich anzeigen lassen können, wie viele andere Nutzer\*innen die von ihnen geteilten Inhalte angezeigt bekommen.

## Netzwerke müssen Nutzer\*innen autonome Entscheidung über die Preisgabe ihrer Daten ermöglichen

Die Daten der Nutzer\*innen sind durch deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt.

Dies bedeutet für soziale Netzwerke, dass diese nur dann auf Daten der Nutzer\*innen zugreifen dürfen, wenn die Nutzer\*innen darin eingewilligt haben oder die Nutzung des Netzwerks dies zwingend erfordert. Beide Umstände sind eng auszulegen. Die Einwilligung bedarf einer autonomen Entscheidung. Konkret muss auch die Möglichkeit zur Verfügung stehen, das Netzwerk ohne nicht zwingend erforderliche Datenverarbeitungen zu nutzen.

Datenverarbeitungen sind nur dann für die Nutzung des Netzwerks zwingend erforderlich, wenn eine absolute Kernfunktion des Netzwerks betroffen ist. Diese Funktionen sind aus Sicht der Nutzer\*innen zu betrachten und können nicht durch die Netzwerke in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen frei erweitert werden. Es ist daher zu fragen, welche Daten dafür notwendig sind, dass das Netzwerk funktioniert. Darüber hinaus

abgefragte Daten bedürfen einer Einwilligung in der Form, dass die Zustimmung auch verweigert und das Netzwerk trotzdem weiterhin benutzt werden kann.

Der Umstand, dass die Nutzer\*innen die Datenverarbeitung verhindern könnten, indem sie das Netzwerk nicht weiter nutzen, führt nicht dazu, dass eine vollkommen autonome Entscheidung vorliegt. Da die Nutzer\*innen für die Teilnahme am Prozess des Meinungsaustauschs auf die Netzwerke angewiesen sind, werden diese auch unliebsame Klauseln in Geschäftsbedingungen akzeptieren, um nicht von diesem Prozess ausgeschlossen zu sein.

### Netzwerke dürfen ihre Nutzer\*innen nicht durch Manipulationen wie sogenannte Dark Patterns zur Preisgabe weiterer Daten bringen

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist auch betroffen, wenn Netzwerke Nutzer\*innen (durch sogenannte Dark Patterns) dahingehend beeinflussen, einer Datenverarbeitung zuzustimmen, die diese tatsächlich nicht wollen.

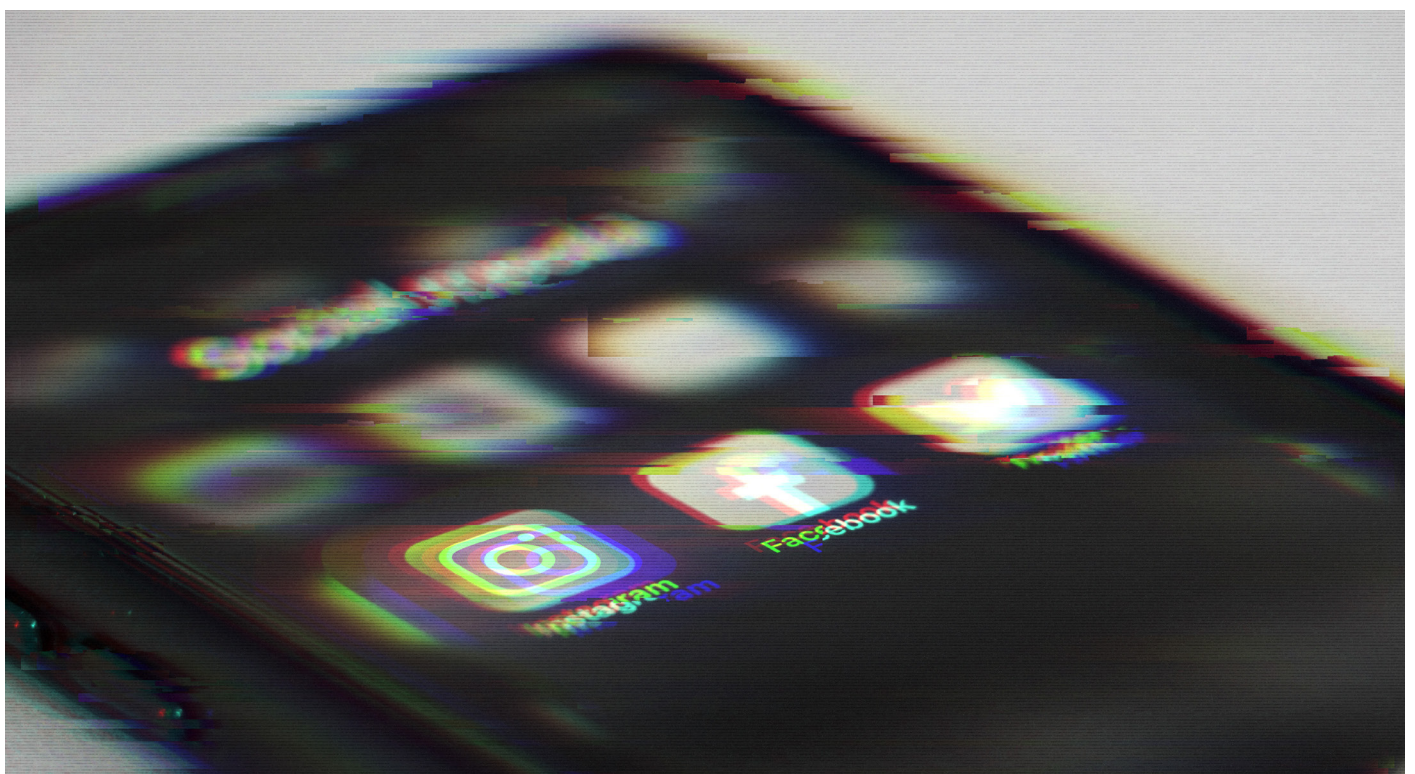
Auch bei einer solchen Einflussnahme treffen Nutzer\*innen nämlich keine autonomen Entscheidungen über die Datenverarbeitung. Ähnlich wie bei ungewollten Klauseln in Geschäftsbedingungen akzeptieren auch hier Nutzer\*innen Bedingungen

nur, da sie zu einem gewissen Grad auf das Netzwerk angewiesen sind. Der Umstand, dass rein theoretisch die Möglichkeit besteht, sich auch anders zu entscheiden, reicht nicht dafür aus, dass es sich um eine autonome Einwilligung in die Datenverarbeitung handelt, zumal Netzwerke ihr Interface bewusst derart gestalten, dass Nutzer\*innen die Auswahl der eigentlich gewünschten Option erschwert wird. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nicht alle Nutzer\*innen im gleichen Maße technisch versiert sind und von den Netzwerken versteckte Optionen mit Leichtigkeit finden werden.

### Netzwerke müssen auch die besondere Abhängigkeit gewerblicher Nutzer\*innen berücksichtigen

Neben der rein privaten Nutzung besteht das Sonderproblem, dass viele Personen soziale Netzwerke auch zu gewerblichen Zwecken nutzen. Es ist in der Rechtsprechung bislang nicht geklärt, inwieweit eine Grundrechtsbindung auch gegenüber solchen Nutzer\*innen besteht. Für eine erste Einschätzung können verschiedene Gruppen von gewerblichen Nutzer\*innen unterschieden werden.

Zunächst besteht die Möglichkeit einer rein oder zumindest primär werbenden Nutzung. Diese liegt vor, wenn ein Unter-





nehmen dafür Geld bezahlt, dass Nutzer\*innen Anzeigen für die eigenen Produkte oder Dienstleistungen angezeigt werden, ohne das Netzwerk zugleich anderweitig zu nutzen. Allenfalls besteht ein eigenes Konto mit Basisinformationen und geringfügiger Interaktion mit Kund\*innen. Bei einer rein werbenden Nutzung steht die Beteiligung am Meinungsaustausch im Hintergrund. Außerdem bestehen bereits Sicherungsmechanismen durch das Kartellrecht, das den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Es ist damit zweifelhaft, dass die Rechtsprechung die Grundrechtsbindung auch auf diese Form der Nutzung übertragen wird.

Vielfach kommt es aber auch zu einer hybriden Nutzung: Das Netzwerk wird sowohl für Werbung als auch für den Meinungsaustausch genutzt. In derartigen Konstellationen ist davon auszugehen, dass die verfahrensrechtlichen Absicherungen der Nutzer\*innen ebenfalls zur Anwendung kommen müssen. Darüber hinaus ist es problematisch, wenn Netzwerke diese Nutzer\*innengruppe pauschal wie Werbende behandeln, da die Nutzung teilweise näher an der privaten als an der werbenden Nutzung ist.

Schließlich gibt es Nutzer\*innen, die beruflich besonders auf die Netzwerke angewiesen sind (bspw. Influencer\*innen, YouTuber\*innen, TikTok\*innen). Bei diesen Nutzer\*innen besteht eine besondere Abhängigkeit – häufig insbesondere gegenüber einem spezifischen Netzwerk. Dies führt dazu, dass Maßnahmen der Netzwerke drastische Folgen für diese Nutzer\*innen haben können. So kommt eine Kontensperrung auf YouTube für eine\*n YouTuber\*in einem Berufsverbot gleich. Diese besondere Machtsituation spricht dafür, die sozialen Netzwerke auch an die Berufsfreiheit dieser Nutzer\*innen zu binden.

Darüber hinaus sind soziale Netzwerke auch für Presseverlage und andere Medien von immer größerer Relevanz, damit diese ihre Inhalte mit den Nutzer\*innen teilen können. Hier besteht die besondere Gefahr, dass Netzwerke durch das Vorgehen gegenüber einzelnen Verlagen oder spezifischen Inhalten bestimmte Meinungen unterbinden oder falsch gewichten können. Das spricht dafür, dass die Netzwerke auch durch die Pressefreiheit gebunden sind.

Eine ähnliche Gefahr besteht bei politischen Parteien, die insbesondere im Wahlkampf mehr und mehr auf soziale Netzwerke

angewiesen sind. Könnten Netzwerke einzelne Parteien nach freier Entscheidung ausschließen oder deren Inhalte unterdrücken, würden sie in den Wahlkampf eingreifen. Um dies zu verhindern, müssen auch politischen Parteien vor den Netzwerken geschützt werden, wobei unklar ist, ob sich dieser Schutz aus der Meinungsfreiheit oder vielleicht auch aus der Chancengleichheit der Parteien ergibt.

# C. GRUNDRECHTSBINDUNG SOZIALER NETZWERKE – EINLEITUNG

## I. SOZIALE NETZWERKE ALS PARADEBEISPIEL FÜR DIE GRUNDRECHTSBINDUNG

Drei Punkte waren ausschlaggebend für die Auswahl sozialer Netzwerke als Gegenstand dieser Auftaktstudie:

1. Die neue Rechtsprechungslinie zur Grundrechtsbindung wurde aus der Rechtswissenschaft als Reaktion auf die wachsende Macht sozialer Netzwerke – insbesondere Facebooks<sup>6</sup>– gesehen, noch bevor sich die Gerichte konkret mit diesen auseinandersetzten.<sup>7</sup>
2. Mittlerweile gibt es erste höchstgerichtliche Entscheidungen, die die neue Rechtsprechungslinie auf das soziale Netzwerk Facebook anwenden (**Siehe hierzu D.II.**).
3. Es ist weithin akzeptiert, dass soziale Netzwerke signifikante Auswirkungen auf die Rechte der Nutzer\*innen entfalten können. So beruft sich der Kommissionsvorschlag für ein

Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act – **DSA**) auch explizit auf den Schutz der Grundrechte der Nutzer\*innen. Konkret bezieht sich der DSA auf das Recht auf freie Meinungsäußerung, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, das Recht auf Nichtdiskriminierung, auf die Rechte der Kinder und auf den Schutz personenbezogener Daten und Privatsphäre.<sup>8</sup>

Im Ergebnis ist also bereits anerkannt, dass soziale Netzwerke zumindest in spezifischen Fällen, also situativ, an Grundrechte gebunden sind.<sup>9</sup> Gegenstand dieser Auftaktstudie ist die Untersuchung, welche sozialen Netzwerke von dieser Bindung erfasst werden und welche Folgen sie hat. Spätere Studien werden sich damit befassen, inwiefern diese Grundsätze auf andere Arten von Plattformen und Digitalunternehmen übertragbar sind.

## II. DEFINITION EINES SOZIALEN NETZWERKS

Die vorliegende Studie begreift soziale Netzwerke als Plattformen, die im Internet betrieben werden und dazu bestimmt sind, dass Nutzer\*innen beliebige Inhalte mit anderen Nutzer\*innen teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen können. Damit orientiert sie sich an der Definition des NetzDG.<sup>10</sup>

Die Studie legt ein funktionales Verständnis des Begriffs zugrunde: Hybride Netzwerke, also Plattformen, die mehrere Funktionen vereinen, können demnach für die Teile, die die

Funktion eines sozialen Netzwerks erfüllen, an Grundrechte gebunden sein. Als Beispiel für ein solch hybrides Netzwerk kann Telegram angesehen werden. Telegram bietet einerseits die klassischen Mittel der Individualkommunikation. Daneben gibt es aber auch frei zugängliche Gruppen und Kanäle mit bis zu mehreren hunderttausend Teilnehmer\*innen. Eine solche Gruppe oder ein solcher Kanal kommt aus Nutzer\*innensicht der Funktion eines sozialen Netzwerks gleich, sodass Telegram

in Bezug auf diese Gruppen und Kanäle aus Sicht der vorliegenden Studie als soziales Netzwerk einzustufen ist.<sup>11</sup>

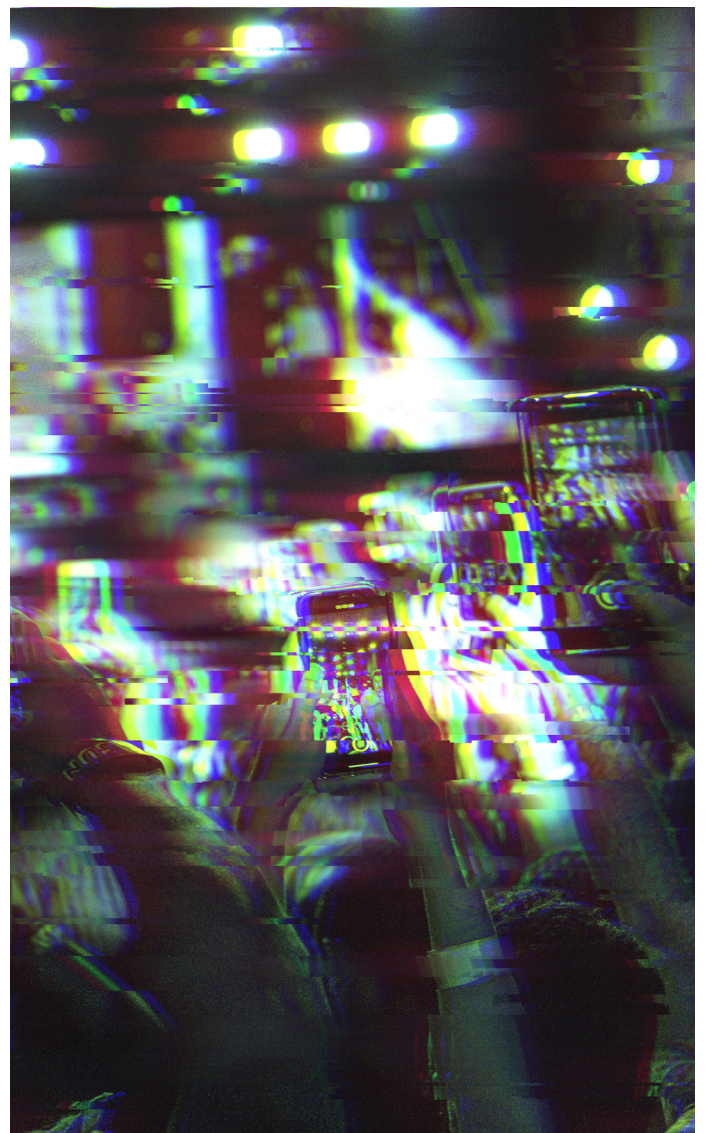
Hintergrund dieses weiten Verständnisses ist, erstens, dass auch das Bundesverfassungsgericht primär an die gesellschaftliche Funktion des durch Private eröffneten Bereichs anknüpft (siehe **E**). Zweitens sind Plattformen und Digitalunternehmen zu enormem Wandel und großer Innovation fähig, sodass jede zu eng gefasste Definition in kürzester Zeit überholt sein wird.

Aus dem gleichen Grund ist das Ziel der Studie auch weniger, zu erfassen, welche sozialen Netzwerke zu Beginn des Jahres 2022 einer Grundrechtsbindung unterliegen, sondern vielmehr allgemeine Kriterien aufzustellen, die zu einer Grundrechtsbindung führen. Nichtsdestotrotz wird auf die derzeit existierenden Netzwerke, deren aktuelle und frühere Praktiken sowie die entsprechenden Marktverhältnisse zur Verdeutlichung dieser Kriterien zurückgegriffen. Dennoch sollte stets berücksichtigt werden, dass die Grundrechtsbindung eines heute allgegenwärtigen sozialen Netzwerks entfallen kann, wenn es in der Zukunft erheblich an Bedeutung verliert.<sup>12</sup>

### III. GANG DER UNTERSUCHUNG

Zunächst wird die Entwicklung der staatsähnlichen oder staatsgleichen Grundrechtsbindung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs dargestellt (**D**). Anschließend wird darauf eingegangen, welche sozialen Netzwerke der Grundrechtsbindung unterworfen sind (**E**) und welche Verpflichtungen sich aus der Grundrechtsbindung für die Netzwerke ergeben (**F**).

Dabei wird ausschließlich untersucht, welche Grundrechtsbindung sich durch die deutschen Grundrechte ergeben. Die Grundrechtsbindung ist situativ, nur bestimmte Personen (hier: die Nutzer\*innen) können sich auf sie berufen. Insoweit diese Studie Anforderungen formuliert, gelten diese nur für soziale Netzwerke, die einer Grundrechtsbindung unterliegen.



# D. BISHERIGE RECHTSPRECHUNG

## I. RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

### 1. STADIONVERBOT

Nachdem das Bundesverfassungsgericht bereits in zwei vorherigen Entscheidungen die Möglichkeit einer staatsähnlichen oder staatsgleichen Grundrechtsbindung andeutete,<sup>13</sup> kam es erstmals 2018 dazu, dass das Gericht eine solche Bindung bejahte.<sup>14</sup> Als relevante Faktoren einer Grundrechtsbindung nannte das Gericht „die Unausweislichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite“.<sup>15</sup>

Anlass der Entscheidung war ein bundesweites Stadionverbot gegenüber einem Fußballfan.<sup>16</sup> Das Gericht bejahte die Grundrechtsbindung gegenüber Veranstaltern von Fußballspielen im Verhältnis zu deren Besucher\*innen. Dabei stützte es sich insbesondere darauf, dass die Veranstalter „aufgrund eigener Entscheidung [...] einem großen Publikum ohne Ansehen der Person“ den Zugang zu den Veranstaltungen eröffnen und „für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheide[n]“. <sup>17</sup>

Als Ergebnis dürfen die Veranstalter Personen nicht ohne sachlichen Grund ausschließen. Aus dem Erfordernis des sachlichen Grundes leitete das Gericht zudem verfahrensrechtliche Anforderungen her, insbesondere bedarf es einer Sachverhaltsaufklärung.<sup>18</sup> Konkret wurde damit gefordert, dass die Betroffenen vor einem Ausschluss angehört werden müssen. Die Verfassungsbeschwerde wurde im Ergebnis dennoch abgewiesen, da ein sachlicher Grund für das Verbot bestand (Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs im Zusammenhang mit

einem Fußballspiel) und auch die notwendigen Aufklärungsmaßnahmen ergriffen wurden.<sup>19</sup>

### 2. DER III. WEG

Mit den konkreten Auswirkungen dieser Entscheidungslinie auf das soziale Netzwerk Facebook wurde das Gericht erstmals in seiner Eilentscheidung zum Ausschluss der rechtsextremen Partei „Der III. Weg“ vom Netzwerk befasst.<sup>20</sup>

Im Vorfeld der Wahl zum Europäischen Parlament im Jahr 2019 führten Inhalte, die die Partei auf ihrem Facebook-Auftritt verbreitete, dazu, dass Facebook die Seite der Partei wegen Verstoßes gegen die Gemeinschaftsstandards sperrte. Die Partei ging hiergegen in einem Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vor.

Da es sich um eine Eilentscheidung handelte, musste das Gericht die Rechtslage nicht endgültig klären und ließ diese offen. Das Gericht schloss jedoch nicht aus, dass Facebook einer Grundrechtsbindung unterliegt<sup>21</sup> und benannte relevante Kriterien: Den Grad der marktbeherrschenden Stellung, die Ausrichtung der Plattform, den Grad der Angewiesenheit auf die Plattform und betroffene Interessen der Plattformbetreiber und sonstiger Dritter.<sup>22</sup>



### Prüfungsmaßstab im Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht:

Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht haben die Besonderheit, dass das Gericht die zugrundeliegende Rechtsfrage aus Gründen der Dringlichkeit nicht entscheidet, sondern eine Folgenabwägung durchführt. Konkret wird verglichen, welche Konsequenzen Antragsteller\*innen treffen würden, wenn der Antrag abgelehnt wird und sich im Nachhinein herausstellt, dass das Begehren der Antragsteller\*innen berechtigt war, und welche Konsequenzen sich ergeben, wenn der Antrag – im Nachhinein zu Unrecht – bewilligt wird. Voraussetzung ist aber, dass eine Verfassungsbeschwerde in dieser Angelegenheit zulässig und nicht offensichtlich unbegründet wäre. Das Anliegen der Antragsteller\*innen kann also nicht von vornherein verfassungsrechtlich ausgeschlossen sein. Auch aus einer Eilentscheidung können somit bestimmte Schlüsse gezogen werden.

## 3. ZUSAMMENFASSUNG

Mittlerweile gehört die staatsähnliche oder staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater zum verfassungsgerichtlichen Kanon, ohne dass die konkreten Maßstäbe abschließend geklärt wären. Im Wesentlichen verfolgt das Bundesverfassungsgericht einen funktionalen Ansatz, nach dem es Grundrechte schützt, wenn diese gefährdet sind. Das gilt auch, wenn diese Gefährdung von Privaten ausgeht, solange das Verhältnis unter Privaten ähnliche Züge trägt wie typischerweise das Verhältnis zwischen Bürger\*innen und Staat. Notwendig ist dafür, erstens, die Möglichkeit, einseitig gegenüber Bürger\*innen zu agieren. Dies kann sich aus rechtlichen Vorgaben oder einer faktischen Machtstellung ergeben.<sup>26</sup> Zweitens bedarf es eines Bereichs von besonderer grundrechtlicher Bedeutung. In seiner Entscheidung zum Stadionverbot unterstrich das Gericht die mit Fußballspielen verbundene Teilnahme am gesellschaftlichen Leben.<sup>27</sup> In anderen Entscheidungen nannte das Gericht als möglichen Anwendungsfall die Situation, dass Private die „Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst“ übernehmen.<sup>28</sup>

Die Entscheidung stützte es auf eine Folgenabwägung.<sup>23</sup> Dabei unterstrich das Gericht die Bedeutung Facebooks für die Verbreitung (politischer) Meinungen:

„Gerade für die Verbreitung von politischen Programmen und Ideen ist der Zugang zu diesem nicht ohne weiteres austauschbaren Medium von überragender Bedeutung. Durch den Ausschluss wird der Antragstellerin eine wesentliche Möglichkeit versagt, ihre politischen Botschaften zu verbreiten und mit Nutzern des von der Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens betriebenen sozialen Netzwerks aktiv in Diskurs zu treten.“<sup>24</sup>

Das Gericht erließ die einstweilige Anordnung, das Konto der Partei bis zur Wahl zum Europäischen Parlament zu entsperren. Zu einer Entscheidung in der Hauptsache kam es nicht. Bei der Bundestagswahl 2021 ist ein vergleichbares Verfahren daran gescheitert, dass die Beschwerdeführerin nicht hinreichend darlegen konnte, dass sie Inhaberin des entsprechenden Facebook-Kontos war.<sup>25</sup>

## II. RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS

Im Kontext der Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke sind bislang insbesondere drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs relevant, ein Beschluss des Kartellsenats und zwei Urteile des dritten Zivilsenats.<sup>29</sup>

Zunächst bejahte der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs die marktbeherrschende Stellung Facebooks gegenüber (privaten) Nutzer\*innen in seiner kartellrechtlichen Entscheidung zur Zusammenführung von Daten durch Facebook, die diese bei Facebook, Instagram, WhatsApp und auch darüber hinaus sammelte.<sup>30</sup> In dieser Entscheidung nahm der Senat auch Rückgriff auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>31</sup> Diesen Rückgriff begründete der Senat damit, dass Facebook in eine dominante Position gerückt ist und schon die „Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation“ selbst übernimmt.<sup>32</sup> Im Ergebnis kam der Senat dazu, dass Facebook durch die Zusammenführung der Daten seine Marktmacht missbrauchte.

