

# Kommunikation & Recht

K&R

9 | September 2023  
26. Jahrgang  
Seiten 553 - 632

**Chefredakteur**

RA Torsten Kutschke

**Stellvertretende  
Chefredakteurin**

RAin Dr. Anja Keller

**Redaktionsassistentin**

Stefanie Lichtenberg

[www.kommunikationundrecht.de](http://www.kommunikationundrecht.de)

**dfv** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

Vorwurf „Sexuellen Missbrauchs“ als zulässige Meinungsäußerung  
**Prof. Dr. Roger Mann**

- 553 Das EU-US Data Privacy Framework – ein Überblick  
**Susanne Klein**
- 556 Informationsaskese vs. Meta – Perspektiven des EuGH auf datengetriebene Praktiken in der modernen Gesellschaft  
**Peter Hense**
- 563 Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit von Data-Scrapern  
**Dr. Timon Mertens und Dominik Meyer**
- 570 Die Weiterverbreitung von Bild- und Videoaufnahmen gem. § 201a StGB  
**Dr. Samuel Strauß**
- 576 Update Informationsfreiheits- und Transparenzrecht 2022/2023  
**Prof. Dr. Jens M. Schmittmann**
- 582 **EuGH:** Keine Vergütungspflicht nach Ausübung des Widerrufsrechts mit Kommentar von **Prof. Dr. Felix Buchmann**
- 586 **EuGH:** Keine öffentliche Wiedergabe bei Online-Fernsehübertragungsangebot
- 589 **BGH:** Beweislast bei Auslistungsanspruch gegen Suchmaschinenbetreiber mit Kommentar von **Prof. Dr. Dr. Karl-Heinz Ladeur**
- 596 **BGH:** Kein Unterlassungsanspruch gegen Zitat aus Tagebuchaufzeichnungen
- 602 **BGH:** muenchen.de: Stadtportal verstößt nicht gegen Gebot der Staatsferne der Presse
- 607 **OLG Karlsruhe:** Sicherheitsvorkehrungen beim Versand von E-Mails im geschäftlichen Verkehr mit Kommentar von **Nils Wiedemann und Prof. Dr. Christoph Sorge**
- 614 **OLG Düsseldorf:** Keine irreführende Werbung mit Klimaneutralität
- 619 **AG Augsburg:** Keine E-Mail-Werbung durch Social-Media-Angaben in Abwesenheitsnotiz mit Kommentar von **Chiara Panfili und Tobias Trost**

mit US-Massenüberwachung weiter zulässig sei. Man habe sich also auf ein Wort geeinigt, aber nicht auf die Bedeutung des Wortes.<sup>37</sup> Auch gehe der neu eingeführte Rechtsschutz-Mechanismus für die von der Datenverarbeitung Betroffenen voraussichtlich ins Leere, weil betroffene Personen nicht nur an formalen Voraussetzungen scheitern dürften, sondern es weder ein nachvollziehbares Verfahren gebe noch eine unabhängige Entscheidung des zuständigen US-Beamten.<sup>38</sup> Vielmehr sei der Wortlaut der Entscheidung durch das US-Recht schon festgelegt, bevor überhaupt eine Beschwerde eingebracht werde, und auch die Überprüfung der Entscheidung durch das vermeintliche Gericht in zweiter Instanz könne nur zu demselben Ergebnis führen.<sup>39</sup> Aus diesen Gründen handle es sich bei dem neuen „Framework“ also um die dritte vertane Chance, die Datenübertragung zwischen der EU und den USA fair zu regeln.<sup>40</sup>

## V. Fazit

Unbeschadet dessen ist festzuhalten, dass der Angemessenheitsbeschluss jedenfalls vorübergehend die Rechtsunsicherheit für die Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA beendet. Solange er Bestand hat, dürfte er in der Praxis zu erheblichen Vereinfachungen bei der Durchführung von rechtmäßigen US-Datentransfers führen.