Des Weiteren wendete der dritte Zivilsenat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in zwei Urteilen an, die sich auf Hassrede bezogen und die Löschung von Inhalten sowie die Sperrung von Konten zur Folge hatten.<sup>33</sup> Als allgemeine Kriterien für die Ermittlung der Grundrechtsbindung von sozialen Netzwerken nannte der Bundesgerichtshof wie schon zuvor das Bundesverfassungsgericht den Grad einer etwaigen marktbeherrschenden Stellung des Betreibers, die Ausrichtung der Plattform, den Grad der Angewiesenheit der Nutzer auf die Plattform und die betroffenen Interessen der Plattformbetreiber und sonstiger Dritter.<sup>34</sup> Anschließend subsumierte das Gericht bei der Herleitung der Grundrechtsbindung unter die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstäbe:

„Maßgeblich für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots ist der Charakter der Durchsetzungsmaßnahmen als einseitiger, auf die strukturelle Überlegenheit der Beklagten gestützter Ausschluss von Dienstleistungen, die die Beklagte im Rahmen ihrer marktbeherrschenden Stellung einer unbegrenzten Vielzahl von Menschen ohne Ansehen der Person anbietet und die für einen

beträchtlichen Teil der Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“<sup>35</sup>

Aus dieser Drittwirkung ergeben sich Verfahrensanforderungen für Facebook, die das Netzwerk zu beachten hat, bevor es Maßnahmen gegenüber seinen Nutzer\*innen ergreifen kann. Dazu gehört bei Löschungen, dass Nutzer\*innen über die Löschung informiert werden und sich gegen die Löschung zur Wehr setzen können. Bei Sperrungen von Konten müssen Nutzer\*innen in der Regel angehört werden, bevor derartige Maßnahmen ergriffen werden.<sup>36</sup>

# E. UNTER WELCHEN VORAUSSETZUNGEN SIND SOZIALE NETZWERKE AN GRUNDRECHTE GEBUNDEN?

Bisher hat der Bundesgerichtshof nur für Löschungen und Kontensperrungen bei Facebook bestätigt, dass das Netzwerk einer Grundrechtsbindung unterliegt.<sup>37</sup> Der Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung können aber darüber hinaus Anhaltspunkte entnommen werden, welche weiteren Netzwerke einer Grundrechtsbindung unterliegen könnten.



## I. KRITERIEN

Grundlegende Voraussetzungen für eine Grundrechtsbindung sind die Möglichkeit, einseitig gegenüber Privaten zu handeln, sowie eine besondere grundrechtliche Relevanz.

Soziale Netzwerke haben gegenüber ihren Nutzer\*innen die Möglichkeit, einseitig zu agieren. Das ergibt sich aus dem faktischen Ungleichgewicht zwischen sozialem Netzwerk und Nutzer\*innen. Auch besteht bei sozialen Netzwerken generell eine besondere grundrechtliche Relevanz, da diese einen digitalen Raum zum Austausch von Meinungen bieten.

Nichtsdestotrotz kann nicht angenommen werden, dass jedes soziale Netzwerk der gleichen Grundrechtsbindung unterfällt. Aufbauend auf der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass für das Bestehen einer Grundrechtsbindung von sozialen Netzwerken insbesondere vier Kriterien relevant sind

- 1) Marktmacht
- 2) Inhaltliche Ausrichtung
- 3) Grad der Angewiesenheit der Nutzer\*innen
- 4) Entgegenstehende Rechte des Digitalunternehmens und Dritter

# 1. MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG

Mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung nimmt die Rechtsprechung Rückgriff auf ein Konzept aus dem Kartellrecht. Nach § 18 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (**GWB**) liegt eine solche Stellung vor, wenn ein Unternehmen auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt „ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.“ Bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung wird zweistufig vorgegangen. Zunächst wird ermittelt, was der relevante Markt ist (sogenannte Marktabgrenzung). Das heißt, es wird bestimmt, welche Unternehmen überhaupt miteinander konkurrieren. Nachdem der Markt abgegrenzt wurde, wird erfasst, ob auf diesem Markt einzelne Unternehmen marktbeherrschend sind.

## 1.1 Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung erfolgt sowohl auf sachlicher (welche Produkte oder Dienstleistungen stehen untereinander in Wettbewerb) als auch auf räumlicher Ebene (stehen bspw. Anbieter aus Deutschland in Konkurrenz mit Anbietern aus Frankreich).

Hierbei findet das Bedarfsmarktkonzept Anwendung, das im Wesentlichen darauf abstellt, ob die Marktgegenseite (hier: die Nutzer\*innen) Güter oder Dienstleistungen (hier: die soziale Vernetzung) als austauschbar ansieht.<sup>38</sup>

Im Falle von Facebook hat der Bundesgerichtshof die Ansicht des Bundeskartellamts bestätigt, dass aus Sicht der privaten Nutzer\*innen<sup>39</sup> eine kleinteilige sachliche Marktabgrenzung vorzunehmen ist.<sup>40</sup> Danach sind soziale Netzwerke (hierzu zählt der Bundesgerichtshof neben Facebook Stayfriends, Jappy, StudiVZ, Wize.Life und Google+)<sup>41</sup> zu unterscheiden von Berufsnetzwerken und Jobbörsen (Xing, LinkedIn, Indeed und Stepstone), Messaging-Diensten (Snapchat, WhatsApp und Skype) und anderen sozialen Medien (YouTube, Twitter, Pinterest).<sup>42</sup> Auch Instagram gehört nicht demselben Markt an.<sup>43</sup> Andere Netzwerke – bspw. TikTok – werden nicht erwähnt. Bereits die vom Bundesgerichtshof als Wettbewerber\*innen von Facebook genannten Netzwerke, die teilweise kaum bekannt sind und teilweise auch nicht mehr betrieben werden (Google+), drückt

aus, dass aus Sicht des Gerichts Facebook faktisch wie ein Monopol auf dem Markt tätig ist und keines der anderen großen Netzwerke diesem Markt angehört.

Eine abschließende Einteilung anderer Märkte (darunter die angesprochenen Märkte für Berufsnetzwerke und Jobbörsen, Messaging-Dienste und andere soziale Medien) nimmt das Gericht nicht vor. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof diese anderen Märkte zumindest teilweise auch weiter unterteilt hätte, wie das Beispiel von YouTube und Twitter zeigt, die das Gericht beide als andere soziale Medien einordnete, obwohl sie für die allermeisten Nutzer\*innen nicht austauschbar sind.

Der Bundesgerichtshof begründet diese Trennung mit dem jeweiligen Gegenstand oder Schwerpunkt der Netzwerke. So stehen beispielsweise bei Xing und LinkedIn die berufliche Kommunikation und Kontaktpflege im Vordergrund, bei Instagram und YouTube die Verbreitung von Bildern und Filmen und bei Twitter die öffentliche Meinungsverlautbarung.<sup>44</sup> Daneben sind auch weitere Abgrenzungskriterien denkbar, beispielsweise das Alter der Nutzer\*innen oder ihre Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe.<sup>45</sup>

Mit anderen Worten ist aus kartellrechtlicher Sicht nicht von einem einzigen Markt sozialer Netzwerke auszugehen mit einem einzigen marktbeherrschenden Unternehmen (oder gar ohne marktbeherrschendes Unternehmen).<sup>46</sup> Vielmehr existiert aufgrund der Unterschiede der einzelnen Netzwerke eine Vielzahl von Märkten. Dementsprechend ist es möglich und sogar wahrscheinlich, dass nicht nur Facebook marktbeherrschend ist, sondern dass – derzeit – auch YouTube, Twitter, Instagram und TikTok auf ihren jeweiligen eigenen Märkten aktiv und auf diesen auch marktbeherrschend sind.<sup>47</sup> Auch neue Netzwerke können schnell marktbeherrschend in Bezug auf neue Märkte werden, wenn diese sich in Fokus oder Funktionalität von den bereits bestehenden Netzwerken unterscheiden. Das ergibt sich insbesondere aus den mit sozialen Netzwerken verbundenen Netzwerkeffekten. Ein solcher Effekt besteht darin, dass Nutzer\*innen zumeist zu den Netzwerken gezogen werden, bei denen bereits möglichst viele andere Nutzer\*innen aktiv sind, denn es geht ihnen ja gerade um die Interaktion mit möglichst vielen anderen Nutzer\*innen. Das führt dazu, dass sich auf den einzelnen Märkten schnell Marktführer\*innen etablieren, die den Großteil des Marktanteils auf sich vereinen.<sup>48</sup>



Räumlich geht der Bundesgerichtshof von einem nationalen Markt aus.<sup>49</sup> Dies begründet das Gericht insbesondere mit Sprachbarrieren, von Nutzer\*innen geteilten Inhalten mit regionalem oder nationalem Bezug sowie der deutschen Nutzer\*innen angezeigten Werbung, die in deutscher Sprache verfasst und auf sie zugeschnitten ist.

## 1.2 Kriterien zur Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung

Kriterien zur Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung finden sich in § 18 Abs. 3, 3a, 3b GWB.<sup>50</sup>

Eine marktbeherrschende Stellung wird gem. § 18 Abs. 4 GWB vermutet, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von 40 Prozent aufweist. Zur Ermittlung des Marktanteils sozialer Netzwerke hat der Bundesgerichtshof auf die Zahl der täglichen Nutzer\*innen zurückgegriffen. Facebooks Nutzer\*innenzahl war im Vergleich zu den weiteren Netzwerken im selben Markt derart hoch (in den Jahren 2012–2018 über 90% Marktanteil), dass der Senat auf weitere relevante Faktoren nur am Rande eingegangen ist.<sup>51</sup>

Es ist bisher nicht geklärt, ob diese kartellrechtlichen Grundsätze zur Erfassung einer (wirtschaftlichen) marktbeherrschenden Stellung auf die verfassungsrechtliche Erfassung von Marktmacht eins zu eins zu übertragen sind.<sup>52</sup> Allerdings spricht dafür, dass das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof spezifisch kartellrechtliche Terminologie verwendet haben.

Außerdem ist nicht davon auszugehen, dass es durch das Abstellen auf kartellrechtliche Kategorien zu einer Schutzlücke beim Grundrechtsschutz kommt. Das Kartellrecht ist wesentlich darauf ausgerichtet, ob aus Nutzer\*innensicht Alternativen bestehen. Existieren keine hinreichenden Alternativen, besteht aus kartellrechtlicher Sicht eine marktbeherrschende Stellung – und kontrolliert ein Unternehmen nicht nur Dienstleistungen und Produkte, sondern auch Kunst, Meinung und politische Willensbildung, folgt aus dieser Stellung ein grundrechtliches Schutzbedürfnis.<sup>53</sup> Demensprechend hat der dritte Senat in seinen Urteilen zu Hassrede bei Facebook auch die Einschätzung des Kartellsenats zu Facebooks marktbeherrschender Stellung direkt übernommen.<sup>54</sup>

## 2. INHALTLICHE AUSRICHTUNG

Der Bundesgerichtshof hat zwar das Kriterium der inhaltlichen Ausrichtung genannt, dieses aber bisher nicht näher konkretisiert.

Zunächst ist festzuhalten, dass es bei dem Kriterium der inhaltlichen Ausrichtung zu Überschneidungen mit dem Kriterium der marktbeherrschenden Stellung kommt. Denn eine unterschiedliche inhaltliche Ausrichtung zweier Netzwerke kann dazu führen, dass beide unterschiedlichen Märkten zugerechnet werden.

Denkbar ist aber auch, dass mit dem Kriterium der inhaltlichen Ausrichtung eine Verknüpfung zur Relevanz eines Netzwerks für die Ausübung von Grundrechten hergestellt werden soll. So bietet laut dem Bundesgerichtshof Facebook den Zugang zu Facebook an, „um den Nutzer[\*innen] zu ermöglichen, ihre durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgte Meinungsäußerungsfreiheit auszuüben.“<sup>55</sup> Damit liegt bereits in der Ausrichtung des Netzwerks ein Grundrechtsbezug vor, der eine Grundrechtsbindung zu rechtfertigen vermag.

Ähnliche Situationen sind für andere Grundrechte denkbar, bspw. Netzwerke mit besonderem Bezug zur Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit.

Zugleich ist aber fraglich, ob diese Überlegung im Gegenzug dazu führt, dass ein Netzwerk mit reinem Unterhaltungsfokus per se von der Grundrechtsbindung ausgenommen sein könnte.

Zunächst beschreibt der Bundesgerichtshof Facebook zwar als Netzwerk, das der Ausübung der Meinungsfreiheit dient, es lässt sich aber hinterfragen, ob das Netzwerk tatsächlich vom Unternehmen und auch den Nutzer\*innen ausschließlich so gesehen und verwendet wird. Denn Facebook wird von vielen Personen (auch) für andere Zwecke als den öffentlichen Meinungsaustausch genutzt, bspw., um mit Bekannten und Familienmitgliedern in Kontakt zu bleiben. Demgegenüber wird bspw. Twitter von einer größeren Anzahl an Nutzer\*innen für den öffentlichen Meinungsaustausch verwendet. Für den Bundesgerichtshof reichte es aber offenbar, dass Facebook zumindest auch diese Dimension hat.

Auch darüber hinaus zeigt sich eine Tendenz, dass Nutzer\*innen selbst dazu neigen, Netzwerke zu Räumen des Meinungsaustauschs zu machen, unabhängig davon, wie diese ursprünglich konzipiert wurden. So findet bspw. über die Videoplattformen YouTube und TikTok Meinungsaustausch statt, auch wenn diese wohl eher für unterhaltsame Videos erdacht wurden.<sup>56</sup> In diesen Netzwerken tauschen Menschen Meinungen sowohl durch die geteilten Videos als auch durch Kommentare zu diesen Videos aus.

Werden Netzwerke nach deren Grundrechtsrelevanz beurteilt, besteht außerdem die Gefahr, dass es zu einer Bewertung der Netzwerke nach deren Nutzer\*innen und Themen kommen könnte. Dies könnte der Fall sein, wenn bspw. Twitter größere Relevanz für die Meinungsfreiheit zugesprochen würde, da dort viele Politiker\*innen aktiv sind, und TikTok eine solche Relevanz abgesprochen würde, da dort eher junge Menschen Inhalte teilen. Mit einer solchen Einstufung geht zwingend auch die Bewertung der Nutzer\*innen und deren Meinungen einher. Eine solche Bewertung einzelner Meinungen als wertvoller als andere ist nicht mit der Meinungsfreiheit zu vereinbaren.<sup>57</sup>

Schließlich ist fraglich, ob es überhaupt ein soziales Netzwerk ohne Grundrechtsbezug geben kann. Einerseits wird es im Rahmen des sozialen Austauschs, der sozialen Netzwerken inhärent ist, auch immer zum Meinungsaustausch kommen, bzw. werden Netzwerke immer auch als Foren für den Austausch von Meinungen gesucht werden. Andererseits existiert neben den spezifischen Grundrechten (Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, etc.) auch das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit. Selbst dieses wurde schon in privatrechtlichen Kontexten angewendet (siehe hierzu **F.II.2.6**). Selbst wenn also ein Netzwerk denkbar wäre, das die Meinungsfreiheit nicht berührt, könnte die allgemeine Handlungsfreiheit der Nutzer\*innen zu einem Schutz gegenüber dem Netzwerk führen. Regelmäßig ergibt sich aber ein geringeres Schutzniveau, wenn „nur“ die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen ist.

### 3. ANGEWIESENHEIT DER NUTZER\*INNEN

Auch in Bezug auf den Grad der Angewiesenheit der Nutzer\*innen ist bislang unklar, welche Bedeutung diesem Kriterium zukommt. Bereits im Bereich der Marktmacht ist erfasst, ob Nutzer\*innen Alternativen zustehen.

Relevant kann aber sein, ob Menschen bspw. aufgrund äußerer Faktoren auf die Nutzung bestimmter Netzwerke angewiesen sind. Dies kann der Fall sein, wenn öffentliche Stellen bestimmte Netzwerke bspw. zur Verteilung von Informationen nutzen. Auch kann ein gesellschaftlicher Druck zur Nutzung bestimmter Netzwerke entstehen, die von breiten Teilen der Bevölkerung verwendet werden. Die Erfassung der gesellschaftlichen Relevanz deckt sich auch mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Stadionverbot, das an die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben anknüpfte.<sup>58</sup> Besonders angewiesen sind auch Menschen, deren wirtschaftliche Existenz von bestimmten Netzwerken abhängt (z.B. Influencer\*innen, bestimmte Künstler\*innen etc.).

### 4. ENTGEGENSTEHENDE RECHTE

Schließlich nennt der Bundesgerichtshof in seiner Aufzählung relevanter Kriterien für das Vorliegen einer Grundrechtsbindung auch Rechte des Unternehmens und Dritter. An anderer Stelle führt er dann aus, welche Rechte konkret bei Facebook von Bedeutung sind.

In Bezug auf das Netzwerk Facebook führte der Bundesgerichtshof sowohl die Berufsfreiheit als auch die Meinungsfreiheit Facebooks an.<sup>59</sup>

Die Berufsfreiheit schützt die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit und damit die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, unter welchen Bedingungen am Markt teilgenommen wird.<sup>60</sup> Diese Rechte werden beschränkt, wenn Netzwerken bestimmte Pflichten gegenüber ihren Nutzer\*innen auferlegt werden.

Der Bundesgerichtshof sah außerdem Facebooks Meinungsfrei-

heit in zweierlei Hinsicht berührt.<sup>61</sup> Zunächst handelt es sich bei Facebook um eine „unverzichtbare Mittlerperson“ für Meinungsbekundungen Dritter, die von der Rechtsprechung ebenfalls von der Meinungsfreiheit geschützt sind. Darüber hinaus bringt Facebook mit dem Unterbinden bestimmter Meinungen auch eine eigene Meinung zum Ausdruck.

In Bezug auf die Rechte Dritter berücksichtigte der Bundesgerichtshof das allgemeine Persönlichkeitsrecht anderer Nutzer\*innen, also insbesondere deren Interesse daran, nicht Gegenstand herabwürdigender Kommentare zu werden.<sup>62</sup>

Im Kern ist damit zu fragen, ob die Grundrechtsbindung die Rechte des Unternehmens und Dritter zu stark einschränkt. Damit werden die Rechte der äußernden Nutzer\*innen, des Unternehmens und betroffener Nutzer\*innen miteinander abgewogen und versucht, diese in einen gewissen Ausgleich zu bringen.

So geht der Bundesgerichtshof auf die Interessen Facebooks in seiner Ausgestaltung der Grundrechtsbindung ein: Das Gericht berücksichtigt

Facebooks Interesse daran, auch legalen Inhalt zu löschen, unter anderem da dem Unternehmen nicht immer klar sein kann, wann ein Inhalt gegen die deutsche Rechtsordnung verstößt.<sup>63</sup> Außerdem verlangt der Bundesgerichtshof gerade nicht, dass Facebook Nutzer\*innen immer anhört, bevor es einen Inhalt entfernt. Damit geht der Bundesgerichtshof zugleich auch auf die Rechte dritter Nutzer\*innen ein, da so Inhalte, die diese beeinträchtigen, schneller aus dem Netzwerk verschwinden.

Bei dieser Beurteilung kann bspw. relevant sein, welche wirtschaftliche Bedeutung ein Netzwerk hat. Während es Netzwerken mit viel Umsatz eher zugemutet werden kann, weitgreifende Maßnahmen zur Sicherung der Grundrechte ihrer Nutzer\*innen zu ergreifen, können vergleichbare Maßnahmen

für ein umsatzschwaches Netzwerk eine Bedrohung für das wirtschaftliche Überleben und damit eine erhebliche Beschränkung der Berufsfreiheit bedeuten.

Dieser Gedanke des Abwägens sich entgegenstehender Grundrechtspositionen ist bereits Bestandteil der „klassischen“ mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten. Dieser Ansatz bezieht sich jedoch gerade auf eine Abwägung im Einzelfall und nicht auf eine kategorische Bevorzugung einzelner Rechtspositionen.<sup>64</sup>



Es verwundert daher, dass die kategorische Entscheidung, ob ein Unternehmen grundrechtsgebunden sein soll, auch von den Rechten des Unternehmens und insbesondere Dritter abhängen soll. Am Beispiel Facebook zeigt sich gut, dass gerade diese Rechte Dritter unterschiedlich betroffen sein werden. Die Grundrechtsbindung, aus der sich auch Verfahrensanforderungen ergeben, kann sich aber nicht anhand jeden Inhalts neu entscheiden, sondern diese muss generell vorliegen oder aber eben nicht.

Dafür spricht auch, dass der Bundesgerichtshof die Rechte des Unternehmens und Dritter zwar allgemein bei der Grundrechtsbindung nennt, wenn er die Grundrechtsbindung Facebooks bejaht, aber erst im Rahmen der Erörterung zum Grad der Bindung ausführt, um welche Grundrechte es konkret geht und inwieweit diese beeinträchtigt sind.<sup>65</sup>

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass entgegenstehende Rechte nur selten beeinflussen können, ob ein Unternehmen grundrechtsgebunden ist.<sup>66</sup>

Vielmehr werden diese primär Auswirkungen auf die konkrete Ausgestaltung der Grundrechtsbindung haben.

## 5. MÖGLICHE HILFSKRITERIEN

Es bestehen Unsicherheiten dahingehend, wie die Rechtsprechung die vorstehenden Merkmale in Zukunft anwenden und gewichten wird. Zugleich handelt es sich um sehr abstrakte Merkmale, sodass es möglich erscheint, dass diese auch von Fall zu Fall unterschiedlich angewandt werden.

Im Folgenden werden Hilfskriterien vorgeschlagen, auf die potenziell zurückgegriffen werden kann, bis eine weitere Klärung in der Rechtsprechung erfolgt. Diese basieren insbesondere auf der bisherigen Gesetzgebung, spiegeln aber auch die von der Rechtsprechung verwendeten abstrakten Kriterien teilweise wider.

### 5.1 Zahl der Nutzer\*innen

In Bezug auf Facebook betont der Bundesgerichtshof sowohl die allgemeine Nutzer\*innenzahl als auch die Anzahl der täglichen Nutzer\*innen.<sup>67</sup>

Tatsächlich ist davon auszugehen, dass die Anzahl der Nutzer\*innen für mehrere der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien von Relevanz sein kann. So spielt die Zahl der Nutzer\*innen in der kartellrechtlichen Analyse bei der Einschätzung des Marktanteils eine Rolle. Aber auch darüber hinaus kann eine besonders hohe Zahl an Nutzer\*innen ein Indiz dafür sein, dass das Netzwerk eine Ausrichtung hat, die von besonderer gesellschaftlicher bzw. grundrechtlicher Relevanz ist. Das ergibt sich bereits daraus, dass, wenn viele Personen bei einem Netzwerk sind, dort auch regelmäßig digitales gesellschaftliches Leben stattfindet. Außerdem kann bei einer sehr hohen Anzahl an Nutzer\*innen davon ausgegangen werden, dass auch eine Angewiesenheit auf dieses Netzwerk besteht. Möchten andere mit diesen Nutzer\*innen in Verbindung treten, bleibt dafür häufig nur die Möglichkeit, selbst dem Netzwerk beizutreten.

Auch die deutsche und europäische Gesetzgebung knüpft an die Nutzer\*innenzahl von Netzwerken an.<sup>68</sup> Dafür bestehen politische Gründe – insbesondere der Gedanke, dass Plattformregulierung nicht die Schöpfung neuer Netzwerke erschweren soll. Aber es bestehen auch grundrechtliche Argumente für eine Berücksichtigung der Nutzer\*innen eines Netzwerks. Einerseits können hohe Anforderungen an kleine Netzwerke diese übermäßig belasten. Andererseits ist davon auszugehen, dass große

Netzwerke eher von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung und damit von größerer grundrechtlicher Relevanz sind.

### 5.2 Gewinnerzielungsabsicht

Bisher deutet die Rechtsprechung nicht darauf hin, dass es einer Gewinnerzielungsabsicht bedarf. Aus Sicht des Grundrechtsschutzes der Nutzer\*innen ist dies zu begrüßen, da auch gemeinnützig betriebene Netzwerke zu Beeinträchtigungen für Grundrechte führen können. Zugleich ist denkbar, dass die Gemeinnützigkeit im Rahmen der Berücksichtigung der Grundrechte der Netzbetreiber\*innen eine Rolle spielen kann, sodass gemeinnützig betriebenen Netzwerken – die regelmäßig über weniger finanzielle Mittel verfügen – geringere Verpflichtungen – treffen könnten.

### 5.3 Weitere Kriterien zur Erfassung der Größe eines Netzwerks

Neben der Anzahl der Nutzer\*innen werden teilweise auch andere Kriterien vorgeschlagen, um die Größe eines Digitalunternehmens zu bestimmen. So sind Unternehmen denkbar, die zwar nur eine geringe Anzahl an Nutzer\*innen haben, denen aber dennoch große Bedeutung zukommt. Daher werden teilweise auch andere Faktoren zur Bestimmung der Relevanz einer Plattform vorgeschlagen, wie bspw. der Umsatz oder die Anzahl der Angestellten.<sup>69</sup> In Bezug auf soziale Netzwerke ist allerdings davon auszugehen, dass in aller Regel die Nutzer\*innenzahl ein starkes Indiz für deren Relevanz ist. Dennoch bestehen bereits jetzt Netzwerke, die ohne irgendeine Form der Registrierung (passiv) genutzt werden können. So können bspw. bei YouTube Inhalte auch ohne Registrierung angesehen werden. Sofern sich weitere Formen von sozialen Netzwerken entwickeln, bei denen die Anzahl der Nutzer\*innen die soziale Relevanz nicht mehr





widerspiegelt, könnte es notwendig sein, auf andere Kriterien zurückzugreifen.

## 5.4 Grundrechtsgebundene Netzwerke

Es spricht einiges dafür, dass neben Facebook auch noch weitere große Netzwerke grundrechtsgebunden sind. Generell gilt für größere soziale Netzwerke, dass diese Nutzer\*innen einseitig Bedingungen auferlegen können. Auch besteht allein aufgrund der kommunikativen Dimension der Netzwerke immer ein starker Bezug zur Meinungsfreiheit. Damit fallen Netzwerke generell in den Bereich von potenziell gebundenen Unternehmen. Es kommt daher bei den einzelnen Netzwerken darauf an, wie deren Marktstellung und Ausrichtung ist und inwiefern Nutzer\*innen auf diese angewiesen sind. Bezüglich der entgegenstehenden Rechte der Netzwerke und Dritter ist bereits fraglich, ob diese überhaupt das Ob einer Grundrechtsbindung beeinflussen können. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, ist die Lage der großen Netzwerke mit der von Facebook vergleichbar, dessen Rechte die Grundrechtsbindung nicht entfallen ließen.

Für eine umfassende Analyse müsste für die großen Netzwerke dementsprechend untersucht werden, auf welchen konkreten Märkten diese aktiv sind und ob bzw. zu welchem Grad sie auf diesen marktbeherrschend sind. Hierbei ist die Nutzer\*innen-sicht zugrunde zu legen (sind Netzwerke austauschbar?). Darüber hinaus wäre eine Analyse der Nutzer\*innenzahl der einzelnen Marktteilnehmer\*innen notwendig. Auch weitere Faktoren (bspw. Finanzkraft) müssten in diese Untersuchung einbezogen werden.

Im Anschluss müsste untersucht werden, welche Ausrichtung die Netzwerke haben und inwiefern Nutzer\*innen auf die Netzwerke angewiesen sind. Zu einem gewissen Grad wird hier aber auch Rückgriff auf die marktbeherrschende Stellung genommen werden können, da diese die Bedeutung der Netzwerke und die Angewiesenheit der Nutzer\*innen andeutet.

Auch wenn eine solche Analyse den Rahmen dieser Studie sprengen würde, spricht doch einiges dafür, dass auch die Netzwerke YouTube, Instagram, Twitter und TikTok grundrechtsgebunden sind.

So spricht die kartellrechtliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Facebook dafür, dass diese Netzwerke allesamt

auf eigenen Märkten aktiv sind, auf denen – wie bei Facebook – nur kleinere Wettbewerber\*innen bestehen. Zwar konkurrieren alle sozialen Netzwerke in gewisser Weise um die Aufmerksamkeit von Nutzer\*innen, dies hat der Bundesgerichtshof aber nicht ausreichen lassen, um einen großen Markt aller Netzwerke anzuerkennen. Vielmehr kommt es darauf an, ob diese aus Sicht von Nutzer\*innen insbesondere in ihrer Funktion austauschbar sind. Das ist bei den genannten Netzwerken nicht der Fall. Twitter ist ein Kurznachrichtendienst, während Instagram auf Bilder fokussiert ist, YouTube und TikTok sind zwar beide Videoplattformen, dabei aber in ihrer Ausgestaltung äußerst unterschiedlich. So spielt das Empfehlungssystem bei TikTok eine herausragende Rolle. Wie bei YouTube ist es zwar möglich, nach Videos (bspw. Tutorials) zu suchen, es handelt sich aber eher um eine Nebenfunktion. Außerdem können TikTok-Videos derzeit maximal drei Minuten lang sein, sodass sich das Netzwerk von vornherein nur bedingt für längere Tutorials eignet. Zwar gibt es zwischen den genannten Netzwerken funktionale Überschneidungen. Diese ließ der Bundesgerichtshof aber auch bei Facebook nicht ausreichen.

Es ist davon auszugehen, dass die genannten Netzwerke auf ihren jeweiligen Märkten marktbeherrschend sind. Das liegt an den Netzwerkeffekten auf diesen Märkten, die eine Sog- und Konzentrationswirkung entfalten. Das zeigt Facebooks Stellung als quasi-Monopol eindrucksvoll. Eine derartige Stellung besteht aber auch bei den anderen genannten Netzwerken. Bspw. gibt es mit YouTube vergleichbare Videoplattformen (bspw. Vimeo). Diese spielen aber nur eine untergeordnete Rolle. So ist es auch bei den anderen genannten Netzwerken. Dafür sprechen auch die hohen Nutzer\*innenzahlen der Netzwerke (YouTube: 30 Mio. wöchentlich; Instagram: 21 Mio. monatlich, 11 Mio. täglich; Twitter: 12 Mio. monatlich, 1,4 Mio. täglich; TikTok: 1,4 Mio. täglich).<sup>70</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die entsprechenden Nutzer\*innenzahlen nicht gegen die Gesamtbevölkerung, sondern gegen die Zahl von Nutzer\*innen derartiger Netzwerke zu rechnen sind. In Bezug auf Twitter ist bspw. zu überprüfen, wie viele Personen überhaupt Kurznachrichtendienste nutzen. Angesichts der 12 Millionen Nutzer\*innen ist wohl davon auszugehen, dass Twitter zumindest einen erheblichen Marktanteil besitzt.

Bezüglich der Ausrichtung des Netzwerks und der Angewiesenheit ist wohl davon auszugehen, dass die recht allgemeinen ge-

richtlichen Ausführungen zu Facebook auch auf diese anderen sozialen Netzwerke zu übertragen sind. Die Netzwerke haben sich (auch) auf den Austausch von Meinungen ausgerichtet, sodass ein konkreter Bezug zur Ausübung von Grundrechten besteht. Auch wurden die Netzwerke für die Allgemeinheit geöffnet – jede Person kann ein Konto eröffnen. Das spricht wie bei Facebook dafür, die Netzwerke an den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und die Meinungsfreiheit zu binden.

Zumindest für gewisse Bevölkerungsgruppen sind die Netzwerke auch von Relevanz für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben. Die Rolle der genannten Netzwerke mag zwar nicht von so großer gesamtgesellschaftlicher Bedeutung sein, wie dies für Facebook zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidungen der Fall war. Jedoch zeigt bereits das Beispiel des Stadionverbots auf, dass nicht die gesamte Bevölkerung an einer Aktivität beteiligt sein muss, damit eine Grundrechtsbindung vorliegen kann. Vielmehr reicht eine Gesellschaftsgruppe, zumindest wenn die Aktivität hier besondere Relevanz hat. Es ist davon auszugehen, dass dies auf die genannten Netzwerke zutrifft.

Daneben besteht selbstverständlich die Möglichkeit, dass auch weitere Netzwerke grundrechtsgebunden sind.

## 6. ZUSAMMENFASSUNG

Es ist davon auszugehen, dass soziale Netzwerke insbesondere dann der Grundrechtsbindung unterliegen, wenn diese über große Marktmacht verfügen, Nutzer\*innen auf sie angewiesen sind, sie für die Ausübung von Grundrechten von großer Bedeutung sind und eine gewisse Größe haben. Konkrete Schwellenwerte lassen sich dabei nicht aufstellen, da sich die einzelnen Netzwerke teilweise stark voneinander unterscheiden. Vielmehr bedarf es einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien. Im Ergebnis kann daher selbst ein kleines Netzwerk grundrechtsgebunden sein, wenn dieses bspw. eine Monopolposition innehat und von großer Bedeutung für Grundrechte ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für alle Netzwerke eine situative Grundrechtsbindung vorliegt. Die Netzwerke sind also nur gegenüber den eigenen Nutzer\*innen gebunden.

Nach den aufgestellten Kriterien ist davon auszugehen, dass in aller Regel mehrere Netzwerke einer Grundrechtsbindung unterliegen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass diese aus kartellrechtlicher Sicht auf unterschiedlichen Märkten aktiv sind, aus grundrechtlicher Sicht kommen ihnen jeweils unterschiedliche Funktionen zu. Derzeit spricht einiges dafür, dass zumindest YouTube, Instagram, Twitter und TikTok grundrechtsgebunden sind.

# F. WELCHE VORGABEN ERGEBEN SICH AUS DER GRUNDRECHTSBINDUNG?

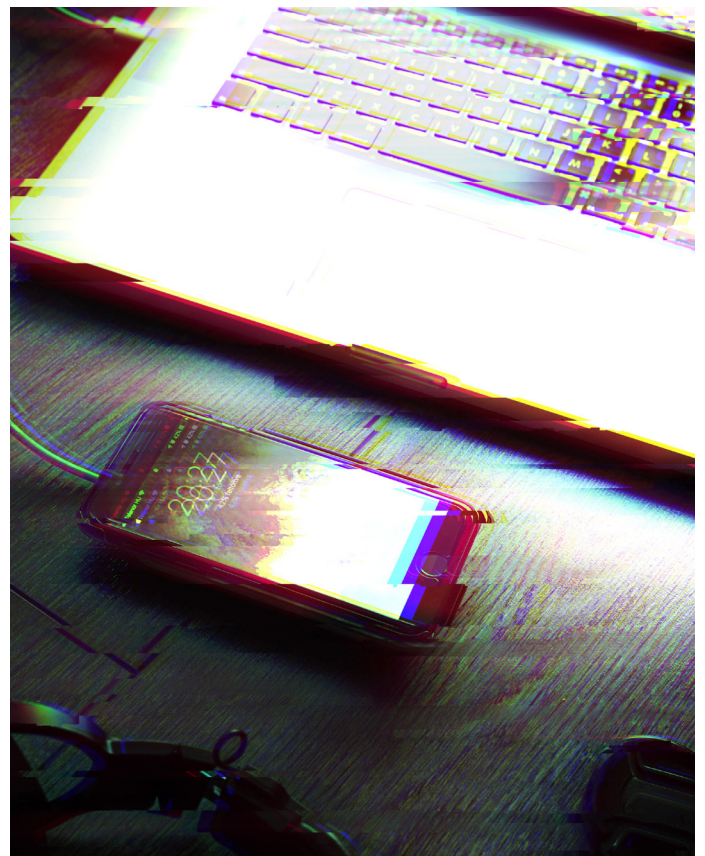
## I. EINLEITUNG

Durch die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten entfalten diverse Grundrechte, darunter die Meinungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, schon lange Auswirkungen auch im Verhältnis zwischen Privaten.<sup>71</sup> Das hier als Grundrechtsbindung bezeichnete Phänomen geht darüber hinaus und ist von staatsähnlicher oder staatsgleicher Bindung von Privaten gekennzeichnet. Bisher ergeben sich aus dieser neuen Rechtsprechung insbesondere zwei Konsequenzen.

Die erste Konsequenz ist, dass materielle grundrechtliche Ansprüche, die klassisch nur gegenüber dem Staat und öffentlichen Einrichtungen bestanden, auf Private übertragen wurden.<sup>72</sup> Dies wird am deutlichsten in Bezug auf die Übertragung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf private Rechtsverhältnisse.<sup>73</sup> Dies war bereits in der Stadionverbotsentscheidung der Fall, in der das Bundesverfassungsgericht nicht an die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers anknüpfte, sondern an dessen Recht auf Gleichbehandlung. Darauf aufbauend betonte der Bundesgerichtshof gegenüber Facebook ebenfalls, dass das Netzwerk nicht ohne sachlichen Grund zwischen einzelnen Nutzer\*innen differenzieren dürfe (dazu oben D). Die zweite Konsequenz ist eine Absicherung dieser Grundrechte durch eine verfahrensrechtliche Dimension. So müssen Private die Ihnen zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternehmen, wenn sie andere von Bereichen gesellschaftlicher Bedeutung ausschließen.<sup>74</sup> Dafür ist insbesondere eine Anhörung erforderlich.<sup>75</sup> Diese hat grundsätzlich vor dem Ausschluss zu erfolgen.<sup>76</sup> Bei weniger einschneidenden Maßnahmen kann sie je nach Schwere und Eilbedürftigkeit auch erst nachträglich und nur auf Verlangen der betroffenen Person

erfolgen.<sup>77</sup> Jedenfalls müssen die von den Maßnahmen Betroffenen darüber informiert werden, sodass diese gegebenenfalls Schritte dagegen einleiten können.<sup>78</sup> Darüber hinaus müssen Maßnahmen – zumindest auf Verlangen – begründet werden.<sup>79</sup>

Im Folgenden werden zunächst der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz und die für soziale Netzwerke besonders relevanten Grundrechte näher dargelegt, bevor einzelne Bereiche untersucht werden, auf die sich diese Grundrechte auswirken.



## II. WELCHE GRUNDRECHTE SOZIALE NETZWERKE BEEINTRÄCHTIGEN

Ausgehend von den Urteilen des Bundesgerichtshofs zu Hassrede auf Facebook sind für soziale Netzwerke bislang insbesondere der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz und die Meinungsfreiheit von Bedeutung. Da nicht zwingend alle Inhalte in sozialen Netzwerken von der Meinungsfreiheit umfasst sind, kommt auch weiteren Grundrechten Bedeutung zu, die ebenfalls näher beleuchtet werden.

Daneben kommt insbesondere dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine große Bedeutung zu, welches im Abschnitt zu Daten näher beleuchtet wird (siehe **F.III.4**).

Außerdem sind bei einzelnen Gruppen von gewerblichen Nutzer\*innen weitere Grundrechte von Relevanz. Dazu gehört die Berufsfreiheit, aber auch die Pressefreiheit und die Chancengleichheit der Parteien. Da diese Gruppen aber Sonderprobleme aufwerfen, werden sie separat besprochen (siehe **F.IV**).

### 1. ALLGEMEINER GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>80</sup> Er umfasst das Willkürverbot, wonach eine Differenzierung einen sachlichen Grund erfordert.<sup>81</sup> In Bezug auf die Grundrechtsbindung geht damit auch eine verfahrensrechtliche Dimension einher (Anhörung der Betroffenen, Begründung der Entscheidung).<sup>82</sup>

Die Übertragung des allgemeinen Gleichheitsbehandlungsgrundsatzes auf Private in der Entscheidung zum Stadionverbot stellte ein Novum dar;<sup>83</sup> das mittlerweile der Bundesgerichtshof – in Verbindung mit der Meinungsfreiheit – auf soziale Netzwerke übertragen hat.<sup>84</sup> Die Rechtsprechung betont hierbei, dass bspw. solche Private der Grundrechtsbindung unterfallen, die Aktivitäten ausüben, die „aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden“.<sup>85</sup> Die Einschränkung der Privatautonomie, die mit der Übertragung des allgemeinen Gleichbehandlungs-

grundsatzes auf private Rechtsverhältnisse einhergeht, wird mithin damit gerechtfertigt, dass die gebundenen Privaten ihre Geschäftsbereiche selbst derart ausgestaltet haben, dass keine Auswahl der Vertragspartner\*innen stattfindet, sondern eine möglichst große Anzahl an Vertragspartner\*innen geradezu gewollt ist. Bspw. geht es sozialen Netzwerken darum, möglichst viele Nutzer\*innen zu haben, um dadurch mehr Werbeeinnahmen, aber auch mehr Daten zu generieren, die sie bspw. zur Weiterentwicklung des jeweiligen Netzwerks nutzen können.

Inwiefern daneben auch die spezifischen Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG (Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse und politische Abstammung, Behinderung) anzuwenden sind, ist bisher nicht geklärt.<sup>86</sup> Unabhängig davon, ob dies rechtsdogmatisch möglich ist, ist aber davon auszugehen, dass sich die mit den spezifischen Diskriminierungsverboten verbundene Wertung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes berücksichtigen lässt und damit eine Unterscheidung anhand der genannten Kriterien besonders kritisch zu beurteilen ist, auch wenn sie nicht grundsätzlich versagt sein mag.

### 2. RECHTE, DIE EINZELNE INHALTE SCHÜTZEN

#### 2.1 Meinungsfreiheit

Die in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Meinungsfreiheit schützt das Recht, die eigene Meinung frei zu äußern und zu verbreiten und umfasst auch Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, solange diese insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden.<sup>87</sup> Sie umfasst auch Äußerungen potenziell polemischen oder verletzenden Gehalts.<sup>88</sup>

Damit unterfällt ein erheblicher Teil der in sozialen Netzwerken vorhandenen Inhalte der Meinungsfreiheit. Dementsprechend formulierte der Bundesgerichtshof: „[Facebook] bietet aufgrund eigener unternehmerischer Entscheidung der allgemeinen Öffentlichkeit den Zugang zu [seinem] sozialen Netzwerk an, um

den Nutzern zu ermöglichen, ihre durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgte Meinungsäußerungsfreiheit auszuüben.“<sup>89</sup> Als Konsequenz der Eröffnung dieses Zugangs haben soziale Netzwerke die Meinungsfreiheit ihrer Nutzer\*innen zu beachten. Darüber hinaus differenziert der Bundesgerichtshof nicht gegenüber weiteren betroffenen Freiheitsrechten. Das spricht dafür, dass der Bundesgerichtshof soziale Netzwerke allgemein als Plattformen zur Verwirklichung der Meinungsfreiheit ansieht, unabhängig davon, ob ein konkreter Inhalt von der Meinungsfreiheit gedeckt ist.

Zugleich sind soziale Netzwerke aber auch verpflichtet, die Grundrechte ihrer Nutzer\*innen inhaltlich zu berücksichtigen, bevor diese bspw. Inhalte löschen. Auf dieser inhaltlichen Ebene haben die Netzwerke sodann auch die weiteren gegebenenfalls einschlägigen Grundrechte in ihre Abwägung mit einzu beziehen. Das bedeutet bspw., dass bei der Einschätzung, ob eine Abbildung nackter Menschen gegen die Richtlinien eines Netzwerks verstößt, zu berücksichtigen ist, ob die Abbildung u.a. Kunst darstellt (z.B. Abbildung der Davidstatue) oder aus anderen Gründen besonders wertvoll ist (z.B. als medizinisch-aufklärende Information).

## 2.2 Kunstfreiheit

Die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG schützt die Kunst unter einem weiten Verständnis des Wortes.<sup>90</sup> Auch Inhalte die keine Meinung kundtun, aber Kunst darstellen, sind also geschützt.<sup>91</sup>

Inwiefern sich aus der Kunstfreiheit besondere Anforderungen an soziale Netzwerke ergeben, ist in der Rechtsprechung noch nicht explizit geklärt. Jedoch wird die Kunstfreiheit seit langem vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung auch in privatrechtlichen Kontexten berücksichtigt.<sup>92</sup>

## 2.3 Wissenschaftsfreiheit

Sofern Forschung und Lehre bspw. in Form von Aufklärung über gesundheitliche Risiken<sup>93</sup> im Fokus eines Inhalts stehen, kann auch die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG zum Tragen kommen.<sup>94</sup>

## 2.4 Religions- und Weltanschauungsfreiheit

Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG schützt auch die öffentliche Verkündung des Glaubens bzw. der

### Beispiele Kunstfreiheit:

Zu Beschränkungen der Kunstfreiheit kann es insbesondere kommen, wenn soziale Netzwerke Inhalte entfernen, die Kunstwerke abbilden. So entfernte bspw. Facebook immer wieder Kunstwerke, die wegen vermeintlicher Darstellungen von Nacktheit gegen die Gemeinschaftsstandards verstießen, darunter Fotografien von Statuen, die im Louvre ausgestellt sind.<sup>190</sup>

Aufgrund des weiten Kunstbegriffes können aber auch viele weitere Inhalte wie bspw. Musik, Sketche, Satire und Filme von der Kunstfreiheit umfasst sein. Bei Netzwerken, die auf dem Teilen von Videos oder Fotos basieren, besteht von Vornherein ein starker Bezug auch zur Kunstfreiheit.<sup>191</sup>

### Beispiele Wissenschaftsfreiheit:

Berühmtheit erlangte ein Fall, in dem Instagram einen Inhalt als Verstoß gegen die Gemeinschaftsstandards zu Nacktdarstellung entfernt hatte, der zum Thema Brustkrebserkennung informieren sollte.

### Beispiele Religionsfreiheit:

Die Religionsfreiheit ist betroffen, wenn soziale Netzwerke Inhalte entfernen, die Ausdruck der religiösen Überzeugung sind. Dazu können Gebete gehören, aber auch Aufnahmen religiöser Veranstaltungen oder religiöse Symbole, die mit anderen Nutzer\*innen geteilt werden.



Weltanschauung sowie Äußerungen des religiösen und weltanschaulichen Lebens.<sup>95</sup> Damit besteht die Möglichkeit, dass Nutzer\*innen Inhalte teilen, die unter den Schutz der Religionsfreiheit fallen.

## 2.5 Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit

Es ist unklar, inwiefern die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG und die Vereinigungsfreiheit (das Recht, sich zu gemeinsamen Zwecken und Zielen zusammenschließen, bspw. durch Gründung von Vereinen) aus Art. 9 Abs. 1 GG ins Netz übertragbar sind.<sup>96</sup> Bezogen auf soziale Netzwerke kann ein digitales Äquivalent in gewissen Maßen in Live-Zusammenkünften und Gruppen in diesen Netzwerken gesehen werden. Unabhängig von einer möglichen Weiterentwicklung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit ist aber davon auszugehen, dass derartige Funktionen bereits unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen, da diese – sofern sie vom jeweiligen Netzwerk allgemein zur Verfügung gestellt werden – der Auswahl der Adressat\*innen von Meinungsäußerungen dienen.<sup>97</sup>

Werden diese Funktionen gegenüber einzelnen Nutzer\*innen eingeschränkt, kann dies dazu führen, dass das gewünschte Publikum nicht mehr erreicht werden kann. Aus diesem Umstand ist davon auszugehen, dass nicht nur geteilte Inhalte, sondern auch weitere zur Verfügung stehende Funktionen geschützt sein können. Besteht also grundsätzlich die Möglichkeit, sich in den Netzwerken in Gruppen zu organisieren oder in Echtzeit Inhalte zu teilen, besteht auch bezüglich dieser Funktionen ein Schutz.