Dennoch besteht keine Verpflichtung, den bestehenden Datentransfer-Mechanismus zu wechseln. Wenn Daten bislang rechtmäßig, d. h. unter hinreichender Berücksichtigung der im Rahmen eines Transfer Impact Assessments ermittelten Risiken und ggf. unter Ergreifung zusätzlicher Schutzmaßnahmen, auf Basis von Standardvertragsklauseln in die USA übermittelt und dort verarbeitet werden konnten, kann dies natürlich beibehalten werden. Gerade vor dem Hintergrund der wohl bevorstehenden Überprüfung des Data Privacy Framework durch den EuGH sollte sorgfältig abgewogen werden, ob ein Wechsel hin zum Angemessenheitsbeschluss als Rechtfertigung der US-Transfers sinnvoll und angemessen ist. Schließlich bedeutet dies, dass dann auch die vorhandenen Datenschutzerklärungen angepasst werden müssen.<sup>41</sup>

Dies gilt erst recht, wenn personenbezogene Daten vom Verantwortlichen nicht nur in die USA, sondern auch in andere Drittländer übermittelt werden (müssen). Insbesondere bei globalen Konzernstrukturen dürfte es sinnvoll sein, die internationalen Datentransfers innerhalb der Konzerngruppe weiterhin auf Standardvertragsklauseln oder, sofern vorhanden, Binding Corporate Rules zu stützen, den etablierten Transfer-Mechanismus also beizubehalten. Sollen hingegen Standardvertragsklauseln oder auch Binding Corporate Rules innerhalb einer Konzerngruppe neu abgeschlossen werden, kann das Data Privacy Framework immerhin dazu dienen, die Risikobewertung für die US-Transfers zu erleichtern.<sup>42</sup> Schließlich hat die EU-Kommission in dem Angemessenheitsbeschluss nun klargestellt, unter welchen Voraussetzungen sie ein angemessenes Datenschutzniveau beim Datenempfänger in den USA anerkennt, so dass diese Wertung bei Einhaltung der relevanten Datenschutz-Prinzipien auch auf die jeweiligen Konzerngesellschaften übertragen werden kann. Ob diese Bewertung der EU-Kommission dauerhaft Bestand hat, wird sich voraussichtlich in naher Zukunft zeigen.



**Susanne Klein**

Partnerin bei ADVANT Beiten in Frankfurt a. M., Fachanwältin für IT-Recht und externe Datenschutzbeauftragte (TÜV Nord zert.); Spezialisierung auf Datenschutzrecht insbesondere in den Bereichen digitale Medien, Technologie und Healthcare; Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI), davit und des EULISP-Alumni Deutschland e. V.

37 Schrems, Kommentar vom 20. 7. 2023, <https://www.heise.de/meinung/EU-US-Data-Privacy-Framework-Eine-vertane-Chance-9221313.html>.

38 Gemeint ist der „Civil Liberties Protection Officer“ (CLPO).

39 Schrems, Kommentar vom 20. 7. 2023 (Fn. 37).

40 Schrems, Kommentar vom 20. 7. 2023 (Fn. 37).

41 Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. f DSGVO.

42 So auch das European Data Protection Board im „Information note on data transfers under the GDPR to the United States after the adoption of the adequacy decision on 10 July 2023“, dort Antwort auf Frage 2 Abs. 2, abrufbar unter [https://edpb.europa.eu/system/files/2023-07/edpb\\_informationnoteadequacydecisionus\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-07/edpb_informationnoteadequacydecisionus_en.pdf).

RA Peter Hense\*

# Informationsaskese vs. Meta – Perspektiven des EuGH auf datengetriebene Praktiken in der modernen Gesellschaft

Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff. (Heft 7/8)

## Kurz und Knapp

„Facebook v. Bundeskartellamt has the potential for a landmark ruling, not only for competition law but also for EU privacy regulation“ prognostizierte Prof. Dr. Anne Witt im April 2022 in ihrer luziden Anmerkung (TechREG Chronicle 2022, 1 ff.) und behielt recht, denn die Große Kammer des EuGH verfasste ein Urteil nach dem Prinzip „de-

livered as ordered“. Die Entscheidung hat das Potenzial, das nach fünf Jahren an akutem Vollzugsdefizit rheumatisch erkrankte Datenschutzrecht der DSGVO durch eine Injektion wettbewerbsrechtlicher Vitamine neu zu beleben.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 31. 7. 2023.

## I. Einleitung

Am amerikanischen Unabhängigkeitstag verkündete der EuGH ein Urteil, das geeignet ist, die etablierten Geschäftsgrundlagen des US-Technologiekonzerns Meta – und zahlreicher weiterer Technologieschergewichte – substanziell zu erschüttern. Dies geschah nicht insofern, als der EuGH neues Recht schöpfte, sondern vielmehr indem er der Rechtsdurchsetzung eine neue Perspektive eröffnete.

Im Fokus der Entscheidung steht die Praxis datenintensiver personalisierter Werbung, als finanzielle Hauptader für Meta von essenzieller ökonomischer Bedeutung. Erst detailliertes und individualisiertes Tracking von Nutzern sowie die Anreicherung mit Daten außerhalb des eigenen Herrschaftsbereiches z. B. durch Data Broker ermöglicht die Erstellung detailgetreuer Nutzerprofile.<sup>1</sup> Der algorithmische Unterbau dieser Strategie speist sich aus den Nutzerdaten, die im Rahmen der Registrierung und Nutzung des Social Network erhoben werden, als auch aus den sogenannten „Off-Facebook-Daten“.<sup>2</sup> Diese umfassen Informationen, die außerhalb des direkten Netzwerkcontextes aggregiert werden.<sup>3</sup> Dabei handelt es sich beispielsweise um Interaktionsdaten mit Webseiten oder Applikationen, die über „Facebook-Business-Tools“ mit Meta oder dessen Tochterunternehmen vernetzt sind, oder um Aktivitätsdaten auf anderen digitalen Plattformen des Meta-Ökosystems, darunter Instagram oder WhatsApp. In einer Anhörung im US Senate 2018 wurde deutlich, wie umfassend Facebook Nutzerdaten erfasst.<sup>4</sup> Nachdem 2020 ein Whistleblower offengelegt hatte, dass Facebook Tools wie „Centra“ einsetzt, „to track its users across the internet, across platforms, across accounts – all without user knowledge“, kam es am 17. 11. 2020 zu einer erneuten Anhörung im US Senate.<sup>5</sup>

Weder die beiden Anhörungen noch ihre Inhalte fanden relevanten Niederschlag in der deutschen juristischen Fachliteratur oder gar Rechtsprechung. Der EuGH machte immerhin 2021 mit seiner Entscheidung in Sachen C-645/19<sup>6</sup> den Weg frei für nationale Datenschutzaufsichtsbehörden, wegen Endgerätezugriffen nach nationalem Recht in Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG) vorzugehen,<sup>7</sup> eine Option, derer sich in Bezug auf Meta immerhin die französische Aufsichtsbehörde bediente.<sup>8</sup>

Meta als „multi sided market-platform“<sup>9</sup> erfasst und verarbeitet personenbezogene Daten für Tracking, Profilbildung und Aussteuerung von Werbung weltweit ohne eine explizit informierte Einwilligung der Nutzer zu dieser Datenverarbeitung. In seinen Geschäftsbedingungen wies Meta in allgemeiner Form auf werbliche Datenverarbeitungen hin, die Akzeptanz der Vertragsbedingungen erklärte das Unternehmen zur unerlässlichen Voraussetzung für die Erstellung eines Nutzerkontos. Das Fazit des EuGH-Urteils ist klar: Diese Datenverarbeitungspraxis ist mit den Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) nicht vereinbar und kann wettbewerbsrechtlich angegriffen werden.

Das EuGH-Urteil überzeugt durch seine gründliche Analyse zentraler Datenschutzfragen. Dazu zählen die Interdependenzen von Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, die Legitimation der Verarbeitung sensibler Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 und 2 DSGVO und die Kriterienmatrix der Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung des Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Darüber hinaus wird – en passant – erneut die bisher in der deutschen Rechtsprechung kaum wahrgenommene Beweislastumkehr nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO erneut bestätigt. Mit unübersehbarer Liebe zum Detail nimmt der EuGH Stellung zu Kernfragen des Datenschutzes, abschließend aber

auch antizipierend, um künftige Debatten zu vermeiden. Das von 15 Richtern der Großen Kammer gefällte Urteil, untermauert von Stellungnahmen des Generalanwaltes *Rantos*, der Mitgliedsstaaten Deutschland, Tschechien, Italien, Österreich sowie der EU-Kommission, setzt deutlich europäische Akzente. Der Gerichtshof sendet ein entschiedenes rechtliches und rechtsethisches Signal gegen eine ungezügelter und unfaire Ökonomisierung der Privatsphäre, welches den Schutz personenbezogener Daten und den Grundrechtsschutz der Art. 7 und 8 der Charta im Rahmen der DSGVO neu belebt.