## 2.6 Allgemeine Handlungsfreiheit

Schließlich kann, selbst wenn keines der genannten speziellen Grundrechte einschlägig sein mag, die allgemeine Handlungsfreiheit dazu führen, dass Nutzer\*innen gegenüber sozialen Netzwerken geschützt sind. So hat das Bundesverfassungsgericht die allgemeine Handlungsfreiheit bei bestimmten Fallgruppen auch zwischen Privaten herangezogen, bspw. wenn sich eine Vertragssituation für eine Partei besonders belastend auswirkte und eine strukturelle Überlegenheit des anderen Vertragsteils bestand.<sup>98</sup> Aber auch darüber hinaus kann die allgemeine Handlungsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten als Auffanggrundrecht dienen, wenn kein spezifisches Grundrecht (wie die Meinungsfreiheit oder Kunstfreiheit) einschlägig ist.<sup>99</sup>

### Allgemeine Handlungsfreiheit zwischen Privaten:

Das Bundesverfassungsgericht stützt sich auf die allgemeine Handlungsfreiheit, wenn keine spezifischen Grundrechte einschlägig sind, auch im Verhältnis zwischen Privaten. Eine prominente Entscheidung betraf Bankbürgschaftsverträge. In dieser Entscheidung leitete das Bundesverfassungsgericht – da kein spezifischeres Grundrecht einschlägig war – aus der allgemeinen Handlungsfreiheit her, dass Zivilgerichte Verträge nicht einfach als Resultat der Verhandlungsfreiheit akzeptieren dürfen, wenn diese eine\*n der beiden Vertragspartner\*innen ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind. Konkret auf den Bürgschaftsvertrag bezogen hieß dies, dass Vertragsbedingungen nicht akzeptiert werden dürfen, wenn geschäftlich unerfahrene Bürg\*innen hohe und schwer abschätzbare Unternehmerrisiken und ungewöhnlich hohe Haftungsrisiken übernehmen, ohne dabei eigene wirtschaftliche Interessen zu verfolgen.<sup>102</sup>

Auch der Besuch eines Stadions unterfällt zumindest nicht offensichtlich einem spezifischen Grundrecht, sodass hier ein Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit möglich erschien. Das Bundesverfassungsgericht ließ dies aber offen.

Bei sozialen Netzwerken ist noch unklar, welche Rolle die allgemeine Handlungsfreiheit überhaupt spielen kann oder aber ob immer ein spezifisches Grundrecht einschlägig sein wird. Zumindest theoretisch ist denkbar, dass Nutzer\*innen auch Inhalte teilen, die weder eine Meinung kundtun noch für die anderen spezifischen Grundrechte von Bedeutung sind. Bspw. ist fraglich ob eines der spezifischen Grundrechte einschlägig ist, wenn ein\*e Nutzer\*in im Netzwerk eine einfache Information teilt (so liegt weder bei der ersten SMS „Merry Christmas“ noch beim ersten Tweet „just setting up my twttr“ eine Meinungsäußerung vor). Wird ein solcher Inhalt gelöscht, könnte die allgemeine Handlungsfreiheit des\*r Nutzer\*in zu berücksichtigen sein.

In der Entscheidung zum Stadionverbot wurde dennoch nicht auf die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgegriffen, da für das Gericht die Ungleichbehandlung den Kern der Verfassungsbeschwerde bildete.<sup>100</sup>

### III. WIE SOZIALE NETZWERKE GRUNDRECHTE BEEINTRÄCHTIGEN

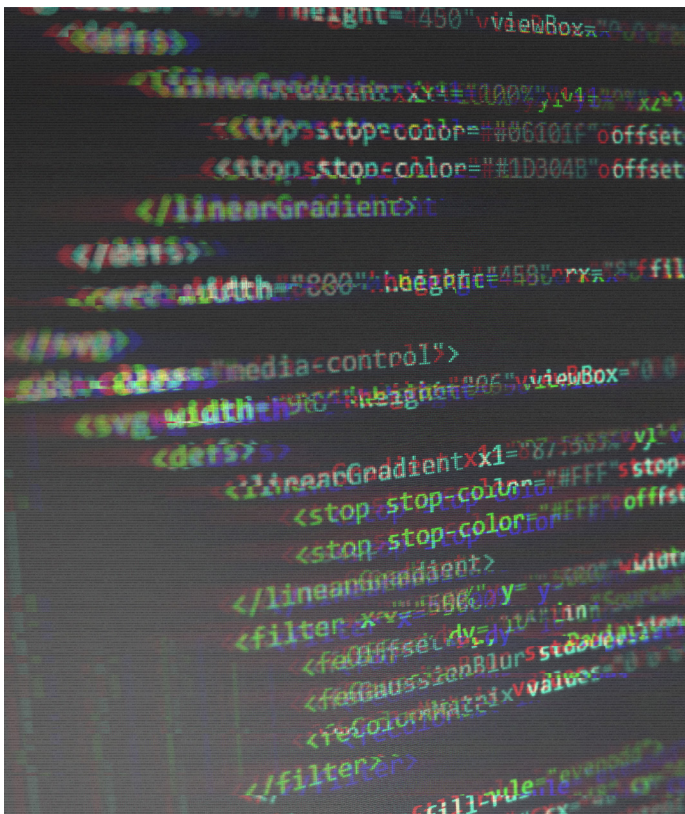
Die genannten Grundrechte können in sozialen Netzwerken auf verschiedene Art und Weise beeinträchtigt werden. Unterscheiden kann man insbesondere Regeln und Praxis. Bisher hat sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung mit der Frage der Nutzungsbedingungen, Richtlinien und Gemeinschaftsstandards auseinandergesetzt. Gegenüber den Nutzer\*innen entfalten diese Regelungswerke faktisch dieselben Wirkungen wie staatliche Gesetze. Wie bei Gesetzen kann es zu Ungleichbehandlungen und fehlender Berücksichtigung einzelner Grundrechte kommen.

Dementsprechend hat die Rechtsprechung aufgrund der Grundrechtsbindung auch gegenüber sozialen Netzwerken An-

forderungen aufgestellt, die die Grundrechte der Nutzer\*innen schützen sollen. Das ist insofern bemerkenswert, als grundsätzlich die Privatautonomie herrscht. Danach dürften auch soziale Netzwerke frei entscheiden, mit wem sie unter welchen Bedingungen Verträge eingehen. Die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen schränken diese Entscheidungsfreiheit der Netzwerke erheblich ein, was zum Schutz der Grundrechte der Nutzer\*innen hinzunehmen ist.

Grundrechte sind aber nicht nur durch die Rechtsetzung der sozialen Netzwerke berührt. Vielmehr können soziale Netzwerke auch bei der Ausgestaltung der Kommunikationsinfrastruktur Entscheidungen treffen, die die Grundrechte der Nutzer\*innen erheblich beeinflussen können. Gerichtliche Entscheidungen zu diesen Bereichen sind bisher nicht ergangen. Zugleich ist davon auszugehen, dass die Anforderungen, die an die Rechtsetzung durch Netzwerke gestellt werden, weitgehend auch auf diese anderen Bereiche zu übertragen sind, sofern sich die Wirkungen vergleichen lassen. Das gebietet insbesondere der Grundrechtsschutz. Denn aus Sicht der Nutzer\*innen macht es keinen Unterschied, wie, sondern nur dass es zu einer Beeinträchtigung ihrer Grundrechte kommt. Ließen sich die für die Rechtsetzung der Netzwerke aufgestellten Grundsätze nicht auch auf andere Bereiche übertragen, würde dies erhebliche Umgehungsmöglichkeiten eröffnen.

Dementsprechend werden zunächst die Anforderungen an die Rechtsetzung durch soziale Netzwerke dargestellt und diese sodann auf andere Bereiche übertragen. Diese Anforderungen gelten aber nur für solche Netzwerke, die der Grundrechtsbindung unterfallen.



# 1. RECHTSETZUNG DURCH SOZIALE NETZWERKE (RICHTLINIEN) UND DARAUF BASIERENDE MASSNAHMEN

## 1.1 Grundrechtsbezug

Soziale Netzwerke erstellen im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen (auch als Nutzungsbedingungen bezeichnet) Regelungen, durch die unter anderem Verhaltensvorgaben für die Nutzer\*innen aufgestellt werden (**Richtlinien**).<sup>101</sup> Diese Richtlinien sind häufig in unterschiedlichen elektronisch zur Verfügung gestellten Dokumenten enthalten. Verhaltensvorgaben finden sich beispielsweise in Gemeinschaftsstandards (Facebook), Gemeinschaftsrichtlinien (Instagram) und Community-Richtlinien (YouTube). Neben allgemeinen Regelungen bestehen regelmäßig noch weitere Regelungen zu spezifischen Gebieten, wie bspw. dem Urheberrecht. Faktisch werden soziale Netzwerke durch diese Verhaltensvorgaben rechtsetzend tätig.<sup>102</sup> Neben Verhaltensvorgaben ist geregelt, welche Maßnahmen gegen Nutzer\*innen getroffen werden können, um die Einhaltung der Regelungen zu gewährleisten.

Durch diese faktische Rechtsetzungsmöglichkeit gegenüber einer erheblichen Anzahl an Einzelpersonen kommt den sozialen Netzwerken eine Wirkungsmacht zu, die sonst vor allem vom Staat ausgeht. Während Bürger\*innen in der analogen Welt die nationalen Gesetze zu berücksichtigen haben, sei es beim Einkaufen, im Straßenverkehr oder aber auch bei Demonstrationen, bestimmt online das entsprechende Netzwerk, welche Regeln gelten. Der Staat ist aber nicht vollkommen frei darin, wie er rechtsetzend tätig wird. Vielmehr ist er verpflichtet, die Grundrechte zu berücksichtigen. Auch bestehen verfahrensrechtliche Absicherungen, die Einzelne vor dem Staat schützen.

Diese Sicherungsmechanismen überträgt die Rechtsprechung mit der Grundrechtsbindung<sup>103</sup> zumindest im Ansatz auch auf soziale Netzwerke. Wollen diese sich Maßnahmen vorbehalten, die Nutzer\*innen benachteiligen, bestehen formale, verfahrensrechtliche und inhaltliche Anforderungen. Diese sind bei der Formulierung und bei der Umsetzung der Richtlinien zu beachten.

## 1.2 Anforderungen

### 1.2.1 Formale Anforderungen

Zunächst können soziale Netzwerke nur dann gegen Nutzer\*innen Maßnahmen ergreifen – darunter das Löschen einzelner Beiträge oder auch die Sperrung eines Accounts –, wenn sie damit auf Verhalten reagieren, das zuvor in ihren Richtlinien verboten wurde, und sie sich vorbehalten haben, mit näher bestimmten Maßnahmen hierauf zu reagieren (oder aber die sozialen Netzwerke gesetzlich zum Handeln verpflichtet sind).<sup>104</sup> Es gilt also ein Regelungsvorbehalt, die sozialen Netzwerke können nicht – wie sonst im Geschäftsleben – vollkommen frei entscheiden, wie sie mit einem bestimmten Verhalten umgehen.

Auch müssen die entsprechenden Vorschriften hinreichend verständlich ausformuliert sein, sodass Nutzer\*innen wissen, wie sie sich zu verhalten haben.<sup>105</sup> Zudem müssen die Vorschriften so ausgestaltet sein, dass diese an objektiv überprüfbare Tatsachen anknüpfen.<sup>106</sup>

Bisher noch ungeklärt ist, inwieweit auch interne Richtlinien zur Beurteilung von Beiträgen offenzulegen sind. So haben soziale Netzwerke in aller Regel interne Kriterien, nach denen Angestellte Beiträge einstufen und gegebenenfalls löschen.<sup>107</sup> Diese sind zumindest teilweise konkreter ausgestaltet als die Richtlinien selbst.

Gegen eine solche Offenlegungspflicht spricht, dass Umgehungsmöglichkeiten geschaffen werden, wenn die genauen Kriterien bekannt werden. Jedoch ergeben sich auch Schutzlücken, wenn unklar ist, ob bspw. bestimmte Begriffe als Hassrede eingeordnet werden oder nicht. So kann durch eine Offenlegung auch eine öffentliche Kontrolle erfolgen, die gegebenenfalls zur Erweiterung der Kriterien führt.

### Gegenvorstellungsrecht nach dem NetzDG:

Mittlerweile regelt auch § 3b NetzDG ein vergleichbares Gegenvorstellungsverfahren. Danach müssen Netzwerke Nutzer\*innen die Möglichkeit eröffnen, gegen das Löschen von Inhalten vorzugehen. Das Gegenvorstellungsverfahren findet aber nur auf Löschungen von Inhalten Anwendung, nicht jedoch bei Sperrungen von Gruppen oder Konten.

Jedenfalls sind interne Kriterien, die weit über öffentliche Richtlinien hinausgehen, sowie äußerst unbestimmte Richtlinien nicht mit dem Klarheitsgebot vereinbar.<sup>108</sup> Maßnahmen gegenüber Nutzer\*innen die auf solche Richtlinien gestützt werden, sind unzulässig.

### 1.2.2 Verfahrensrechtliche Anforderungen

In verfahrensrechtlicher Dimension unterliegen soziale Netzwerke nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung aufgrund der Grundrechtsbindung einer Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhalts, wenn sie Maßnahmen gegenüber Nutzer\*innen ergreifen. Diese Pflicht ist je nach Schwere und Eilbedürftigkeit der Maßnahme unterschiedlich ausgestaltet.<sup>109</sup>

Wenn ein soziales Netzwerk einen Beitrag löscht, besteht keine vorherige Anhörungspflicht. Vielmehr ist es ausreichend, den\*die Autor\*in des Beitrags unverzüglich<sup>110</sup> über die Löschung in Kenntnis zu setzen.<sup>111</sup> Dabei bedarf es einer Begründung. Aus ihr muss hervorgehen, welcher Teil des Beitrags gegen welche Vorgabe der Richtlinien verstoßen haben soll.<sup>112</sup>

Nutzer\*innen ist die Möglichkeit zu eröffnen, sich gegen die Löschung zur Wehr zu setzen. Geschieht dies und tragen Nutzer\*innen zum Sachverhalt vor – bspw. indem diese den Kontext der Äußerung erläutern –, muss das soziale Netzwerk sich mit diesen Äußerungen auseinandersetzen und gegebenenfalls erneut über die Löschung entscheiden.<sup>113</sup> Aus diesem Grund besteht auch die Verpflichtung, Beiträge nicht unwiederbringlich zu löschen.<sup>114</sup>

Bei schwerwiegenden Maßnahmen wie einer (auch nur temporären) Sperrung eines Accounts bedarf es – in der Regel – einer vorherigen Anhörung.<sup>115</sup> Ausnahmen sind in eng begrenzten und in den Nutzungsbedingungen näher zu bestimmenden Fällen möglich,<sup>116</sup> zum Beispiel bei Gefahr im Verzug.<sup>117</sup> Die Aufklärungspflicht besteht auch bei vermeintlich evidenten Sachverhalten.<sup>118</sup>

Während also eine Pflicht zur Erfassung des Sachverhalts besteht, geht die Rechtsprechung zugleich auch auf die Belange der Netzwerke ein. So wäre eine vorherige Anhörung bei jeder Löschung eines Beitrags wohl schlicht zu aufwendig (und würde insbesondere bei schwerwiegenden Rechtsverletzungen auch zu inakzeptablen Verzögerungen führen). Bei intensiveren –

### Weitere Maßnahmen neben Löschungen und Sperrungen:

Neben Löschungen einzelner Inhalte und Sperrungen von Konten werden insbesondere Gruppen gesperrt. Es spricht einiges dafür, dass auch diese Maßnahme einer vorherigen Anhörung bedarf: Es handelt sich um eine seltene Maßnahme, sodass die Anhörung dem Netzwerk zumutbar ist. Außerdem kann die Sperrung abhängig vom Netzwerk einen vergleichsweise intensiven Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellen. Denn je nach Netzwerk kann der Meinungsaustausch vor allem über Gruppen erfolgen. Zugleich muss, wie schon bei Konten selbst, gelten, dass Netzwerke sofort sperren dürfen, wenn besondere Eile notwendig ist und die Netzwerke dies konkret in ihren Richtlinien geregelt haben.

Daneben können soziale Netzwerke aber auch eine Vielzahl anderer Maßnahmen ergreifen. So können nur einzelne Funktionen für Nutzer\*innen eingeschränkt werden, dadurch kann bspw. nur ein Leserecht verbleiben. Auch werden teilweise Inhalte mit Zusätzen wie bspw. Warnungen versehen. Es liegt nahe, dass eine derartige Warnung dazu führt, dass andere Nutzer\*innen nur noch vermindert auf geteilte Links klicken und/oder dem\*der Urheber\*in des Inhalts künftig weniger vertrauen, sodass es zu einer Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit kommen kann. Da die Zusätze in der Regel der Bekämpfung von Falschinformationen dienen, wird aber ein sachlicher Grund für die Maßnahme vorliegen. Problematisch sind jedoch Berichte, nach denen Facebook Links, die zu einer Wettbewerberin führten, pauschal mit einer solchen Warnung versah.<sup>193</sup>

Auch kann es zu Nachfragen kommen, ob Nutzer\*innen Inhalte wirklich teilen möchten. Zumindest das Landgericht Karlsruhe sah darin aber kein Problem, solange eine derartige Nachfrage Artikel betrifft, die die Nutzer\*innen zuvor selbst nicht gelesen haben.<sup>194</sup>

### **Beispiel: Diskriminierende Umsetzung**

Facebook hatte ein internes Programm mit dem Namen XCheck eingeführt. Danach unterstanden die Konten einzelner Nutzer\*innen einem besonderen Schutz, sodass Inhalte von diesen Nutzer\*innen erst nach einem besonderen Verfahren oder aber überhaupt nicht gelöscht wurden. So kam es bspw. dazu, dass ein von dem Fußballspieler Neymar geteiltes Nacktfoto einer Frau, die diesen zuvor der Vergewaltigung bezichtigte, trotz Meldung für mehr als 24 Stunden im Netzwerk verfügbar blieb und über 50 Millionen Nutzer\*innen angezeigt wurde. Zumindest zeitweise schützte XCheck mehr als 5,8 Millionen Nutzer\*innen.<sup>199</sup>

und selteneren – Maßnahmen bedarf es hingegen einer vorherigen Anhörung. Damit bestehen zumindest gewisse Anhaltspunkte für die Einschätzung notwendiger Verfahrensschritte bei anderen Maßnahmen.

#### **1.2.3 Inhaltliche Anforderungen**

Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung<sup>119</sup> dürfen soziale Netzwerke auch gegen Inhalte vorgehen, die zwar nicht gegen geltendes Recht verstoßen, aber aus Sicht der Netzwerke aus anderen Gründen unerwünscht sind (darunter Inhalte der Kategorie „Lawful but Awful“).<sup>120</sup> Jedoch muss ein sachlicher Grund vorliegen.<sup>121</sup> Worin ein solcher besteht, ist noch nicht abschließend geklärt.<sup>122</sup> Zumindest die Verhinderung einer Verrohung der Debattenkultur, auf die sich Facebook bezüglich der entfernten Hassrede berief, fällt darunter.<sup>123</sup> Darüber hinaus nahm das Gericht aber auch Bezug auf Facebooks wirtschaftliche Interesse, ein für Werbekunden attraktives Kommunikations- und Werbeumfeld zu schaffen.

Bei ihren Maßnahmen unterliegen soziale Netzwerke zudem dem Willkürverbot; sie dürfen also Inhalte und Nutzer\*innen nicht grundlos unterschiedlich behandeln.<sup>124</sup> Zudem müssen sie die einzelnen Grundrechtspositionen der Nutzer\*innen hinreichend berücksichtigen.<sup>125</sup> Dies betrifft im Regelfall die Meinungsfreiheit. Bereits ihretwegen sind Inhalte generell geschützt. Im Einzelfall können aber noch andere Grundrechte hinzutreten und so ein höheres Schutzniveau erforderlich machen.<sup>126</sup> Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, in welchem

### **Beispiele: Fehlender sachlicher Grund**

Ein sachlicher Grund fehlt, wenn bspw. gezielt einzelne politische Meinungen unterdrückt werden.<sup>195</sup>

Berichten zufolge kam es insbesondere bei TikTok immer wieder dazu, dass Inhalte, die Kritik gegenüber dem chinesischen Staat oder TikTok selbst zum Ausdruck brachten, anderen Nutzer\*innen nicht angezeigt wurden. Bspw. ließen sich kaum Inhalte finden, die den studentischen Protest in Hongkong zeigten, obwohl diese in anderen Netzwerken weit verbreitet waren.<sup>196</sup>

Problematisch ist außerdem ein Fall, in dem einer Nutzerin von Instagram, die dort das Handle „Metaverse“ nutzte, das Konto gesperrt wurde, nachdem Facebook sich in „Meta“ umbenannte und die Zukunftsvision für das Internet mit dem Titel „Metaverse“ belegte. Dies legte die Vermutung nahe, dass das Konto der Nutzer\*in gesperrt wurde, da Facebook nicht wollte, dass die Nutzerin angezeigt wird, wenn andere Nutzer\*innen nach Metaverse suchen.<sup>197</sup>

Schließlich fehlt ein sachlicher Grund, wenn Forschende gesperrt werden, weil diese Fehlverhalten von Netzwerken untersuchen. Solches Vorgehen wird Facebook vorgeworfen.<sup>198</sup>

Kontext und mit welcher Sichtbarkeit ein Inhalt geteilt wurde. Dementsprechend wird bspw. ein problematischer, mit dem gesamten Netzwerk geteilter Inhalt eher gelöscht werden können als Inhalte, die nur an einzelne andere Nutzer\*innen gesendet wurden.

#### **1.2.4 Anforderungen an Umsetzung**

Die genannten Vorgaben sind nicht nur formal, also bei der Ausgestaltung der Richtlinien zu beachten, sondern auch bei deren Umsetzung.

Insbesondere gebietet der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Umsetzung der Richtlinien gegenüber allen Nutzer\*innen frei von Willkür zu erfolgen hat. Mit diesem Grundsatz unvereinbar sind interne Anweisungen, nach denen



Inhalte einzelner Nutzer\*innen nicht oder nur nach intensiver Prüfung entfernt werden, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund besteht.<sup>127</sup>

## 2. ZUGANG ZU SOZIALEN NETZWERKEN

### 2.1 Grundrechtsbezug

Aufgrund der Relevanz sozialer Netzwerke als Raum zum Austausch von Meinungen beeinträchtigt der Ausschluss einzelner Nutzer\*innen von einem solchen Netzwerk die Meinungsfreiheit (siehe hierzu **F.III.1.1**). Dies gilt jedoch nicht erst, wenn es zu einem Ausschluss kommt, sondern bereits im Vorfeld bei der Frage des Zugangs zum Netzwerk.

### 2.2 Anforderungen

Es ist davon auszugehen, dass grundrechtsgebundene soziale Netzwerke einem Kontrahierungszwang unterliegen und damit Dritten den Zugang zu ihren Netzwerken als Nutzer\*innen eröffnen müssen.<sup>128</sup> Dies ergibt sich aus den hohen Hürden, die der Bundesgerichtshof für die Sperrung eines Kontos aufgestellt hat und die mit der Bedeutung des Netzwerks begründet wurden. Da grundrechtsgebundene Netzwerke Private nicht ohne Weiteres ausschließen dürfen, dürfen sie Privaten auch den Zugang zum Netzwerk nicht von vornherein verwehren.

#### Kontrahierungszwang:

Ein Kontrahierungszwang steht in erheblichem Widerspruch zu dem von der Verfassung geschützten Grundsatz der Privatautonomie. Dennoch existieren einige Bereiche mit Kontrahierungszwang, darunter im Finanzwesen (bspw. besteht ein Anspruch auf Einrichtung eines Jedermann-Kontos gegenüber Kreditinstituten) und in der Daseinsvorsorge (u.a. besteht ein Kontrahierungszwang bei Postanbietern, Telekommunikationsunternehmen und Verkehrsunternehmen).

Derartige Kontrahierungszwänge sind zumeist gesetzlich geregelt. Die Rechtsprechung hat aber auch darüber hinaus Kontrahierungszwänge in Bereichen hergeleitet, in denen eine monopolartige Stellung besteht.<sup>201</sup>

Denn die Grundrechtsbindung soll ja gerade die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben sichern, das auf dem Netzwerk stattfindet.<sup>129</sup>

Damit geht einher, dass auch die Art und Weise, wie dieser Zugang gewährt wird, nicht zu einer Benachteiligung einzelner Nutzer\*innen führen darf, sodass diesbezüglich von einem generellen Diskriminierungsverbot auszugehen ist. Nutzer\*innen müssen also alle unter den gleichen Bedingungen Zugang erhalten.

#### In Richtlinien verfolgte Zwecke:

Die Richtlinien der aktuell weit verbreiteten sozialen Netzwerke decken sich weitgehend. So zielen bspw. TikTok's Community Guidelines (Stand: 31. Dezember 2021) darauf ab, gewaltbereiten Extremismus, hasserfülltes Verhalten, rechtswidrige Handlungen und den Handel mit regulierten Waren (Waffen, Drogen, etc.), gewalttätige und explizite Inhalte, Inhalte mit Bezug zu Suizid, Selbstverletzung und gefährliche Handlungen, Belästigung und Mobbing, Nacktheit bei Erwachsenen und sexuelle Handlungen zu unterbinden und den Schutz Minderjähriger, die Integrität, die Authentizität und die Plattformensicherheit zu fördern.