## II. Verfahrensgang und Vorlagefragen

Hintergrund der Entscheidung ist ein Beschwerdeverfahren von Meta gegen das Bundeskartellamt (BKartA) vor dem OLG Düsseldorf. Das BKartA untersagte dem Big-Tech-Unternehmen per Beschluss<sup>10</sup> gem. §§ 19 Abs. 1, 32 GWB, in seinen Allgemeinen Nutzungsbedingungen den Zugang zum Online-Netzwerk von der Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig zu machen, ohne eine ausdrückliche Einwilligung der Nutzer einzuholen. Gleichzeitig sollte Meta zur entsprechenden Anpassung seiner Nutzungsbedingungen verpflichtet werden. Zur Begründung führte das BKartA aus, dass die Datenverarbeitungspraxis eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung begründe. Vor allem aber seien die Allgemeinen Nutzungsbedingungen als Ausfluss dieser beherrschenden Stellung aufgrund ihrer DSGVO-Widrigkeit missbräuchlich.

Gegen diesen Beschluss legte Meta beim OLG Düsseldorf Beschwerde ein. Zur Überraschung der Fachwelt folgte der damals<sup>11</sup> vom Vorsitzenden Richter Kühnen geführte OLG-Senat einigen Argumenten von Meta und ordnete die aufschie-

- 1 Detaillierte globale Perspektive: *Keller, Perry*, After Third Party Tracking, Regulating the harms of behavioral advertising through data protection, King's College, Studie (2022), *Keller, Perry*, After Third Party Tracking: Regulating the Harms of Behavioural Advertising Through Consumer Data Protection (May 4, 2022), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4115750>.
- 2 *Aguiar, Peukert, Schaefer, Ullrich*, Facebook Shadow Profiles, DIW Berlin Discussion Paper No. 1998 (2022).
- 3 Instrukтив: „RESPONSE TO ‚AUDIT‘ by the Irish Office of the Data Protection Commissioner on ‚Facebook Ireland Ltd.‘ (2012), S. 24, <http://www.europe-v-facebook.org/report.pdf>.
- 4 Nachzulesen in S. Hrg. 115–683 (2018) „FACEBOOK, SOCIAL MEDIA PRIVACY, AND THE USE AND ABUSE OF DATA“, <https://www.congress.gov/event/115th-congress/senate-event/LC64510/text?s=1&r=59>.
- 5 „Centra is a tool that Facebook uses to track its users, not just on Facebook but across the entire internet. Centra tracks different profiles that a user visits, their message recipients, their linked accounts, the pages they visit around the web that have Facebook buttons. Centra also uses behavioral data to monitor users' accounts, even if those accounts are registered under a different name.“ <https://www.youtube.com/watch?v=79M32z1LgD8&feature=youtu.be>.
- 6 Der Fall kulminierte in der EuGH-Entscheidung v. 15. 6. 2021 – C-645/19, K&R 2021, 509 ff. Ausgangspunkt war ein behördliches und späteres Klageverfahren der vormaligen belgischen Privacy Commission (Details zur Fallgeschichte: <https://www.dataprotectionauthority.be/citizen/facebook-case-the-cjeu-has-ruled>) basierend auf einer wissenschaftlichen Analyse von Facebooks Werbepraktiken: From social media service to advertising network: A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms (2015), <https://www.law.kuleuven.be/citip/en/news/facebook-1/facebook-revised-policies-and-terms-v1-3.pdf>.
- 7 Urteilsbesprechung durch *Herbrich*, GRUR Int. 2021, 64 ff.
- 8 Entscheidung der Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) vom 28. 7. 2022, abrufbar unter: <https://www.cnil.fr/en/cookies-closure-injunction-issued-against-facebook>.
- 9 Zur Datengewinnung von Gatekeepern via APIs, Cookies und Terms of Service: *Birch, Ken, Adeji, Damola*, Rethinking Canada's Competition Policy in the Digital Economy (2023), S. 22, <https://euc.yorku.ca/research-spotlight/rethinking-canadas-competition-policy-in-the-digital-economy/>.
- 10 Beschluss des Bundeskartellamts vom 6. 2. 2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895.
- 11 Im Jahr 2021 verließ „Deutschlands bekanntester Kartellrechtler“ den ersten Zivilsenat des OLG Düsseldorf: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/olg-duesseldorf-deutschlands-bekanntester-kartellrichter-tritt-ab-17466222.html>.