Es ist davon auszugehen, dass es sich hierbei im Grunde um sachliche Gründe handelt. Problematischer hingegen ist die Ausgestaltung einzelner Anforderungen und die entsprechende Umsetzung. So verbieten TikTok's Guidelines u.a. „Inhalte, in denen (...) weibliche Brustwarzen oder Warzenvorfälle (...) offen gezeigt werden“ ohne Differenzierung, aus welchen Gründen diese Körperteile gezeigt werden. Instagrams Richtlinien (Stand: 31. Dezember 2021) sind diesbezüglich wesentlich ausdifferenzierter. Nicht erlaubt sind bspw. „[u]nbedeckte weibliche Brustwarzen, außer im Kontext des Stillens, einer Entbindung und der Momente danach, in gesundheitsbezogenen Kontexten (z. B. nach einer Brustamputation, zur Sensibilisierung für Brustkrebs oder bei einer geschlechtsangleichenden Operation) oder einer Protestaktion“. Diese Entwicklung ist insbesondere auf die Arbeit des Facebook Oversight Boards zurückzuführen, das eine explizite Berücksichtigung des Kontextes von Nacktheit in den Richtlinien forderte.<sup>200</sup> Andererseits gehen die Richtlinien auch nicht so weit, die künstlerische Darstellung von Brustwarzen zu gestatten.

### Berechtigte Weigerung des Zugangs:

Insbesondere kann ein Zugang verwehrt werden, wenn dadurch eine berechtigte Kontensperrung umgangen werden soll. Als Beispiel hierfür kann die nahezu sofortige Sperrung durch YouTube von weiteren Kanälen des Senders RT DE (ehemals: Russia Today) gesehen werden. YouTube hatte den ursprünglichen Kanal von Russia Today zuvor gesperrt, nachdem dieser mehrmals gegen die Richtlinien zu Falschinformationen verstoßen hatte.<sup>202</sup>

Die Verweigerung des Zugangs ist nur in Einzelfällen möglich und stets rechtfertigungsbedürftig. Eine Weigerung unterliegt den gleichen verfahrensrechtlichen Anforderungen wie eine Sperrung. Insbesondere bedarf es einer Anhörung und Begründung.

## 3. ALGORITHMEN (EMPFEHLUNGSSYSTEME)

### 3.1 Grundrechtsbezug

Während frühe Formen sozialer Netzwerke primär auf eine chronologische Darstellung fremder Inhalte setzten,<sup>130</sup> basiert die Auswahl der angezeigten Inhalte heute auf Algorithmen – häufig in Verbindung mit maschinellem Lernen (**Empfehlungssysteme**).

Durch diese Auswahlfunktion können Empfehlungssysteme einen erheblichen Einfluss auf die Grundrechte der Nutzer\*innen haben. Das betrifft zunächst die aktive Ausübung der Grundrechte, wenn durch Empfehlungssysteme bestimmt wird, wen die Inhalte von Nutzer\*innen erreichen. Zugleich können auch Rechte von Nutzer\*innen betroffen sein, wenn ihnen bestimmte Inhalte nicht angezeigt werden.<sup>131</sup>

#### 3.1.1 Beeinträchtigungen gegenüber Inhalteersteller\*innen

Nutzer\*innen die Inhalte teilen und damit von ihren Kommunikationsrechten Gebrauch machen, sind darauf angewiesen, dass das Netzwerk keine Schritte unternimmt, die verhindern, dass die Inhalte auch die gewollten Adressat\*innen erreichen und es zu einem Meinungsaustausch kommen kann. Damit sind Nutzer\*innen für die effektive Grundrechtsausübung faktisch auch auf eine grundrechtssensible Ausgestaltung und Anwendung

### Empfehlungssysteme:

Der Kommissionsvorschlag zum DSA definiert Empfehlungssysteme als „vollständig oder teilweise automatisiertes System, das von einer Online-Plattform verwendet wird, um auf ihrer Online-Schnittstelle den Nutzern bestimmte Informationen vorzuschlagen, auch infolge einer vom Nutzer veranlassten Suche, oder das auf andere Weise die relative Reihenfolge oder Hervorhebung der angezeigten Informationen bestimmt“.<sup>203</sup> Beispiele dafür sind die in Facebooks „Timeline“ angezeigten Inhalte oder die Vorschläge auf YouTube nach Eingabe eines Suchbegriffs oder nach dem Ende eines ausgewählten Videos.

Der Einsatz solcher Empfehlungssysteme kann zu verschiedenen Effekten führen, bspw. können bestimmte Arten von Inhalten verstärkt oder unterdrückt werden. So zeigen bspw. Untersuchungen, dass das Empfehlungssystem von Twitter politische Inhalte verstärkt.<sup>204</sup>

von Empfehlungssystemen angewiesen. Fehlt diese, können Grundrechte stark beeinträchtigt werden.

Problematisch ist vor allem der als „Shadowbanning“ bezeichnete Vorgang, bei dem ein Inhalt zwar ins Netzwerk eingestellt werden kann, dieser anderen Nutzer\*innen jedoch nicht angezeigt wird und auch nicht durch aktives Suchen auffindbar ist.<sup>132</sup> Für die Autor\*innen solcher Inhalte kommt dies einer Löschung des Inhalts gleich, ohne dass dies aber bemerkbar ist, da die Autor\*innen den Inhalt weiterhin als im Netzwerk vorhanden angezeigt bekommen. Somit ist diesen – anders als bei einem gelöschten Inhalt – gar nicht bewusst, dass der Inhalt niemanden erreicht. Außerdem enthalten Richtlinien bisher keine Rechtsschutzmöglichkeiten gegen ein „Shadowbanning“.

Welche Reichweite Inhalte haben können, kann anhand einer von TikTok verwendeten Kategorisierung dargestellt werden.<sup>133</sup> Diese umfasst die folgenden Stufen:

- **Featured:** Der Inhalt wird von der Marketingabteilung gepusht und ist besonders sichtbar.
- **General:** Wird im „For You Feed“ (eine Art Hauptseite, auf der Inhalte angezeigt werden, auch von Nutzer\*innen, deren

### **Beispiel: Diskriminierendes Empfehlungssystem**

Zur Bekämpfung von „toxischen“ Inhalten entwickelte Google das Programm Perspective, das erlernen sollte, derartige Inhalte zu erkennen. Das Programm lernte aber, dass bspw. Aussagen in Bezug auf People of Color und Homosexuelle zu viel Hassrede führten, sodass diese Inhalte als toxisch gewertet wurden (bspw. wurde der Satz „Mein Beitrag kann vielleicht etwas bringen. Hier ist meine Geschichte, als Schwarze Frau“ zu 72,6 Prozent als toxisch gewertet). Würde Perspective oder ein vergleichbares Programm genutzt, um die Reichweite von als „toxisch“ kategorisierten Inhalt zu begrenzen, würde dies die genannten marginalisierten Gruppen erheblich beeinträchtigen.<sup>205</sup>

Kanäle nicht abonniert sind) anderer Nutzer\*innen angezeigt; durch die Einstufung in eine bestimmte Risikokategorie kann es aber dazu kommen, dass der Inhalt in bestimmten Gebieten nicht angezeigt wird (bspw. wurden Inhalte mit Bezug zu LGBTQIA+ in bestimmten Regionen nicht oder nur vermindert angezeigt<sup>134</sup>).

- Not Recommend: Der Inhalt wird nicht im „For You Feed“ anderer Nutzer\*innen angezeigt. Es ist möglich den Inhalt mit anderen Nutzer\*innen zu teilen und er kann bei Suchen gefunden werden.
- Not for Feed: Auch hier wird der Inhalt nicht im „For You Feed“ anderer Nutzer\*innen angezeigt. Zusätzlich erfolgt eine Benachteiligung bei der Suche.
- Visible to Self: Der Inhalt ist nur für Autor\*innen sichtbar. Der Inhalt unterliegt also dem „Shadowbanning“.
- Deletion: Der Inhalt wird gelöscht.

Nutzer\*innen können erfahren, wenn Inhalte gelöscht werden, die Einstufung der Inhalte in andere Kategorien wird diesen aber nicht mitgeteilt. Zumindest ermöglicht TikTok Nutzer\*innen mit sogenannten Pro-Konten gewisse Einblicke zur Reichweite ihrer Inhalte, aus denen diese erschließen können, ob es zu Einschränkungen kommt. Andere Netzwerke ermöglichen solche Einblicke nicht oder nur eingeschränkt.

Diese Kategorisierung erfolgt bei TikTok aufgrund der Einstufung der Inhalte durch Menschen. Bei anderen sozialen Netzwerken ist aber von vergleichbaren Effekten auszugehen, auch wenn keine derartigen Kategorien existieren. So kann ein Empfehlungssystem die Anzeige gegenüber anderen Nutzer\*innen beeinflussen, bspw. auf deren „Feeds“ und Suchergebnissen. Bei automatisierten Empfehlungssystemen sind noch wesentlich feinkörnigere Steuerungen denkbar, beispielsweise die Anzeige gegenüber einer nur sehr eingeschränkten Nutzer\*innenzahl.

Automatisierte Empfehlungssysteme können auch dazu führen, dass Inhalten bestimmter Gruppen von vornherein weniger Reichweite zukommt.

### **3.1.2 Beeinträchtigungen gegenüber Empfänger\*innen von Inhalten**

Zugleich können Empfehlungssysteme Empfänger\*innen von Inhalten beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung kann insbesondere dann vorliegen, wenn Nutzer\*innen bestimmte Inhalte nicht angezeigt werden, weil diese einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe angehören, sodass es zu Diskriminierungen kommt. Eine solche Diskriminierung kann sich insbesondere aus maschinellem Lernen ergeben, das dazu tendiert, gesellschaftlich bereits vorhandene strukturelle Diskriminierung zu wiederholen.<sup>135</sup>

## **3.2 Anforderungen**

Bezüglich der Anforderungen an den Einsatz von Empfehlungssystemen ist zu unterscheiden: Wird auf das Empfehlungssystem menschlicher Einfluss ausgeübt oder kommt es zu rein automatisierten Ergebnissen?

### **3.2.1 Menschliches Einwirken auf Empfehlungssysteme**

Sofern die Reichweite eines Inhalts durch menschliches Einwirken auf ein Empfehlungssystem beschränkt wird, ist davon auszugehen, dass die Grundsätze zu Maßnahmen auf Grundlage der eigenen Richtlinien übertragbar sind. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass aus Sicht der Grundrechtsausübung der Nutzer\*innen kein Unterschied darin besteht, ob ein Inhalt gelöscht wird oder dieser zwar noch im Netzwerk existiert, anderen Nutzer\*innen aber nicht mehr oder seltener angezeigt wird.

### **Beispiel: Diskriminierung gegenüber Empfänger\*innen**

Die besondere Tragweite einer solch diskriminierenden Streuung von Inhalten lässt sich anhand von beruflichen sozialen Netzwerken verdeutlichen. Diese werden auch regelmäßig dazu genutzt, andere Nutzer\*innen über offene Stellen zu informieren. Wird ein solcher Inhalt aber nur Teilen des Netzwerks angezeigt, bspw. Personen, die männlich und weiß sind, werden bereits auf der Informationsebene potenzielle Bewerber\*innen faktisch anhand von Kriterien ausgesiebt, die im späteren Bewerbungsverfahren gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoßen würden. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, oder sexuellen Identität (§ 1 AGG) und schützt bereits Bewerber\*innen im Bewerbungsverfahren (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG).

Maschinelles Lernen kann auch hier theoretisch zu einer Diskriminierung führen oder beitragen: So ist denkbar, dass bestimmte Anzeigen, bspw. für hochbezahlte Vollzeitstellen im Management-Bereich, innerhalb der beruflichen sozialen Netzwerke primär von spezifischen Nutzer\*innengruppen, bspw. solchen, die weiß und männlich sind, untereinander geteilt werden. Auch ist denkbar, dass insbesondere solche Personen eher mit einer solchen Anzeige interagieren, diese also kommentieren oder „ liken“. Schließlich können soziale Netzwerke auch andere Daten erfassen, z.B. wer sich – über das Netzwerk – auf die Stelle beworben hat, wer den Link zur Stellenbeschreibung geöffnet hat, wie lange sich die Anzeige angeschaut wurde, etc. All dies kann dazu führen, dass das Empfehlungssystem lernt, dass insbesondere bestimmte Personengruppen sich eher auf bestimmte Stellenanzeigen bewerben, sodass derartige Anzeigen dann Personen, die nicht diesen Personengruppen angehören, seltener oder überhaupt nicht mehr angezeigt werden.

Ein solcher Fall in Bezug auf berufliche soziale Netzwerke ist bisher tatsächlich noch nicht bekannt. Es gibt aber Berichte über diskriminierende Werbung, bei der bspw. bestimmte Minderheiten von Wohnungsanzeigen ausgeschlossen wurden.<sup>206</sup>

Es ist daher notwendig, dass Nutzer\*innen darüber informiert werden, wenn ihre Inhalte gegenüber anderen Inhalten benachteiligt werden. Eine solche Benachteiligung darf nur aufgrund zuvor festgelegter Kriterien erfolgen, die einen sachlichen Grund verfolgen.<sup>136</sup> Das Vorgehen der Netzwerke muss in deren Richtlinien niedergelegt sein. Die Entscheidungen sind zu begründen. Nutzer\*innen muss außerdem die Möglichkeit gegeben werden, sich gegen eine als Fehleinschätzung wahrgenommene Einstufung zu beschweren und es bedarf gegebenenfalls einer Neueinschätzung durch das soziale Netzwerk.

Dies gilt zumindest bei einer Einstufung, die mit einer Löschung von Inhalten vergleichbar ist, damit soziale Netzwerke ihre Verpflichtungen bei einer Löschung nicht umgehen können. Darüber hinaus lässt sich aber auch annehmen, dass sämtliche menschlichen Eingriffe diesen Anforderungen unterliegen. Denn jedwede unterschiedliche Einstufung stellt eine Ungleichbehandlung dar, die aufgrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zumindest nicht willkürlich erfolgen

darf. Zwar berücksichtigt die Rechtsprechung bei der Abwägung der einzelnen Grundrechtspositionen auch die Interessen der sozialen Netzwerke.<sup>137</sup> Diesen ist zuzubilligen, dass irgendeine Form der Priorisierung der enorm hohen Zahl an Inhalten zu erfolgen hat und eine Begründung von Einstufungen zusätzlichen Arbeitsaufwand erfordert. Zugleich geht es hier um Fälle, in denen es bereits zu einer menschlichen Einschätzung kommt, die aufgrund der Grundrechtsbindung ohnehin unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Nutzer\*innen zu erfolgen hat. Verfahrensanforderungen sichern diese inhaltlichen Anforderungen lediglich ab.

### **3.2.2 Ausgestaltung von Empfehlungssystemen**

Unklarer ist hingegen, welche Anforderungen sich gegenüber rein automatisierten Empfehlungssystemen ergeben. Aufgrund der hohen Anzahl an Inhalten ist es regelmäßig notwendig, dass es zu einer Auswahl kommt und diese unter Einbeziehung von Algorithmen erfolgt. Zugleich kann sich daraus nicht ergeben, dass sich soziale Netzwerke ihrer sich aus der Grundrechtsbin-

### **Beispiel: Diskriminierende Ausgestaltung eines Algorithmus**

TikTok hatte sein Empfehlungssystem zunächst derart ausgestaltet, dass die Reichweite von Personen mit Behinderungen oder Übergewicht sowie LGBTQIA+-Personen bewusst gedrosselt wurde.<sup>207</sup>

dung ergebenden Pflichten durch die Einschaltung von Algorithmen entledigen können.

Klar ist zunächst, dass die Ausgestaltung eines Algorithmus unzulässig ist, die gezielt bestimmte gesellschaftliche Gruppierungen benachteiligt.

Problematisch ist jedoch, dass insbesondere bei maschinellem Lernen nicht direkt sichtbar sein kann, wenn sich diskriminierende Effekte entwickeln. Ein Gegensteuern ist jedoch grundrechtlich dann erforderlich, wenn bekannt wird – sei es durch interne oder externe Untersuchungen –, dass diskriminierende Effekte eintreten.

Unklar ist bisher, inwiefern damit auch eine eigenständige Untersuchungspflicht der Netzwerke, bzw. die Pflicht zur Öffnung für Untersuchungen durch Dritte einhergeht. Für eine solche Pflicht spricht jedenfalls, dass soziale Netzwerke eher Anreize haben, keine derartigen Untersuchungen von sich aus durchzuführen, wenn sich daraus Handlungspflichten ergeben können.<sup>138</sup> Eine erste einfache Kontrolle kann aber bereits dadurch erreicht werden, dass Nutzer\*innen die Reichweite ihrer Inhalte angezeigt wird. So können diese im Vergleich zur Anzahl ihrer Follower\*innen/Abonnent\*innen sehen und über die Zeit erfassen, ob bzw. in welchen Fällen es zu Einschränkungen kommt.

Daneben bedarf es zu einem effektiven Grundrechtsschutz aber auch des Zugangs sachkundiger Dritter (Forschende, aber auch Journalist\*innen und die Zivilgesellschaft) zu den Daten und Algorithmen der Netzwerke, damit das volle Ausmaß der Gefahren für Grundrechte erfasst werden kann. Denn einzelne Nutzer\*innen können allein mit ihren Daten keine systemischen Gefahren wie Diskriminierungen bestimmter Gruppen erkennen.

## **4. DATEN**

### **4.1 Grundrechtsbezug**

Soziale Netzwerke sammeln und verarbeiten Daten ihrer Nutzer\*innen. Damit ist das Recht der Nutzer\*innen auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen. Dieses schützt das Recht, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten zu bestimmen.

Die Rechtsprechung überträgt auch dieses Grundrecht auf Privatrechtsverhältnisse.<sup>139</sup> Dabei betont sie zunächst die Unterschiede zum Verhältnis zwischen Bürger\*innen und dem Staat, der für jede Erhebung und Verarbeitung von Daten hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen benötigt.<sup>140</sup> Zwischen Privaten besteht ein solches Erfordernis verfassungsrechtlich zunächst nicht.<sup>141</sup> Je nach Fall ist es aber möglich, dass die Anforderungen auch staatsähnlich oder staatsgleich sein können.<sup>142</sup> Eine solche staatsähnliche oder staatsgleiche Grundrechtsbindung wurde bisher für Facebook als soziales Netzwerk bejaht.<sup>143</sup>

„Das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordert gerade im Zusammenhang mit der erheblichen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Kommunikation im Internet – angesichts des Umfangs und der Tiefe der anfallenden Daten – in besonderem Maße einen Schutz der Nutzer vor einer Ausbeutung dieser Kommunikationsdaten durch unangemessene Preisgabe zur Verwertung durch den Betreiber des sozialen Netzwerks.“<sup>144</sup>

### **4.2 Anforderungen**

#### **4.3.1 Datenerhebung und -verarbeitung**

Aus der Grundrechtsbindung können sich auch für Private „strenge Strukturierungsanforderungen an die Datenverarbeitung und die Anknüpfung an Zweck und Zweckbindungen – insbesondere etwa in Wechselwirkungen mit Einwilligungserfordernissen“ ergeben.<sup>145</sup> Der erforderlichen substantiellen Entscheidungsbefugnis der Betroffenen über die Verwendung der eigenen Daten wird dabei auch von der Datenschutz-Grundverordnung Rechnung getragen.<sup>146</sup> Auch wenn keine staatsgleiche Bindung besteht, bedarf es damit doch eines spezifischen Grundes für die Datenverarbeitung.<sup>147</sup> Bei sozialen Netzwerken wird dabei regelmäßig notwendig sein, dass Nutzer\*innen ent-



weder in die Verarbeitung eingewilligt haben (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder aber die Verarbeitung für die Zwecke des Vertrags notwendig sind (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO).<sup>148</sup>

Im konkret zur Entscheidung stehenden Fall ergab sich daraus, dass Facebook Nutzer\*innen die Möglichkeit eröffnen musste, sich gegen eine Verarbeitung der auch außerhalb von Facebook gesammelten Daten zu entscheiden und dennoch weiterhin Facebook nutzen zu können.<sup>149</sup> Das Gericht unterstrich dabei, dass eine erteilte Einwilligung autonomer Natur sein müsse.<sup>150</sup> Allein der Umstand, dass eine Einwilligung vorliege, reiche nicht aus, wenn die Mitgliedschaft im sozialen Netzwerk gesellschaftsrelevant sei und das soziale Netzwerk keine Mitgliedschaft ohne die entsprechende Verarbeitung ermögliche (also eine Art „Facebook light“).<sup>151</sup>

Bezüglich des Umfangs der für den Vertragszweck erforderlichen Daten kam das Gericht ebenfalls zu einem restriktiven, die Grundrechte der Nutzer\*innen schonenden Ergebnis und stellte auf die Schutzwürdigkeit von Nutzer\*innen ab, „die darauf Wert legen, dass sich die Erhebung und die Verarbeitung von Daten auf das für die Nutzung und die Finanzierung des sozialen Netzwerks erforderliche Maß beschränkt.“<sup>152</sup>

Bei Daten, die ohne einen derartigen Tatbestand gesammelt wurden oder für die eine Tatbestandsvoraussetzung nachträglich entfällt, besteht ein Löschanpruch.<sup>153</sup>

#### 4.2.2 Auskunftsanspruch

Daneben ist dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch ein Auskunftsanspruch zu entnehmen.<sup>154</sup> Ein solcher ist zudem in Art. 15 DSGVO enthalten. Problematisch ist jedoch der Umfang des entsprechenden Anspruchs. So kann zwar unter anderem Auskunft darüber verlangt werden, welche Daten zu welchen Verarbeitungszwecken vorliegen und welchen Personen die Daten offengelegt wurden. Nur wenigen Personen ist aber überhaupt bewusst, dass sie einen derartigen Anspruch haben. Selbst wenn mehr Personen von diesem Anspruch wüssten und von ihm Gebrauch machten, wäre dennoch nicht sicher, dass dieser Anspruch ausreicht, Nutzer\*innen aufzuzeigen, welche Informationen das Netzwerk über sie hat. Denn die Funktionen von „Big Data“ führen dazu, dass Netzwerke durch das Zusammenfügen von Daten und den Vergleich mit anderen Nutzer\*innen wesentlich weitgehender Erkenntnisse

### **Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung neben der Datenschutz-Grundverordnung:**

Der Datenschutz ist innerhalb der Europäischen Union weitgehend durch die Datenschutz-Grundverordnung harmonisiert. Das hat grundsätzlich zur Konsequenz, dass nationales Recht durch die europäische Verordnung verdrängt wird (sogenannter Anwendungsvorrang). Der Anwendungsvorrang betrifft auch nationale Grundrechte, sodass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des deutschen Grundgesetzes keine Anwendung mehr findet, soweit ein Gegenstand von der Verordnung erfasst wird.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verbleibt jedoch nach wie vor ein wesentlicher Anwendungsbereich für das deutsche Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zwar bestimmt die Verordnung, dass Daten verarbeitet werden dürfen, wenn hierfür eine Einwilligung erteilt wurde (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) bzw. wenn dies für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO).

Laut Bundesgerichtshof ist damit aber nicht geklärt, welche Inhalte überhaupt vertraglich vereinbart werden dürfen. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine Vorfrage des nationalen Rechts, bei deren Erörterung Gerichte die Grundrechte der Nutzer\*innen zu berücksichtigen haben.<sup>208</sup>

über Nutzer\*innen erlangen können. So bestehen anekdotische Erzählungen, die darauf hindeuten, dass bspw. der Algorithmus von TikTok allein durch die Interaktion von Nutzer\*innen mit Inhalten sehr intime Details über die Nutzer\*innen in Erfahrung bringen kann. Konkret wurden einer Person Videos zu einer Krankheit angezeigt, unter der diese zwar litt. Die Nutzerin hatte die Symptome aber nie als diese spezifische Krankheit wahrgenommen oder sich mit anderen Personen dazu ausgetauscht.<sup>155</sup> Einer anderen Nutzerin wurden verstärkt Inhalte zum Thema Bisexualität angezeigt, obwohl sich die Nutzerin ihrer eigenen Bisexualität selbst noch nicht vollkommen bewusst war.<sup>156</sup> Dar-

aus ergibt sich nicht zwingend, dass TikTok diese Informationen über die Nutzer\*innen angezeigt werden. Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass dies zumindest künftig der Fall sein kann.