bende Wirkung der Beschwerden der Antragstellerinnen an.<sup>12</sup> Das Gericht formulierte unvermutet: „Die Hingabe der Mehrdaten führt zu keiner Ausbeutung der privaten Netzwerknutzer. Die streitbefangenen Daten sind – anders als ein entrichtetes Entgelt – ohne Weiteres duplizierbar, weshalb ihre Hingabe an Facebook den Verbraucher wirtschaftlich nicht schwächt.“ Prof. Dr. *Podszun*, einer der bekanntesten deutschen Kartellrechtler, formulierte, das Verfahren sei damit tot.<sup>13</sup> Er irrte. Unbeeindruckt von dieser Leichenpredigt hob der BGH die Düsseldorfer Entscheidung als rechtsfehlerhaft auf<sup>14</sup> und konterte die Düsseldorfer Erwägungen mit dem Argument, die fehlende Wahlmöglichkeit der Facebook-Nutzer beeinträchtige nicht nur ihre persönliche Autonomie und die Wahrung ihres – auch durch die DSGVO geschützten – Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Vor dem Hintergrund der hohen Wechselhürden, die für die Nutzer des Netzwerks bestehen („Lock-in-Effekte“), stelle dieses Manko auch eine kartellrechtlich relevante Ausbeutung der Nutzer dar, weil der Wettbewerb aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Facebook seine Kontrollfunktion nicht mehr wirksam ausüben könne. Facebook wagte einen erneuten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung, der vom OLG Düsseldorf mit einem sogenannten „Hängebeschluss“ erneut positiv beschieden wurde, weil dieser „auf einer gegenüber der Amtsverfügung geänderten Begründung der Verbots- und Gebotsaussprüche durch den BGH“ basiere.<sup>15</sup> Weil prozessrechtlich äußerst spannend, ließ der BGH die gegen dieses verfahrensrechtliche Spezifikum gerichtete Rechtsbeschwerde (nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde) zu und erachtete sie auch für begründet.<sup>16</sup> Die Rücknahme des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch Facebook ließ dann die Grundlage der angefochtenen Entscheidung entfallen, der angegriffene Beschluss wurde vom BGH zudem vorsorglich für gegenstandslos erklärt.<sup>17</sup> Das OLG Düsseldorf wählte, unzufrieden mit den Ergebnissen, die der deutsche Instanzenzug zeitigt, zur Klärung europarechtlicher Rechtsfragen nunmehr einen Weg an Karlsruhe vorbei und legte, aus Sicht mancher Prozessbeobachter überraschend,<sup>18</sup> dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Entscheidung vor,<sup>19</sup> die sich im Kern wie folgt zusammenfassen lassen: Darf eine nationale Wettbewerbsbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit prüfen, ob eine Datenverarbeitung gegen die DSGVO verstößt? Darf der Betreiber eines sozialen Netzwerks sensible Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 und 2 DSGVO verarbeiten und macht ein Nutzer diese Daten offensichtlich öffentlich? Unter welcher Voraussetzung ist die Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO gerechtfertigt? Darf die Datenverarbeitung in Anbetracht der marktbeherrschenden Stellung von Meta überhaupt auf eine Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 9 Abs. 2 DSGVO gestützt werden?

Die Kenntnis des immerhin 300seitigen Untersagungsbeschlusses des Bundeskartellamts<sup>20</sup> (B6-22/16) vom 6. 2. 2019 sowie des Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf erleichtert es ungemein, die Schlussanträge von Generalanwalt *Rantos* sowie das folgende Urteil des EuGH zu verstehen. Das OLG Düsseldorf störte sich noch daran, dass über den Umweg des nationalen Wettbewerbsrechts an der irischen Datenschutzaufsichtsbehörde vorbei die DSGVO effektiv durchgesetzt werden könne. Dies, so das Gericht im Einklang mit Facebooks Argumenten, könnte im Konflikt mit dem One-Stop-Shop-Verfahren nach Art. 56 ff. DSGVO sowie dem Spielraum bei nationalen Sanktionen nach Art. 84 DSGVO stehen (Rn. 57 ff. des Beschlusses). In Summe dienten die aus einem kartellrechtlichen Verfahren geborenen, aber dezidiert datenschutzrechtlichen Vorlagefragen dem EuGH als Steilvorlage für eine sehr umfassende und grundlegende Entscheidung.