Ob ein auch auf die Auskunft über diese Informationen gerichteter – von der Datenschutz-Grundverordnung unabhängiger – Anspruch auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gestützt werden kann, wurde bisher nicht entschieden. Der Auskunftsanspruch wird seiner Schutzfunktion allerdings nur dann gerecht, wenn Nutzer\*innen nicht nur mitgeteilt wird, welche konkreten Daten vorliegen, sondern auch, welche Erkenntnisse sich dem Netzwerk daraus ergeben.<sup>157</sup>

## 5. MANIPULATION VON NUTZER\*INNEN (DARK PATTERNS)

Dark Patterns beschreiben Tricks, die Nutzer\*innen dazu bringen sollen, Verhalten an den Tag zu legen, das ihren eigentlichen Wünschen und Interessen widerspricht.<sup>158</sup>

### 5.1 Grundrechtsbezug

Dark Patterns werden von Netzwerken insbesondere genutzt, um Nutzer\*innen dahingehend zu beeinflussen, dass diese in eigentlich ungewollte Datenverarbeitung einwilligen.<sup>159</sup> Dementsprechend ist abermals das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer\*innen betroffen.<sup>160</sup>

Die Besonderheit gegenüber der Datenverarbeitung durch Einwilligung im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht aber darin, dass bei Dark Patterns zunächst die Möglichkeit für Nutzer\*innen besteht, der Datenverarbeitung nicht zuzustimmen. Regelmäßig werden Dark Patterns Bereiche betreffen, in denen soziale Netzwerke eine Datenverarbeitung im Rahmen ihrer Geschäftsbedingungen auch überhaupt nicht vereinbaren dürfen, da gesetzlich vorgeschrieben ist, dass eine gesonderte Zustimmung zu erfolgen hat. Durch den Einsatz von Dark Patterns können diese Vorgaben umgangen werden.

### 5.2 Anforderungen

Basierend auf der Rechtsprechung zur informationellen Selbstbestimmung ist davon auszugehen, dass die Verwendung von Dark

Patterns nicht mit der Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke vereinbar ist. In Bezug auf seine Entscheidung zur Zusammenführung von Daten aus verschiedenen Quellen betonte der Bundesgerichtshof, dass eine autonome Nutzer\*innenentscheidung vorliegen muss. Der Umstand, dass die Nutzer\*innen „freiwillig“ dem sozialen Netzwerk beigetreten waren, reichte nicht aus, um

#### Weitere Fälle von Manipulation:

Neben Dark Patterns können Netzwerke ihre Macht noch für viele weitere Arten der Verhaltensmanipulation nutzen. Das kann auch Verhalten außerhalb des Netzwerks umfassen.

Als Beispiel können Wahlen gesehen werden. Hier können Netzwerke zunächst Einfluss üben, indem diese Inhalte einzelner Parteien unterdrücken, sei es durch Löschungen oder durch Algorithmen. Ein solches Vorgehen verstößt gegen die zu diesen Bereichen genannten Grundrechte.

Daneben können aber auch andere Mittel zur Verhaltensmanipulation eingesetzt werden. So hat Facebook in selbst durchgeführten Experimenten herausgefunden, dass es Menschen durch einen „I Voted“ Sticker zur Teilnahme an einer Wahl bewegen kann.<sup>210</sup> Ob und gegen welche Grundrechte solche Manipulationen verstoßen, wird von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen. Jedenfalls unterstreichen derartige Beispiele, dass eine effektive Kontrolle der Netzwerke einen Zugang zu internen Erkenntnissen notwendig machen.

#### Beispiele: Dark Patterns

1. Optionen zur datenarmen Nutzung werden in Unternehmen versteckt, die nur schwer auffindbar sind. Wenn diese Optionen gewählt werden, kommt es zu Warnungen, dass dies die Nutzungserfahrung beeinträchtigen kann.

2. Die Abfrage, ob Cookies erlaubt werden, wird so gestaltet, dass nur die Schaltfläche „Alle Cookies erlauben“ leicht ersichtlich und auch in freundlichen Farben gestaltet ist. Andere Optionen sind nicht auf Anhieb ersichtlich und benötigen mehrere Klicks.<sup>209</sup>

die Einwilligung als autonom darzustellen. Vielmehr bedurfte es einer konkreten Alternative, die die Nutzung des Netzwerks – wenn auch in eingeschränktem Umfang – weiter ermöglichte. Den Einwand, Nutzer\*innen sei die Verwendung ihrer Daten egal, ließ das Gericht nicht verfangen. Vielmehr ermittelte es deren tatsächlichen Willen dahingehend, unter welchen Bedingungen diese das Netzwerk nutzen wollten, sofern diesbezüglich mehrere Optionen bestanden hätten.<sup>161</sup>

Dark Patterns entfalten vielfach vergleichbare Wirkung. Zwar ist es grundsätzlich möglich, das Netzwerk auch anderweitig zu nutzen, die Dark Patterns suggerieren aber das Gegenteil oder erschweren es, die gewünschte Option zu finden, sodass Nutzer\*innen sich entgegen ihren eigentlichen Präferenzen verhalten. Es ist nicht davon auszugehen, dass damit noch eine autonome Entscheidung vorliegt.<sup>162</sup> Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Benutzung von Dark Patterns nicht mit den Anforderungen durch die Grundrechtsbindung vereinbar ist.

# IV. SONDERFALL: GEWERBLICHE NUTZUNG

## 1. GEWERBLICHE NUTZUNG

Bisher wurde die staatsähnliche oder staatsgleiche Grundrechtsbindung nur gegenüber privaten Nutzer\*innen bejaht. Es ist damit zumindest noch nicht explizit entschieden, inwiefern sich die aufgestellten Grundsätze auch auf gewerbliche Nutzer\*innen übertragen lassen.

Problematisch erscheint dabei zunächst, was überhaupt eine gewerbliche Nutzung eines sozialen Netzwerks darstellt. In der klassischen Konzeption eines sozialen Netzwerks stehen sich mehrere Marktseiten gegenüber, die durch das Netzwerk als Intermediär miteinander verbunden werden. Auf der einen Seite sind die privaten Nutzer\*innen, die miteinander u.a. in Meinungsaustausch treten. Auf der anderen Seite stehen Unternehmen, die das soziale Netzwerk als Werbeplattform nutzen.

Die Grundrechtsbindung gegenüber den privaten Nutzer\*innen bestimmt sich nach den bereits dargelegten Grundsätzen. Daraus ergibt sich aber nicht zugleich eine Grundrechtsbindung gegenüber den Werbenden. Denn einerseits besteht aus Sicht der Werbenden vermutlich ein wesentlich weiterer Markt, da diese nicht nur bei Facebook, sondern auch auf YouTube oder TikTok werben können, obwohl die Netzwerke aus Sicht der privaten Nutzer\*innen unterschiedlichen Märkten angehören. Damit ist es auch unwahrscheinlicher, dass ein Netzwerk eine marktbeherrschende Stellung auf dem Werbemarkt innehat. Sofern aber doch eine marktbeherrschende Stellung besteht, sind die – wirtschaftliche Interessen verfolgenden – Werbenden bereits durch das Kartellrecht hinreichend geschützt.

Neben den Werbenden bestehen aber auch weitere Formen der gewerblichen Nutzung, die sich nicht ohne weiteres von der privaten Nutzung unterscheiden lassen. So nutzen viele Unter-

nehmen soziale Netzwerke nicht nur, indem diese für Werbung bezahlen. Vielmehr haben Unternehmen regelmäßig eigene Konten mit denen diese mit (potenziellen) Kund\*innen in Austausch treten. Diese kommunikative Dimension kommt der Nutzung durch Privatpersonen teilweise sehr nahe, auch wenn sie geschäftlich motiviert sein kann. Diese Form der Nutzung wird im Folgenden als hybride Nutzung bezeichnet, da es sich um Kommunikation handelt, die zumindest auch Werbezwecke erfüllen kann.

Jedoch sind nicht alle Formen der hybriden Nutzung miteinander gleichzusetzen. Vielmehr bestehen Unterschiede dahingehend, ob eine Person ein Konto sowohl für private als auch gewerbliche Zwecke nutzt, und wie professionalisiert die Präsenz im sozialen Netzwerk betrieben wird. Steht hinter einem Konto im sozialen Netzwerk ein ganzes Social-Media-Team kommt die digitale Präsenz der klassischen Werbung regelmäßig näher als wenn ein\*e Kleinunternehmer\*in einzelne Inhalte über soziale Netzwerke teilt.

Daneben gibt es noch Personen, die durch ihre Präsenz in sozialen Netzwerken Geld verdienen. Hierzu gehören bspw. Influencer\*innen, die insbesondere Instagram nutzen, um zumindest auch für Produkte zu werben und so Einnahmen zu generieren. Notwendig hierfür sind viele Follower\*innen, die wiederum durch einen ansprechenden Auftritt im Netzwerk generiert werden. Damit wird die Kommunikation im Netzwerk in gewisser Weise zum Beruf gemacht. Neben Influencer\*innen auf Instagram bestehen derartige Berufsmodelle auch bereits bei u.a. YouTuber\*innen und TikToker\*innen. Im Folgenden werden diese ebenfalls mit dem Begriff Influencer\*innen beschrieben. Teilweise erhalten diese Nutzer\*innen auch Zahlungen direkt vom Netzwerk.<sup>163</sup>

## 1.1 Grundrechtsbezug

Der Grundrechtsbezug ist bei den einzelnen Gruppen unterschiedlich ausgestaltet.

Bei hybrider Nutzung bzw. bei Influencer\*innen kommen neben der Berufsfreiheit auch deren Meinungsfreiheit und andere Grundrechte zum Tragen. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Grundrechte durch die gewerbliche Art der Nutzung untergehen. So ging das Bundesverfassungsgericht in seiner Eilentscheidung zur Partei der III. Weg überhaupt nicht darauf ein, dass es sich bei dem gesperrten Konto der Partei nicht um ein rein privates Konto handelte.<sup>164</sup>

Daneben kann aber auch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der gewerblichen Nutzer\*innen zum Tragen kommen. Eine Beeinträchtigung dieses Grundrechts kommt insbesondere bei Influencer\*innen in Betracht. Da diese für die Ausübung ihres Berufs auf soziale Netzwerke angewiesen sind oder aber Regelungen der sozialen Netzwerke die Ausübung des Berufs beeinträchtigen können, kann das Handeln der Netzwerke staatlichen Berufszugangs- oder Ausübungsregeln nahekommen.<sup>165</sup>

Die Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit ist insbesondere im Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Verhältnis anerkannt und wird darauf gestützt, dass „die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann“.<sup>166</sup> Dies spricht dafür, dass die Grundrechtsbindung auch eine Verpflichtung Privater zur Achtung der Berufsfreiheit begründen kann, selbst wenn die neuere Rechtsprechung bisher keine expliziten Aussagen dazu getroffen hat.

Zugleich ist zu berücksichtigen, dass Influencer\*innen gegenüber sozialen Netzwerken kartellrechtlich geschützt sind.<sup>167</sup> Damit stehen diesen Nutzer\*innen bereits bestimmte Rechte gegenüber dem Netzwerk zur Verfügung. Dennoch ist davon auszugehen, dass dem grundrechtlichen Schutz zumindest eine unterstützende Rolle zukommt. Denn es ist nicht garantiert, dass die grundrechtliche Ausdifferenzierung zwischen Berufsausübungsregelungen und Berufszugangsschranken in jedem Fall auch kartellrechtlich eins zu eins abgebildet werden kann. So ist bspw. nicht garantiert, dass das Kartellrecht hinreichend zwischen verschiedenen gewerblichen Nutzer\*innengruppen eines Netzwerks differenzieren kann. Hier kann die Berücksichtigung von Grundrechten zu einer Ergebniskorrektur

### **Beispiel: Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln**

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sozialer Netzwerke enthalten auch Gerichts- und Rechtswahlklauseln gegenüber gewerblichen Nutzer\*innen. Diese Klauseln besagen, dass Rechtsstreitigkeiten zwischen den Netzwerken und gewerblichen Nutzer\*innen nach dem Recht eines in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegten Staates (Rechtswahlklausel) bzw. vor Gerichten eines in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegten Staates (Gerichtsstandsklausel) zu erfolgen haben. Bspw. beziehen sich diese Klauseln im Falle von Facebook auf Irland bzw. Kalifornien. Gegenüber Verbraucher\*innen sind derartige Klauseln unwirksam, Deutsche können also grundsätzlich soziale Netzwerke vor deutschen Gerichten nach deutschem Recht verklagen.

Zwar ist davon auszugehen, dass diese Klauseln größeren internationalen Unternehmen – die im Zweifelsfall selbst ihren Hauptsitz nicht in Deutschland haben und über eigene Rechtsabteilungen verfügen – keine Probleme bereitet. Für kleine gewerbliche Nutzer\*innen kann dies aber allein aufgrund der Kosten, die mit der potenziell notwendigen anwaltlichen Beratung und Vertretung verbunden sind, dazu führen, dass sie von ihren Rechten keinen Gebrauch machen bzw. sich nicht gegen Klagen der sozialen Netzwerke zur Wehr setzen.

Durch derartige Klauseln wird die Grundrechtsbindung gegenüber diesen Nutzer\*innengruppen auch ausgehöhlt, da ausländische Gerichte eine Bindung an deutsche Grundrechte eher nicht berücksichtigen werden bzw. andere Rechtssysteme eine Grundrechtsbindung von vornherein nicht anerkennen.<sup>211</sup>



### **Beispiel: Beschränkung der organischen Reichweite**

Facebook beschränkt die organische Reichweite seiner gewerblichen Nutzer\*innen. Damit wird beschrieben, wie vielen Follower\*innen/Abonent\*innen ein geteilter Inhalt angezeigt wird, ohne dass hierfür gezahlt wird. Die organische Reichweite gewerblicher Nutzer\*innen bei Facebook wird derzeit im Schnitt mit ca. 2-5 Prozent angegeben, d.h., dass ein Inhalt nur einer Person pro 20-50 Follower\*innen/Abonent\*innen angezeigt wird. Teilweise wird berichtet, dass die organische Reichweite irgendwann sogar null erreichen soll. Hierdurch wird es gewerblichen Nutzer\*innen erheblich erschwert, am Meinungsbildungsprozess in den Netzwerken aktiv teilzunehmen.

Zwar ist davon auszugehen, dass ein sachlicher Grund darin zu sehen sein kann, dass Nutzer\*innen nicht nur mit Inhalten konfrontiert werden wollen, die als Werbung wahrgenommen werden können. Auch ist das Interesse der Netzwerke zu berücksichtigen, Werbeeinnahmen zu generieren. Zugleich ist es höchst problematisch, wenn gewerbliche Nutzer\*innen nur noch dann aktiv am Meinungsbildungsprozess teilnehmen können, wenn diese hierfür Geld zahlen; denn die Reduzierung der Reichweite betrifft alle von den Betroffenen verbreiteten Inhalte gleichermaßen, ob nun werbend oder nicht. Zudem trifft dies gewerbliche Nutzer\*innen unterschiedlich stark. Große Unternehmen können für die zusätzliche Reichweite mit ihrem Werbeetat zahlen, während kleine Künstler\*innen sich diese zusätzliche Reichweite nicht leisten können.<sup>212</sup>

führen.<sup>168</sup> Das Kartellrecht verfolgt außerdem nicht das Ziel, die Meinungsfreiheit der Betroffenen zu schützen. Viele Influencer\*innen nutzen ihre Kanäle nicht ausschließlich zu kommerziellen Zwecken, sondern auch zu (zumindest gelegentlichen) Meinungsäußerungen. Eine Zugangssperre, die kartellrechtlich unproblematisch ist, könnte in solchen Fällen trotzdem (grund-)rechtswidrig sein.

## **1.2 Anforderungen**

### **1.2.1 Hybride Nutzung**

Grundsätzlich nehmen auch gewerbliche Nutzer\*innen am Diskurs in öffentlichen Netzwerken teil, wie dies auch private Nutzer\*innen tun.<sup>169</sup> Je nach Netzwerk verschwimmen die Unterschiede zwischen beiden Gruppen zunehmend, bspw., wenn ein soziales Netzwerk stark für berufliche Zwecke genutzt wird (bspw. LinkedIn, Xing).

Auch die Rechtsprechung scheint grundsätzlich von einer Bindung an die Grundrechte zugunsten aller Nutzer\*innen auszugehen, wenn sie darauf abstellt, dass die Netzwerke der Öffentlichkeit ohne Unterscheidung eröffnet werden.<sup>170</sup> Auch spricht gerade der zur Anwendung gebrachte allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz mit den vorgebrachten allgemein gültigen Verfahrensanforderungen gegen eine Differenzierung nach Nutzungsart. Schließlich stellte das Bundesverfassungsge-

richt auch in seiner Entscheidung zum III. Weg lediglich auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ab, obwohl es sich um eine Partei handelte.

Vor diesem Hintergrund erscheint es äußerst problematisch, dass sich die Regelungen für private und gewerbliche Nutzer\*innen teilweise äußerst stark voneinander unterscheiden. Die Möglichkeit für eine derartige Differenzierung wird einfachgesetzlich dadurch eröffnet, dass private Nutzer\*innen auch Verbraucher\*innen sind, für die bestimmte Schutzvorschriften gelten, gewerbliche Nutzer\*innen profitieren hingegen nicht von diesem Schutz.

### **1.2.2 Influencer\*innen**

Die Beschränkungen der sozialen Netzwerke treffen insbesondere solche gewerblichen Nutzer\*innen intensiv, die für die Ausübung ihres gewählten Berufs auf spezifische soziale Netzwerke angewiesen sind. Diesen Berufsgruppen können die entsprechenden sozialen Netzwerke faktisch Berufszugangsregelungen auferlegen.<sup>171</sup>

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass bei Angehörigen der entsprechenden Berufsgruppen besonders hohe Anforderungen an Maßnahmen zu stellen sind, die zu einem Ausschluss von der Tätigkeit führen. Wird also bspw. ein\*e YouTuber\*in von YouTube ausgeschlossen, ist nicht nur die Meinungsfrei-

heit berührt. Vielmehr erfolgt ein faktischer Ausschluss vom gewählten Beruf. Neben der ohnehin notwendigen verfahrensrechtlichen Absicherung ist daher sicherzustellen, dass die Ausschlussentscheidung des sozialen Netzwerks auch diese besondere Intensität der Maßnahme hinreichend berücksichtigt. Darüber hinaus ist es bei diesen Berufsgruppen besonders problematisch, wenn die gerichtliche Überprüfung eines faktischen Ausschlusses vom Berufsfeld erschwert wird. Wird bspw. das Instagram-Konto eines\*r Influencers\*in durch das Netzwerk gesperrt, bestehen erhebliche Hürden, dagegen vorzugehen, wenn dies vor einem irischen oder kalifornischen Gericht nach irischem oder kalifornischen Recht geschehen muss. Allein die Rechtsverfolgung kann in diesen Systemen viel Geld kosten und ohne professionelle und kostenpflichtige rechtliche Beratung wird es überhaupt unklar sein, welche Rechtsmittel bestehen und ob diese Erfolg versprechen.

## 2. PRESSEFREIHEIT

Presseverlage und andere Medien sind vermehrt auch in sozialen Netzwerken aktiv.<sup>172</sup> Damit liegt eine Form der hybriden Nutzung vor. Teilen Presseverlage Inhalte in Netzwerken, benutzen diese die Netzwerke als Kanäle für die Verbreitung der in ihren Artikeln enthaltenen Informationen und Meinungen. Durch die damit einhergehende Möglichkeit der Netzwerke, einzelne Meinungen und Informationen zu unterdrücken, ist auch die Pressefreiheit in besonderer Weise berührt.<sup>173</sup>

Die Pressefreiheit<sup>174</sup> aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt den institutionellen Schutz der Presse<sup>175</sup> und reicht von der Beschaffung einer Information bis zu deren Verbreitung, auch, wenn dies im Netz geschieht.<sup>176</sup> Die Pressefreiheit steht in einem engen Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit, da sie zur Aufgabe hat, umfassende Informationen zu ermöglichen, die Vielfalt der bestehenden Meinungen wiederzugeben und selbst Meinungen zu bilden und zu vertreten.<sup>177</sup>

Bisher ist noch nicht geklärt, ob die Grundrechtsbindung der Netzwerke auch die Pressefreiheit umfasst. Dafür spricht, dass die Meinungsbildung innerhalb sozialer Netzwerke nicht getrennt von digitalen Presseerzeugnissen stattfindet. Vielmehr werden diese in den Meinungsbildungsprozess in den Netzwerken dadurch eingebunden, dass Presseverlage dort ihre Inhalte

### Beispiel Pressefreiheit:

Als Protestaktion gegen ein von Australien geplantes Gesetz zugunsten von Presseverlagen in sozialen Netzwerken sperrte Facebook australische Verlage und verbarg sämtliche Inhalte, die zuvor von den entsprechenden Konten geteilt wurden. Damit war es den Verlagen nicht mehr möglich, weitere Inhalte über das Netzwerk zu teilen. Darüber hinaus war es Nutzer\*innen auch nicht mehr möglich, selbst auf in der Vergangenheit geteilte Inhalte zuzugreifen.<sup>213</sup>

Neben einem solch allgemeinen Ausschluss kommt es aber auch dazu, dass einzelne Verlage oder Zeitungen gesperrt werden, bzw. einzelne Inhalte von diesen gelöscht werden. Das geschieht teilweise auch durch staatliche Aufrufe. So riefen russische Behörden (bislang erfolglos) soziale Netzwerke dazu auf, die Konten der unabhängigen Nachrichtenseite OVD-Info zu sperren.

<sup>214</sup>

Schließlich kann es auch zu Diskriminierungen kommen, wenn einzelne Inhalte gezielt gegenüber anderen hervorgehoben werden. So plant Facebook, verstärkt Nachrichten zu kuratieren. Ein solches Vorgehen kann als Mittel gegen Falschinformationen gerechtfertigt sein, solange dadurch nicht geschützte Meinungen unterdrückt werden.<sup>215</sup>

teilen und Nutzer\*innen diese untereinander weitergeben, bzw. sich auf diese beziehen. Daher ist es für Presseverlage heutzutage nahezu unerlässlich auch, in sozialen Netzwerken aktiv zu sein, um die von ihnen angestrebte Reichweite für ihre Inhalte zu erreichen.

Damit sind Verlage wie auch Private in besonderer Weise auf die Neutralität der Netzwerke gegenüber ihren Inhalten angewiesen. Diese Angewiesenheit spricht für eine Grundrechtsbindung auch gegenüber Presseverlagen.<sup>178</sup>

Inwiefern die Grundrechtsbindung gegenüber Presseverlagen sich darauf auswirkt, ob soziale Netzwerke Inhalte von Verlagen allein aufgrund eines Verstoßes gegen die Richtlinien löschen

können, ohne dass die Inhalte gegen die etablierten Grundsätze des Presserechts verstoßen, ist noch nicht geklärt.

### 3. POLITISCHE PARTEIEN

Auch der Parteienwettbewerb hat sich verstärkt auf soziale Netzwerke verlagert.<sup>179</sup> Dieser Wettbewerb zwischen den Parteien ist von der aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Chancengleichheit der Parteien geschützt und gewährt gegenüber öffentlichen Einrichtungen Schutz vor Diskriminierung: wird einer Partei Zugang zu einer Einrichtung gewährt, ist dies auch gegenüber allen anderen Parteien notwendig.<sup>180</sup>

Die Chancengleichheit der Parteien entfaltet insbesondere in Wahlkampfzeiten ein äußerst hohes Schutzniveau.<sup>181</sup> Gegenüber Privaten besteht ein solcher Anspruch grundsätzlich nicht.<sup>182</sup>

In seiner Eilentscheidung zur Sperrung der Facebook-Seite der Partei „Der III. Weg“ hat das Bundesverfassungsgericht Facebook verpflichtet, die Seite der Partei für die Zeit des Wahlkampfes wieder zu entsperren.<sup>183</sup> Inwiefern sich hieraus aber Schlüsse spezifisch in Bezug auf die Chancengleichheit der Parteien ziehen lassen, ist unklar. So handelt es sich zunächst um eine Eilentscheidung, die primär von einer Folgenabwägung geprägt ist. Das Bundesverfassungsgericht geht zwar darauf ein, dass eine Bindung Facebooks nicht von vornherein aus-

geschlossen ist, diese Bindung bezieht es aber auf Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>184</sup> Andererseits bleibt der Umstand, dass es sich um eine Partei handelt, nicht vollkommen außer Acht, da das Gericht die Eilbedürftigkeit insbesondere vor dem Hintergrund der Teilnahme der Partei bei der zum Zeitpunkt der Entscheidung bevorstehenden Wahl zum Europäischen Parlament bejaht.<sup>185</sup>

Zumindest faktisch ist damit aber davon auszugehen, dass Parteien einen gegenüber privaten Nutzer\*innen zumindest vergleichbaren – in Wahlzeiten gegebenenfalls sogar verstärkten – Grundrechtsschutz auf sozialen Netzwerken genießen.

### 4. WEITERE GRUPPEN MIT BESONDEREN INTERESSEN

Daneben existieren aber noch anderen Gruppierungen, die auf ihre Präsenz in sozialen Netzwerken besonders angewiesen sind. Auch die Zivilgesellschaft nutzt immer stärker soziale Netzwerke, um ihre Botschaften und Erkenntnisse mit der Allgemeinheit zu teilen. Diese sind zwar nicht durch ein spezifisches Grundrecht wie die Pressefreiheit geschützt. Ihr Interesse ist jedoch von der Meinungsfreiheit umfasst, sodass Netzwerke dieses zu berücksichtigen haben, wenn sie bspw. Inhalte dieser Gruppierungen oder gar ihre Konten löschen wollen.

## V. KÜNFTIGE ENTWICKLUNGEN

Soziale Netzwerke unterstehen einem gewissen Innovationsdruck, sodass davon auszugehen ist, dass diese immer weitere Funktionen entwickeln, die eigenständige Grundrechtsgefährdungen mit sich bringen können. Wird bspw. Gesichtserkennung angeboten, berührt dies zunächst das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da besonders sensible Daten preisgegeben werden, sodass es einer besonderen autonomen Einwilligung bedarf. Dieses Erfordernis wird in der Regel verhindern, dass Gesichtserkennung verpflichtend eingesetzt werden kann (siehe hierzu **F.III.4.2.1**). Daneben ergeben sich aber auch weitere Probleme, bspw. kann es zu diskriminierenden Effekten führen, da Gesichtserkennung regelmäßig Probleme bei der Erfassung von Gesichtern ethnischer Minderheiten hat.<sup>186</sup>

Eine Grundrechtsbindung kann bei solchen Weiterentwicklungen zumindest immer dann angenommen werden, wenn Bezug zur kommunikativen Dimension des Netzwerks besteht, da mithin eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit möglich erscheint. Darüber hinaus ist der Schutz der informationellen Selbstbestimmung zu berücksichtigen. Daneben ist aber auch die Beeinträchtigung weiterer Grundrechte denkbar, insbesondere, solange Nutzer\*innen auf die Nutzung des Netzwerks und damit auch die neuen Funktionen angewiesen sind.

# G. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Auch wenn es bisher nur wenige Entscheidungen zur Grundrechtsbindungen sozialer Netzwerke gibt, ergeben sich aus dieser Rechtsprechung Erkenntnisse für Bereiche, die bisher noch nicht Inhalt von gerichtlichen Entscheidungen war.

So ist insbesondere davon auszugehen, dass Netzwerke ihren Pflichten aus der Grundrechtsbindung nicht dadurch entgehen können, dass sie sich nicht mehr auf ihre Richtlinien stützen. Wenn die Rechtsprechung entschieden hat, dass Maßnahmen der Netzwerke an enge Voraussetzungen geknüpft sind, muss dies auch gelten, wenn Handeln außerhalb der Richtlinien vergleichbare Effekte hat. Das betrifft insbesondere die Einschränkung der Reichweite eines Inhalts durch Algorithmen.

Gleiches gilt für Dark Patterns: Wenn es Netzwerken gesetzlich oder aufgrund ihrer Grundrechtsbindung nicht gestattet ist, bestimmte Daten ohne Einwilligung zu verarbeiten, dürfen sich diese die Einwilligung nicht durch Manipulation ihrer Nutzer\*innen erschleichen.

Zugleich bestehen aber auch Bereiche, in denen noch größere Unsicherheiten bestehen. Das betrifft insbesondere die gewerbliche Nutzung. Es ist bisher unklar, inwiefern die Rechtsprechung die Grundrechtsbindung auch auf diese Nutzungsform anwenden wird.

Zum effizienten Schutz der Grundrechte insbesondere der „kleineren“ gewerblichen Nutzer\*innen sind neue gesetzliche Regelungen notwendig. Denn derzeit bestehen zugunsten privater Nutzer\*innen bereits Schutzvorschriften, da es sich um Verbraucher\*innen handelt. Gewerbliche Nutzer\*innen profitieren nicht von diesem Schutz, selbst wenn ihre Nutzung der privaten Nutzung sehr nahekommt.

Fraglich ist dabei jedoch, wie genau zwischen den „großen“ und „kleinen“ gewerblichen Nutzer\*innen zu unterscheiden ist. Als Anhaltspunkte sind u.a. denkbar: Wie viele Follower\*innen/Abonent\*innen hat die entsprechende Nutzer\*in, welchen

Umsatz generiert die Nutzer\*in im Netzwerk und wie viel zahlt die gewerbliche Nutzer\*in für Werbung.

Auch im Bereich der Auskunftsrechte bedarf es weiterer Gesetzesinitiativen. Ein großes Defizit besteht darin, dass Nutzer\*innen teilweise nicht merken, welchen Einfluss Netzwerke überhaupt auf die Ausübung ihrer Grundrechte nehmen. Da es sich um äußerst komplexe Vorgänge handelt, wäre insbesondere hilfreich, wenn nicht nur Nutzer\*innen weitgehende Auskunftsrechte erhalten, sondern auch Forscher\*innen und gegebenenfalls Journalist\*innen und die Zivilgesellschaft.

Insgesamt ist die Entwicklung der Grundrechtsbindung als überwiegend positiv zu beurteilen. Der Rechtsprechung ist es damit gelungen, Grundrechte im Netz in Fällen zu schützen, die die Gesetzgebung noch nicht erfasst. Zugleich sind jedoch mit der konkreten Form, die diese Rechtsprechung bisher genommen hat, auch Risiken verbunden, die bei zukünftigen Entwicklungen berücksichtigt werden sollten.

Zunächst betrifft die Rechtsprechung insbesondere Fälle, in denen Inhalte gesperrt wurden. Das führt dazu, dass der Fokus der Rechtsprechung auf der Meinungsfreiheit der Nutzer\*innen liegt. Das darf aber nicht dazu führen, dass die Rechte der von Hassrede betroffenen Nutzer\*innen außer Acht gelassen werden. Zwar nennt der Bundesgerichtshof diese Gruppe in seiner Abwägung. Problematisch ist aber, dass die Meinungsfreiheit von Nutzer\*innen mit verfahrensrechtlichen Garantien geschützt wird, die Rechtsprechung ähnliche Schutzmechanismen für von Hassrede betroffene Nutzer\*innen bisher aber nicht vorsieht. Denkbar wäre bspw., auch diesen ein Anhörungsrecht zuzugestehen, wenn ein Netzwerk einen Inhalt wiederherzustellen gedenkt. Dies könnte gesetzlich oder durch die Rechtsprechung erfolgen.

Außerdem bleibt die Machtstellung der Netzwerke gegenüber ihren Nutzer\*innen weitgehend erhalten. Zunächst können diese weiterhin Inhalte entfernen, die rechtmäßig sind, solange sie

dafür sachliche Gründe haben. Zwar gibt es verfahrensrechtliche Absicherungen bei Löschungen und anderen Maßnahmen gegenüber Nutzer\*innen, die damit verbundene Überprüfung der Entscheidungen erfolgt allerdings erneut durch die Netzwerke. Das birgt die Gefahr, dass gerichtliche Entscheidungen an Bedeutung für die Regeln im Netz verlieren. Falls es dazu kommen sollte, sollten die Gesetzgebung und die Rechtsprechung gegensteuern. Eine stärkere staatliche Rückkoppelung könnte bspw. dadurch erfolgen, das Löschen von Inhalten und Kontensperrungen durch Gerichte in einfachen Verfahren zu ermöglichen. Damit wären Nutzer\*innen nicht mehr auf die Netzwerke für die Rechtsdurchsetzung angewiesen.



# ENDNOTEN

- 1 BVerfG, Urteil vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51, Rn. 24; BVerfG, Urteil vom 27. April 2021 – 2 BvR 206/14, Rn. 64; Ipsen, Staatsrecht II, 23. Aufl., 2020, Rn. 91; Manssen, Staatsrecht II, 17. Aufl., 2020, Rn. 52.
- 2 Die Studie nutzt den Begriff der Beeinträchtigungen für Handeln von Privaten, das nachteilige Einflüsse auf die Grundrechte Dritter haben. Demgegenüber stehen Eingriffe in Grundrechte, die staatliches Handeln voraussetzen.
- 3 BVerfG, Urteil vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51.
- 4 Siehe zur Entwicklung u.a. Ruffert, Privatrechtswirkung der Grundrechte, JuS 2020, 1; Kulick, Weniger Staat wagen, Zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, AöR 145, 649 (2020).
- 5 Vgl. §§ 305 ff. BGB.
- 6 Der Konzern Facebook hat sich mittlerweile in Meta umbenannt. Im Folgenden wird dennoch weiter Facebook genutzt, um Einheitlichkeit mit den gerichtlichen Entscheidungen herzustellen, die sich noch auf den Konzern Facebook bezogen haben.
- 7 Siehe Weinzierl, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWiss Blog (24. Mai 2018), Lepsius, Der Facebook-Beschluss des BGH aus Sicht des Verfassungsrechts, WuW 2020, 566, 567 f.; Smets, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34, 36.
- 8 Seite 14 der Begründung, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM(2020) 825 final (15. Dezember 2020). Dementsprechend enthält der Kommissionsvorschlag in Art. 26 Abs. 1 lit. b auch die Verpflichtung für sehr große Plattformen, die Risiken ihres Handelns für Grundrechte einzuschätzen. Auch enthält Art. 12 Abs. 2 eine Verpflichtung der Plattformen, die Grundrechte ihrer Nutzer\*innen in gewissem Umfang zu achten. Vgl. hierzu auch Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569.
- 9 Vgl. Michl, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910. Die Grundrechtsbindung bezieht sich ausschließlich auf die spezifischen Situationen, in denen die Voraussetzungen vorliegen. So kann es bspw. zu einer Bindung eines Netzwerks gegenüber seinen Nutzer\*innen kommen, während gegenüber das Netzwerk gegenüber seinen Arbeitnehmer\*innen keine solche Bindung trifft.
- 10 Damit wird auf die Einschränkungen, dass es sich um Telemediendiensteanbieter handeln muss, die mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, verzichtet. Die Gewinnerzielungsabsicht kann jedoch im Rahmen der Ermittlung der Grundrechtsbindung Bedeutung entfalten. Siehe hierzu Teil I – E.I.5.2.
- 11 Siehe zu Telegram: Welche Maßnahmen kann der Staat ergreifen?, Internet-Law (16. Dezember 2021), <http://www.internet-law.de/2021/12/telegramm-welche-massnahmen-kann-der-staat-ergreifen.html>; Tuchfeld, Don't Shoot the Messenger, Von Telegrammen und öffentlicher Kommunikation, Verfassungsblog (21. Dezember 2021), <https://verfassungsblog.de/dont-shoot-the-messenger/>; Reda, Telegram sperren? Warum es keine technische Lösung gegen Hass gibt, Netzpolitik (21. Dezember 2021), <https://netzpolitik.org/2021/edit-policy-telegram-sperren-warum-es-keine-technische-loesung-gegen-hass-gibt/>; Lobo, Im Widerstandsausschuss, Spiegel (8. Dezember 2021), <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/telegram-wie-die-radikalisierung-funktioniert-kolumne-a-bb45fale-0b64-4d13-ad49-b4301704b5f6>.
- 12 So läge der Fokus dieser Studie vor 15 Jahren wohl auf MySpace, einer Plattform, die mittlerweile als soziales Netzwerk bedeutungslos geworden ist.
- 13 BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15.
- 14 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09. Siehe hierzu auch Muckel, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 2020, 245.
- 15 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09 – Rn. 33.
- 16 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09.
- 17 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 41.
- 18 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 46 ff.
- 19 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 49 ff.
- 20 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19.
- 21 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 14 f. zur Tragweite dieser Bindung gegenüber Parteien siehe F.IV.3.
- 22 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 14.
- 23 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 17.
- 24 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 19.
- 25 BVerfG, Beschluss vom 21. September 2021 – 1 BvQ 100/21.
- 26 Vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1993 I – BvR 567/89, 1044/89. In dieser Entscheidung stellte das Gericht auf eine strukturelle Unterlegenheit eines Vertragsteils ab.
- 27 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 41.
- 28 BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 88; BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 69. Während der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs eine solche Bereitstellung der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation bei sozialen Netzwerken anzunehmen scheint, BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 105, legt der dritte Zivilsenat ein engeres Verständnis an den Tag und sieht eine solche Bereitstellung erst dann erfüllt, wenn ein Unternehmen den Zugang zum Internet als solchem gewährt, BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 59; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 71.
- 29 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20.
- 30 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19.
- 31 Das Recht zur informationellen Selbstbestimmung kommt dabei über die kartellrechtliche Interessenabwägung im Rahmen der Erörterung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zum Tragen, siehe Lepsius, Der Facebook-Beschluss des BGH aus Sicht des Verfassungsrechts, WuW 2020, 566, 567. Zum Grad der sich daraus ergebenden Verpflichtung siehe **F.III.4.1**. Der Senat bezieht sich dabei maßgeblich auf eine weitere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13.
- 32 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 105.
- 33 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20. Siehe hierzu Hennemann/Heldt, Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke, ZUM 2021, 981; Morsdorf, Beitragslöschungen und Kontensperrungen nach den „Hausregeln“ sozialer Netzwerke, NJW 2021, 3158.
- 34 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 64; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 76. Es verwies dabei auf BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13.
- 35 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 65; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 77. Siehe auch BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 66; Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 78.
- 36 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 85; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 97.
- 37 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20.
- 38 BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – KZR 2/15, Rn. 20, stRspr.
- 39 Soziale Netzwerke sind als Intermediäre auf mehrseitigen Märkten tätig. Das bedeutet, dass sie zwischen zwei Marktseiten vermitteln, auf der einen Seite Nutzer\*innen, auf der anderen Seite Werbende. Dabei sind die Bedürfnisse der beiden Marktseiten unterschiedlich, sodass für beide separate Märkte abzugrenzen sind. Siehe hierzu BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 28 ff. Die Markt-abgrenzung in dieser Entscheidung bezog sich ausschließlich auf die Nutzer\*innenseite. Die Markt-abgrenzung auf Seite der Werbenden kann sich aufgrund des anderen Bedürfnisses von dieser Markt-abgrenzung unterscheiden. So ist denkbar, dass aus Sicht von Werbenden Facebook, Instagram und YouTube demselben Markt angehören.

- 40 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 25.
- 41 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 46.
- 42 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 25.
- 43 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 25.
- 44 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 25.
- 45 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – Kart 4/09; Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl., 2020, GWB, § 18, Rn. 20.
- 46 Soziale Netzwerke argumentieren regelmäßig das Gegenteil: Es liege ein Gesamtmarkt für alle sozialen Netzwerke vor. Auf einen solchen Markt bezogen haben alle sozialen Netzwerke dann nur wesentlich geringere Marktanteile, sodass eine marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen unwahrscheinlich ist. Zur Klage vor amerikanischen Gerichten gegen Facebook siehe Edelman, *The Antitrust Case Against Facebook Draws Blood*, *Wired* (12. Januar 2022), <https://www.wired.com/story/facebook-ftc-antitrust-non-price-theory/>.
- 47 So im Ergebnis auch Raue, *Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze*, *NJW* 2022, 209, 209 f.
- 48 Vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 44. Vgl. zu den Effekten, die die dominante Marktposition von Plattformen hervorrufen und sichern Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale Law Journal* 710 (2017).
- 49 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 33 ff.
- 50 Diese umfassen (bei Plattformen) Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerb, die Fähigkeit, Angebot und Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, die Möglichkeit der Marktgegenseite auf andere Unternehmen auszuweichen, direkte und indirekte Netzwerkeffekte, parallele Nutzung mehrerer Dienste und Wechselaufwand für Nutzer\*innen, Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck und die Bedeutung von Vermittlungsleistungen.
- 51 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 38 ff. Der Marktanteil lag demnach im Jahr 2012 zwischen 90 und 95 Prozent, im Jahr 2013 bei 92 bis 97 Prozent, in den Jahren 2014 bis 2016 bei über 95 Prozent, im Jahr 2017 bei über 96 Prozent und im Jahr 2018 bei über 97 Prozent.
- 52 Zumindest in Bezug auf Facebook geht der Bundesgerichtshof nicht auf eine möglicherweise divergierende grundrechtsbezogene Betrachtungsweise ein, sondern überträgt direkt die kartellrechtlichen Erkenntnisse, BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 64; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 76.
- 53 Dennoch ist nicht auszuschließen, dass aus grundrechtlicher Sicht nicht alle Kriterien zur Einschätzung einer marktbeherrschenden Stellung aus dem GWB gleichermaßen zur Anwendung kommen. Jedenfalls geben diese aber einen ersten Anknüpfungspunkt.
- 54 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 48; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 60.
- 55 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 66; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 78.
- 56 TikTok hatte zu Beginn seiner Tätigkeit einen klaren Fokus auf Unterhaltung. Gerade dieses Beispiel zeigt aber, dass Nutzer\*innen dazu tendieren, Netzwerke auch zum Meinungsaustausch zu verwenden. Siehe Harwell/Romm, *Inside TikTok: A Culture Clash Where U.S. Views About Censorship Often Were Overridden by the Chinese Bosses*, *Washington Post* (5. November 2019), <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/11/05/inside-tiktok-culture-clash-where-us-views-about-censorship-often-were-overridden-by-chinese-bosses/>.
- 57 BVerfG, Beschluss vom 4. November 2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 49; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl., 2020, Art. 5, Rn. 5.
- 58 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 38.
- 59 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 69 ff.; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 81 ff.
- 60 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 72; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 84.
- 61 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 74; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 86. Kritisch Hennemann/Heldt, *Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke*, *ZUM* 2021, 981 988 f.; Krönke, *Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken*, *ZUM* 2022, 13, 17 f.
- 62 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 75; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 87.
- 63 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 69 ff.; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 81 ff.
- 64 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 32 f. m.w.N. stRspr.
- 65 Konkret sind die Ausführungen des Bundesgerichtshofs sogar noch verschachtelter. Unter II.3.b)aa)(2)(b)(cc) beginnt er die Abwägung entgegenstehender Grundrechte. Dazu gehört auch das Recht des Klägers, nicht diskriminiert zu werden (II.3.b)aa)(2)(b)(cc)(i)(b)). In diesem Zusammenhang stellt das Gericht die Voraussetzungen der Grundrechtsbindung (inklusive der entgegenstehenden Rechte) dar und bejaht diese, ohne aber auf die einzelnen Voraussetzungen getrennt einzugehen. Erst im Anschluss daran erfolgen die Ausführungen zu den entgegenstehenden Rechten des Unternehmens und Dritter (II.3.b)aa)(2)(b)(cc) (2)–[4]).
- 66 Vgl. kritisch Smets, *Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private*, *NVwZ* 2019, 34.
- 67 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 66; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 78. Siehe auch BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 19.
- 68 Der Kommissionsvorschlag zum DSA differenziert Verpflichtungen nach Größe von Plattformen, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM(2020) 825 final (15. Dezember 2020). Auch der Vorschlag für einen Digital Markets Act (DMA) knüpft an die Größe der Gatekeeper an, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestrebbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), Art. 3, COM(2020) 842 final (15. Dezember 2020). In Deutschland nimmt das NetzDG soziale Netzwerke mit weniger als zwei Millionen Nutzer\*innen von einem Großteil der Verpflichtungen aus, § 1 Abs. 2 NetzDG.
- 69 Siehe Goldman/Miers, *Regulating Internet by Size*, *Competition Policy International* (2021), <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/05/3-Regulating-Internet-Services-by-Size-By-Eric-Goldman-Jess-Miers.pdf>.
- 70 Ronja Tonn, *Social Media 2022: Aktuelle Nutzerzahlen*, *Kontor4* (3. Januar 2022), <https://www.kontor4.de/beitrag/aktuelle-social-media-nutzerzahlen.html>.
- 71 Armbrüster, in: *MuKo-BGB*, 9. Auflage, 2020, § 138, Rn. 47 ff.; Herdegen, in: *Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz*, 95. EL, 2021, Art. 1 Abs. 3, Rn. 64 ff.; Jarass, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz*, 16. Auflage, 2020, Art. 1, Rn. 52.
- 72 Vgl. kritisch Smets, *Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private*, *NVwZ* 2019, 34, 35.
- 73 Michl, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, *JZ* 2018, 910, 915; BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 45; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 81; Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 93. Kritisch gegenüber dieser Entwicklung Neuner, *Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung*, *NJW* 2020, 1851; Ruffert, *Privatrechtswirkung der Grundrechte*, *JuS* 2020, 1.
- 74 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 46; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 83; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 95.
- 75 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 46; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 83; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 95.
- 76 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 87; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 99.
- 77 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 88.
- 78 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 88.
- 79 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09.
- 80 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1998 – 1 BvR 1554, Rn. 63, stRspr.
- 81 Kirchhof, in: *Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz*, 95. EL, 2021, Art. 3, Rn. 265.
- 82 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 46; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 83; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 95.
- 83 Michl, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, *JZ* 2018, 910, 915.
- 84 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20.
- 85 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 41.
- 86 Das Bundesverfassungsgericht hat die Möglichkeit einer weiterreichenden und strengeren Bindung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG angedeutet. BVerfG, Beschluss vom 27. August 2019 – 1 BvR 879/12, Rn. 11. Siehe hierzu Michl, *Wer darf wen „diskriminieren“?*, *Verfassungsblog* (12. Oktober 2019), <https://verfassungsblog.de/wer-darf-wen-diskriminieren/>. Für eine Übertragung auf das Zivilrecht bereits Baer,

- „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, 290, 292, ablehnend Langenfeld, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 95. EL, 2021, Art. 3, Abs. 3, Rn. 81. Zur Differenzierung nach dem Geschlecht siehe BVerfG, Beschluss vom 16. November 1993 – 1 BvR 258/86.
- 87 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. August 2016 – 1 BvR 2619/13, Rn. 13.
- 88 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. November 2020 – 1 BvR 2727/18, Rn. 8, stRspr.
- 89 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 66; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 78.
- 90 „Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formsprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck, der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“ BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971 – 1 BvR 435/68, Rn. 58. Neben diesem materiellen Kunstbegriff werden auch ein formeller (lässt sich ein Werk einer Gattungsform der Kunst zuordnen) und ein offener Kunstbegriff verwendet, siehe BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 – 1 BvR 816/82, Rn. 36 f.
- 91 Bei Meinungen, die künstlerisch zum Ausdruck gebracht werden, geht die Kunstfreiheit der Meinungsfreiheit vor. BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971 – 1 BvR 435/68, Rn. 69.
- 92 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971 – 1 BvR 435/68.
- 93 Siehe hierzu Oversight Board, Fallentscheidung 2020-004-IG-UA. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt wurde ein Inhalt von Instagram als Verstoß gegen die Gemeinschaftsstandards zu Nacktdarstellung entfernt, der über die Brustkrebserkennung informieren sollte. Das Board empfahl unter anderem eine Überarbeitung der Gemeinschaftsstandards zur Erfassung vergleichbarer Fälle. Dies wurde mittlerweile umgesetzt.
- 94 Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage, 2021, Art. 5, Rn. 220a.
- 95 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Oktober 1968 – 1 BvR 241/66, Rn. 19.
- 96 Siehe zum Diskussionsstand Möhlen, Das Recht auf Versammlungsfreiheit im Internet MMR 2013, 221 (Versammlungsfreiheit kann einschlägig sein, wenn hinreichende Ähnlichkeit zu physischer Versammlung – insbesondere Synchronität – besteht); Sinder, Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen, NVwZ 2021, 103 („Online-Versammlungen“ fallen bereits mangels Körperlichkeit nicht unter Art. 8 GG); Welzel, Virtuelle Versammlungsfreiheit in Zeiten der Pandemie, MMR 2021, 220 (Plädiert dafür, Online-Versammlungen unter den Schutzbereich von Art. 8 GG zu fassen); AG Frankfurt a.M. Urteil vom 1.7.2005 – 991 Js 6100 Js 226314/01 (Wer an einer DDoS-Attacke teilnimmt, kann sich nicht auf Art. 8 GG berufen); AG Menden, Urteil vom 9. Januar 2013 – 4 C 409/12 (eine Facebook-Gruppe ist kein Verein, denn sie ist kein auf Dauer angelegter Zusammenschluss von Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes mit körperschaftlicher Verfassung).
- 97 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1980/91, 102/92, 221/92, Rn. 108.
- 98 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 567/89, 1044/89.
- 99 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1054/91.
- 100 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 38.
- 101 Diese sind selbst als allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren. Vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 54.
- 102 Siehe hierzu Dunne, Platforms as Regulators, 9 Journal of Antitrust Enforcement 244 (2021); Medzini, Enhanced Self-Regulation: The Case of Facebook's Content Governance, New Media & Society (2021); Schweitzer, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZeuP 2019, 1, Mendelsohn, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung? Erfassung und mögliche Grenzen der regulierenden und verhaltenssteuernden Macht von Unternehmen im Digitalen, MMR 2021, 857.
- 103 Hinzu kommen einfachrechtliche Vorgaben. So unterbinden bereits die zivilrechtlichen Vorgaben zu allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 BGB ff.), dass Verbraucher\*innen übervorteilt werden.
- 104 Siehe hierzu LG Köln, Beschluss vom 11. Oktober 2021 – 28 O 351/21; LG Köln, Beschluss vom 11. Oktober 2021 – 28 O 350/21, die sich jedoch auf einfachgesetzliche Regelungen stützen.
- 105 Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209, 2011. Vgl. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.
- 106 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 82; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 94.
- 107 Reuter/Dachwitz/Fanta/Beckedahl, Exklusiver Einblick: So funktionieren Facebooks Moderationszentren, Netzpolitik (5. April 2019), <https://netzpolitik.org/2019/exklusiver-einblick-so-funktionieren-facebook-moderationszentren/>.
- 108 Insofern ist die Praxis von TikTok problematisch, dessen Einstufung von Inhalten in Kategorien für Nutzer\*innen nur bedingt nachvollziehbar ist, siehe TikTok diskriminierte Homosexuelle und Dicke, FAZ (5. Dezember 2019), <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/video-app-tiktok-diskriminierte-homosexuelle-und-dicke-16520282.html>.
- 109 Siehe auch Mörsdorf, Beitragslöschungen und Kontensperrungen nach den „Hausregeln“ sozialer Netzwerke, NJW 2021, 3158, 3160 f.
- 110 Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 4. Februar 2022 – 10 U 17/20.
- 111 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 85; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 97.
- 112 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 85; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 97. Ein pauschaler Verweis ist nicht ausreichend, LG Köln, Beschluss vom 11. Oktober 2021 – 28 O 350/21.
- 113 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 85; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 97.
- 114 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 85; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 97.
- 115 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 87.
- 116 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 87.
- 117 Vgl. LG München I, Urteil vom 31. Januar 2022 – 42 O 4307/19.
- 118 Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 98.
- 119 Vor den Hate Speech-Urteilen des Bundesgerichtshofs war es zwischen den Oberlandesgerichten umstritten, zu welchem Grad Facebook an die Meinungsfreiheit gebunden ist. Konkret erlaubten einige Oberlandesgerichte Facebook nur die Löschung rechtswidriger Inhalte. Siehe BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20 Rn. 57 f.; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 69 f.; Friehe, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697. Es ist daher nicht auszuschließen, dass sich das Bundesverfassungsgericht in der Zukunft anders positioniert als der Bundesgerichtshof.
- 120 Zu den inhaltlichen Anforderungen siehe auch Mörsdorf, Beitragslöschungen und Kontensperrungen nach den „Hausregeln“ sozialer Netzwerke, NJW 2021, 3158, 3160.
- 121 BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 45; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 81.
- 122 In der bisherigen – auf den Staat bezogenen – Rechtsprechung stellt das Erfordernis eines sachlichen Grundes jedoch keine sehr hohen Würden auf. Vgl. Kirchhof, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL, Juli 2021, Art. 3 Rn. 265.
- 123 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 92; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 104. Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209, 210 schränkt dies dahingehend ein, dass ein Beitrag „objektiv in erster Linie darauf gerichtet oder geeignet [sein muss], eine sachliche Diskussion zu verhindern und andere Nutzer von eigenen Beiträgen abzuhalten.“
- 124 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 80; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 92.
- 125 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 80; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 92.
- 126 So im Ergebnis auch Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209, 2011. Siehe auch F.II.
- 127 Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein solcher sachlicher Grund bestehen kann, wenn Erfahrungswerte darauf hinweisen, dass Inhalte einzelner Personen allgemein einen größeren Überprüfungsaufwand benötigen (Politiker\*innen, Satiriker\*innen) oder ein besonderes öffentliches Interesse an den Inhalten besteht. Es ist hingegen zweifelhaft, dass die Vermeidung negativer Berichterstattung einen solchen Grund darstellt.
- 128 Im Kartellrecht ist anerkannt, dass marktbeherrschende oder Unternehmen mit relativer Marktmacht, die über den Zugang zu einem Markt bestimmen könne, dazu verpflichtet sind, anderen Unternehmen Zugang zu diesem Markt zu gewähren. Vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB, § 20 Abs. 1a GWB (sog. Essential Facilities-Doktrin). Die neuere Rechtsprechung überträgt diesen Ansatz im Ergebnis auf Bereiche mit hoher Grundrechtsrelevanz. Vgl. auch Smets, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34, 36; Raue, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209, 210; Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11, 15 f.
- 129 Damit besteht ein wesentlicher Unterschied zu Unternehmen, die keiner Grundrechtsbindung unterliegen. Diese können gewissen vertraglichen Einschränkungen unterliegen, sobald sie einen Vertrag eingegangen sind. Denn dann können sie sich nur nach den gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Regeln vom Vertrag lösen. Bevor diese einen Vertrag eingehen, können sie aber frei über den Vertragspartner entscheiden. Vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2012 – V ZR 115/11. Der Fall betraf den Besuch eines Wellness-Hotels. Das Bundesverfassungsgericht hat später entschieden, dass das Hotel keiner

- Grundrechtsbindung unterliegt, BVerfG, Beschluss vom 27. August 2019 – 1 BvR 879/12. Siehe hierzu auch Grünberger/Washington, Anmerkungen zu BVerfG Kammerbeschluss v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, 2019, 1103.
- 130 Kleinere soziale Netzwerke wie bspw. Foren verwenden regelmäßig weiterhin eine chronologische Darstellung. Auch Twitter bietet die Option an, auf eine chronologische Darstellung zurückzugreifen. Facebook bietet diese Möglichkeit an, jedoch recht kompliziert. Instagram testet eine derartige Option.
- 131 Daneben stehen Empfehlungssysteme auch in Kritik, da diese zumindest teilweise zur Verbreitung von Falschinformationen und Radikalisierung beitragen, New Study Confirms YouTube Algorithm Promotes Misinformation, Conspiracies, Extremism, Counter Extremism Project (8. Juli 2021), <https://www.counterextremism.com/blog/new-study-confirms-youtube-algorithm-promotes-misinformation-conspiracies-extremism>; Litte/Richards, TikTok's Algorithm Leads Users from Transphobic Videos to Far-Right Rabbit Holes, Media Matters for America (5. Oktober 2021), <https://www.mediamatters.org/tiktok/tiktoks-algorithm-leads-users-transphobic-videos-far-right-rabbit-holes>.
- 132 Siehe hierzu, What Is a 'Shadow Ban,' and Is Twitter Doing It to Republican Accounts?, NY Times (26. Juli 2018), <https://www.nytimes.com/2018/07/26/us/politics/twitter-shadowbanning.html>.
- 133 Siehe hierzu Reuter/Köver, Die Kritik-Drossel von TikTok, Netzpolitik (29. November 2019), <https://netzpolitik.org/2019/die-kritik-drossel-von-tiktok/>.
- 134 Reuter/Köver, Gute Laune und Zensur, Netzpolitik (23. November 2019), <https://netzpolitik.org/2019/gute-laune-und-zensur/>.
- 135 Siehe hierzu Tendayi (UN Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance), Racial Discrimination and Emerging Digital Technologies, UN Doc. A/HRC/44/57 (2020); Siehe auch Sesing/Tschech, AGG und KI-VO-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Einschätzung aus Perspektive des (Anti)-Diskriminierungsrechts, MMR 2022, 24.
- 136 Problematisch sind daher Berichte, nach denen TikTok bestimmte politische Meinungen unterdrückte sowie Inhalte, die das soziale Netzwerk kritisierten: Reuter/Köver, Gute Laune und Zensur, Netzpolitik (23. November 2019), <https://netzpolitik.org/2019/gute-laune-und-zensur/>; Hern, Revealed: How TikTok Censors Videos That Do not Please Beijing, Guardian (25. September 2019) <https://www.theguardian.com/technology/2019/sep/25/revealed-how-tiktok-censors-videos-that-do-not-please-beijing>; Harwell/Romm, Inside TikTok: A Culture Clash Where U.S. Views About Censorship Often Were Overruled by the Chinese Bosses, Washington Post (5. November 2019), <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/11/05/inside-tiktok-culture-clash-where-us-views-about-censorship-often-were-overruled-by-chinese-bosses/>.
- 137 Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 69; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 81.
- 138 Es ist daher begrüßenswert, dass zumindest gesetzgeberische Schritte in diese Richtung unternommen werden. So sieht der DSA die Verpflichtung zu einer regelmäßigen Risikobewertung und Risikominimierung vor, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, Art. 26 und 27, COM(2020) 825 final (15. Dezember 2020).
- 139 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13; BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19.
- 140 BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 86.
- 141 BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 87.
- 142 BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 88; BGH, BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 105.
- 143 „Je nach den Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen – wie hier – in eine dominante Position rücken und die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder gleichkommen.“ BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 105.
- 144 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 103.
- 145 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 105.
- 146 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 106.
- 147 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 106.
- 148 Vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 107 ff.
- 149 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19Rn. 58, 85 ff., 130.
- 150 Vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 130.
- 151 Vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 102.
- 152 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19100, siehe auch Rn. 110.
- 153 Vgl. auch Art. 17 DSGVO.
- 154 Rixen, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage, 2021, Art. 2, Rn. 72.
- 155 Reply All Podcast, Folge 177: Gleeeks and Gurgles (22. Juli 2021), <https://gimletmedia.com/shows/reply-all/z3h78d6/177-gleeeks-and-gurgles>.
- 156 Macgowan, The TikTok Algorithm Knew My Sexuality Better Than I Did, Repeller (7. August 2020), <https://repeller.com/tiktok-algorithm-bisexual/>.
- 157 Siehe hierzu Rieder/Hofmann, Towards Platform Observability, 9(4) Internet Policy Review (2020).
- 158 Siehe hierzu <https://www.darkpatterns.org/>. Auf dieser von Harry Brignull betriebenen Seite findet sich auch eine Liste an bekannten Beispielen. Es bestehen Vorschläge, Dark Patterns zu verbieten, Fanta, EU-Abgeordnete wollen Manipulationstechniken im Netz verbieten, Netzpolitik (14. Dezember, 2021), <https://netzpolitik.org/2021/dark-patterns-eu-abgeordnete-wollen-manipulationstechniken-im-netz-verbieten/>. Siehe zur positiven Seite der Verhaltensbeeinflussung Mendelsohn, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung? Erfassung und mögliche Grenzen der regulierenden und verhaltenssteuernden Macht von Unternehmen im Digitalen, MMR 2021, 857, 859.
- 159 Für soziale Netzwerke bestehen insbesondere Anreize, Dark Patterns einzusetzen, um eine größere Menge an Daten zu erheben und zu verarbeiten, da diese für das Geschäftsmodell der Netzwerke relevant sind. Es besteht zwar auch die Möglichkeit, durch Dark Patterns auf die Kommunikationsgewohnheiten Einfluss zu nehmen. Hierfür bestehen aber keine Anreize, sodass es um eher hypothetische Fälle geht.
- 160 Weinzierl, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht, NVwZ-Extra 2020, 1 stellt hingegen unmittelbar auf den grundrechtlichen Schutz der Autonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ab, um eine staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Einsatz von Dark Patterns durch Private herzuleiten. Es ist unklar, inwieweit dieses Grundrecht auch auf das Verhältnis zwischen Privaten unmittelbar übertragbar ist.
- 161 Vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19Rn. 58, 85 ff., 130.
- 162 Vgl. Weinzierl, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht NVwZ-Extra 2020, 1087.
- 163 Sowohl YouTube als auch TikTok haben Programme durch die Nutzer\*innen direkt Zahlungen erhalten können, Perelli, How Much Influencers Get Paid on Instagram, TikTok, and YouTube, Insider (26. Dezember 2021), <https://www.businessinsider.com/how-much-influencers-get-paid-on-instagram-tiktok-and-youtube-2021-7>. Instagram testete zudem eine Abofunktion für Influencer\*innen, Instagram plant kostenpflichtige Abofunktion für Influencer, Redaktionsnetzwerk Deutschland (20. Januar, 2022), <https://www.rnd.de/digital/instagram-plant-kostenpflichtige-abo-funktion-fuer-influencer-ZK71-PAETDJCDVL4SULGKXKXTI.html>.
- 164 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19.
- 165 Siehe zu diesen Formen der Beschränkungen BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958 – 1 BvR 596/56.
- 166 BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1998 – 1 BvR 1554/89, 963/94, 964/94, Rn. 90. Zumindest im arbeitsrechtlichen Bereich erkennt auch der Gerichtshof der Europäischen Union eine Grundrechtsbindung von Privaten durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union an, vgl. Wank, Die unmittelbare Wirkung von Unionsrecht unter Privaten im Arbeitsrecht, RdA 2020, 1.
- 167 Zum Beruf Influencer\*in siehe BGH, Urteile vom 9. September 2021 – I ZR 90/20, I ZR 125/20, I ZR 126/20. Die Urteilen zeigen auf, dass gewerbliche und persönliche Nutzung in sozialen Netzwerken nicht immer leicht zu unterscheiden ist.
- 168 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 109.
- 169 So können sich auch juristische Personen – zumindest, wenn sie ihren Sitz in der EU haben – auf die Meinungsfreiheit berufen. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 95. EL, 2021, Art. 5, Rn. 33 f.
- 170 Vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 65; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 77.
- 171 Berufungszugangsregelungen stellen eine gegenüber Berufsausübungsregelungen intensivere Beschränkung dar, da diese über das ob der Berufsausübung entscheiden und nicht lediglich über das wie, vgl. BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958 – 1 BvR 596/56, Rn. 79 ff.
- 172 Dementsprechend fordern Verbände dieses Wirtschaftszweigs auch, dass die Pressefreiheit besonders im DSA berücksichtigt werden muss, BDVZ und VDZ: Digital Services Act gefährdet Pressefreiheit

- im Internet, Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger (20. Januar 2022), <https://www.bdzv.de/service/presse/pressemitteilungen/2022/bdzbv-und-vdz-digital-services-act-gegen-pressefreiheit-auf-digitalen-plattformmonopolen>.
- 173 Zum Diskussionsstand zur Reichweite der Pressefreiheit im Netz siehe Skobel, Regulierung nutzergenerierter Inhalte auf sozialen Netzwerken (2021), 42 ff.; Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke (2020), 37 ff.
- 174 Für Einzelfälle besteht auch die Möglichkeit, dass die Rundfunkfreiheit einschlägig ist, Skobel, Regulierung nutzergenerierter Inhalte auf sozialen Netzwerken (2021), 48 ff.
- 175 Zwar besteht das Erfordernis der Medienorganisation, eine solche ist aber nicht nur auf klassische Presseverlage beschränkt, sondern kann auch bei Bürgerjournalist\*innen vorliegen, vgl. Skobel, Regulierung nutzergenerierter Inhalte auf sozialen Netzwerken (2021), 55 ff.
- 176 BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 93 ff.
- 177 Vgl. BVerfG, Teilurteil vom 5. August 1966 – 1 BvR 586/62, 610/63, 512/64.
- 178 Dieses besondere Schutzbedürfnis wird durch §§ 93, 94 Medienstaatsvertrag anerkannt und teilweise Rechnung getragen. Dementsprechend ist eine systematische Diskriminierung einzelner Angebote bereits einfachgesetzlich ausgeschlossen. Die Grundrechtsbindung geht jedoch darüber hinaus und kann bereits Diskriminierungen in Einzelfällen erfassen und erstreckt sich u.a. auch auf den Zugang zum Netzwerk.
- 179 Als Ergebnis bestehen Überlegungen, politische Werbung im Netz stärker zu regulieren, Fanta, Politische Werbung soll transparenter werden, Netzpolitik (24. November, 2021), <https://netzpolitik.org/2021/neue-eu-regeln-politische-werbung-soll-transparenter-werden/>.
- 180 Zumindest im Zusammenhang mit § 5 Parteiengesetz. Zum Standardfall Hecker, Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, NVwZ 2018, 787. Eine Differenzierung nach Relevanz ist grundsätzlich möglich.
- 181 Vgl. VG Köln, Beschluss vom 20. Mai 2019 – 6 L 1056/19.
- 182 Vgl. BVerfG, Urteil vom 4. November 1986 – 1 BvF 1/84, Rn. 150.
- 183 Nur für diesen Zeitraum war der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt worden.
- 184 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 15.
- 185 BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 19.
- 186 Vgl. Najibi, Racial Discrimination in Face Recognition Technology, Harvard University Blog, Science Policy, Special Edition: Science Policy and Social Justice (24. Oktober 2020), <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/>.
- 187 BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 88.
- 188 BVerfG, Urteil vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51.
- 189 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09.
- 190 Siehe bspw. Frank, Artist Hilariously Censors the Louvre's Nude Statues for Facebook (SFWI), Huffpost (6. Dezember 2017), [https://www.huffpost.com/entry/peter-kaaden\\_n\\_5592038](https://www.huffpost.com/entry/peter-kaaden_n_5592038); Hauger, Facebook Blocks French Art Museum for Posting Nude Photo, Business Insider (6. März 2013), <https://www.businessinsider.com/facebook-blocks-french-art-museum-for-posting-nude-photo-2013-3>.
- 191 Siehe hierzu Oversight Board, Fallentscheidung 2020-004-IG-UA.
- 192 BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 567/89, 1044/89.
- 193 Dube Dwilson, Yes, Facebook is Blocking Minds Links as 'Unsecure', Heavy (13. Oktober 2018), <https://heavy.com/tech/2018/10/facebook-block-minds-com-unsecure/>.
- 194 LG Karlsruhe, Beschluss vom 20. Januar 2022 – 13 O 3/22 KfH.
- 195 BGH, BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 81; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 192/20, Rn. 93.
- 196 Siehe Reuter/Köver, Gute Laune und Zensur, Netzpolitik (23. November 2019), <https://netzpolitik.org/2019/gute-laune-und-zensur/>.
- 197 Connaughton, Her Instagram Handel Was „Metaverse.“ Last Month, It Vanished, NY Times (13. Dezember 2021), <https://www.nytimes.com/2021/12/13/technology/instagram-handle-metaverse.html>.
- 198 Bond, NYU Researchers Were Studying Disinformation on Facebook. The Company Cut Them Off, NPR (4. August 2021), <https://www.npr.org/2021/08/04/1024791053/facebook-boots-nyu-disinformation-researchers-off-its-platform-and-critics-cry-f>.
- 199 Siehe Reuter/Dachwitz/Fanta/Beckedahl, Exklusiver Einblick: So funktionieren Facebooks Moderationszentren, Netzpolitik (5. April 2019) <https://netzpolitik.org/2019/exklusiver-einblick-so-funktionieren-facebook-moderationszentren/>; Horwitz, Facebook Says Its Rules Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt, Wall Street Journal (13. September 2021).
- 200 Oversight Board, Fall 2020-004-IG-UA.
- 201 Vgl. hierzu Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Zum Verhältnis zwischen der Privatautonomie und dem Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 9 GG, WD 3 - 3000 - 101/19 (2019), <https://www.bundestag.de/resource/blob/648690/4f1c87f54751e43d0442436ce0a86f63/WD-3-101-19-pdf-data.pdf>.
- 202 YouTube entfernt weiteren Kanal von RT Deutsch, SZ (16. Dezember 2021), <https://www.sueddeutsche.de/medien/rt-deutsch-youtube-russland-1.5489418>.
- 203 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, Art. 2 lit. o, COM(2020) 825 final (15. Dezember 2020).
- 204 Rudl, Nein Twitter unterdrückt konservative Stimmen nicht, Netzpolitik (29. Dezember 2021), <https://netzpolitik.org/2021/studie-nein-twitter-unterdrueckt-konservative-stimmen-nicht/>.
- 205 Kayser Brill, Automated Moderation Tool from Google Rates People of Color and Gays as Toxic, Algorithmwatch, <https://algorithmwatch.org/en/automated-moderation-perspective-bias/>.
- 206 Dachwitz, Facebook und Instagram streichen die Racial-Profiling-Option für zielgerichtete Werbung, Netzpolitik (6. September 2020), <https://netzpolitik.org/2020/targeted-advertising-facebook-and-instagram-streichen-die-racial-profiling-option-fuer-zielgerichtete-werbung/>. Siehe auch Sesing/Tscheck, AGG und KI-V0-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Einschätzung aus Perspektive des (Anti-)Diskriminierungsrechts, MMR 2022, 24.
- 207 Köver/Reuter, TikTok Curbed Reach for People with Disabilities, Netzpolitik (2. Februar 2019), <https://netzpolitik.org/2019/discrimination-tiktok-curbed-reach-for-people-with-disabilities/>.
- 208 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, Rn. 109.
- 209 Siehe auch Forbrukerrådet, Deceived by Design (27. Juni 2018), <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf>; Richter, Irreführende Designs mit Methode, Netzpolitik (13. Januar 2020), <https://netzpolitik.org/2020/irrefuehrende-designs-mit-methode/>.
- 210 Dara Lind, Facebook's "I Voted" sticker was a secret experiment on its users, Vox (4. November 2014), <https://www.vox.com/2014/11/4/7154641/midterm-elections-2014-voted-facebook-friends-vote-polls>.
- 211 Siehe hierzu auch Mendelsohn, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung? Erfassung und mögliche Grenzen der regulierenden und verhaltenssteuernden Macht von Unternehmen im Digitalen, MMR 2021, 857, 860.
- 212 Siehe zur organischen Reichweite: Manson, Facebook Zero: Considering Life After the Demise of Organic Reach, social@ogilvy (5. März 2014), <https://ogilvy.gr/feed/facebook-zero-considering-life-after-the-demise-of-organic-reach>; Mochon/Johnson/Schwartz/Ariely, What Are Likes Worth? A Facebook Field Experiment, 54 Journal of Marketing Research 306 (2017); Boland, Organic Reach on Facebook: Your Questions Answered, Meta (5. Juni 2014), <https://www.facebook.com/business/news/Organic-Reach-on-Facebook>; Cooper, Wie der Facebook-Algorithmus in 2021 funktioniert und wie sie ihn für sich arbeiten lassen, Hootsuite (19. Mai 2021), <https://blog.hootsuite.com/de/facebook-algorithmus-organische-reichweite/>.
- 213 Ryan, Facebook's Australian News Wipeout Showed It Can Delete Our History at Any Time, Guardian (28. Februar 2021), <https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/mar/01/facebook-australian-news-wipeout-showed-it-can-delete-our-history-at-any-time>.
- 214 Social Media Platforms Must Refuse Russia's Demands to Censor Media, RSF Says, Reporters Without Borders (20. Januar, 2022), <https://rsf.org/en/news/social-media-platforms-must-refuse-russias-demands-censor-media-rsf-says>.
- 215 Siehe hierzu Fanta, Für dpa wird das Desinformationsproblem von Meta zum Geschäftszweig, Netzpolitik (26. Januar 2022), <https://netzpolitik.org/2022/facebook-news-fuer-dpa-wird-das-desinformationsproblem-von-meta-zum-geschaftszweig/>.



Wir gehen für die  
Grundrechte vor Gericht.  
Unterstützen Sie uns  
dabei.

[FREIHEITSRECHTE.ORG/JOIN](https://FREIHEITSRECHTE.ORG/JOIN)