### III. Die Schlussanträge des Generalanwalts

Der Generalanwalt *Rantos* war allerdings von der verschachtelten Formulierung der deutschen Vorlagefragen nicht angetan und fertigte die aus seiner Sicht teils unnötigen bis unzulässigen Fragen in nur 78 Randnummern ab. Interessant sind dabei seine über 100 Fußnoten mit Referenzen und Kommentaren, weil sie Einblick in die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs und seiner Generalanwälte gewähren, insbesondere die Fußnoten 10 bis 35, die sich auf das Verhältnis von Europäischem Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht beziehen, lesen sich mitunter wie Anmerkungen aus einer Klausurkorrektur der unangenehmeren Sorte gegenüber dem vorlegenden Gericht. Entsprechend rigide ist auch die inhaltliche Einschätzung des Generalanwalts, der z. B. in Rn. 18–20 der Schlussanträge dem vorlegenden Gericht implizit die Frage stellt, ob es den eigenen Sachverhalt richtig verstanden habe, jedenfalls gingen die Vorlagefragen 1a) und b) „ins Leere“. In Rn. 36 stellt der Generalanwalt zu den Ausführungen des vorlegenden Gerichts fest, es „liege auf der Hand“, dass die streitige Praxis einer Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten darstelle. Es ist bemerkenswert, dass Stellungnahmen des EDPB, die, mit dem Epitheton „Behördenmeinung“ versehen, in der deutschen Literatur und Rechtsprechung oft nur ein Schattendasein fristen, sowohl in den Schlussanträgen als auch im späteren Urteil umfangreich, detailliert und zustimmend zitiert werden und das nicht zum ersten Mal. Deutschsprachige datenschutzrechtliche Literatur, obgleich inflationär in Form von Aufsätzen und Kommentaren verfügbar, hat hingegen ausweislich der Verfahrensdokumentation keinen Einfluss auf die europäische Entscheidungsfindung gehabt.<sup>21</sup> Tempora mutantur.

### IV. Datenschutz und Wettbewerbsrecht – zwei Seiten derselben Medaille

Den Auftakt der Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofs bildet die Klarstellung einer im Grunde nicht klärungsbedürftigen Tatsache: Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht sind Brüder, sie gehen Hand in Hand. Der EuGH stellt zwar zunächst fest, dass nationale Wettbewerbsbehörden und Aufsichtsbehörden im Datenschutz grundsätzlich unterschiedliche Aufgaben und Ziele verfolgen. Für die Wettbewerbsbehörde kann es allerdings notwendig sein, im Rahmen der Prüfung von Wettbewerbsverstößen inzident festzustellen, ob das Unternehmen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstößt.<sup>22</sup> Denn – so sieht es auch die Kommission –, personenbezogene Daten sind die Währung einer digitalen Wirtschaft und für den Wettbewerb ihrer Unternehmen deshalb von Bedeutung. Daher würde der Ausschluss einer datenschutzrechtlichen Prüfungskompetenz nationaler Wett-

12 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart. 1/19 (V).

13 *Podszun*, zitiert nach <https://netzpolitik.org/2019/kartellamt-gegen-facebook-das-olg-duesseldorf-schaut-mit-dem-tunnelblick-auf-die-datenfrage>.

14 BGH, 23. 6. 2020 – KVR 69/19, K&R 2020, 683 ff. m. Anm. *Louven*, CR 2021, 36 ff., der im späteren EuGH-Verfahren den vzbv vertrat.

15 OLG Düsseldorf, 30. 11. 2020 – Kart. 13/20 (V).

16 BGH, 15. 12. 2020 – KVZ 90/20, K&R 2021, 197 ff.

17 BGH, 8. 3. 2021 – KVR 96/20.

18 <https://www.juve.de/verfahren/facebook-olg-haelt-bgh-entscheidung-fuer-falsch-nun-soll-luxemburg-entscheiden/>.

19 OLG Düsseldorf, 24. 3. 2021 – Kart. 2/19 (V).

20 BKartA, Beschl. v. B6-22/16, Volltext unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=8).

21 Die offizielle Verfahrensdokumentation des EuGH verweist als einzige Quelle aus dem Schrifttum auf *Picht/Akeret*, GRUR 2023, 763 ff.

22 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 48.

bewerbsbehörden „die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung verkennen und die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts in der Union gefährden“.<sup>23</sup> Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet nationale Wettbewerbsbehörden und Datenschutzaufsichtsbehörden wohl zu einer gewissen Abstimmung. Eine Verfahrensverzögerung ist damit nicht verbunden, die nationale Wettbewerbsbehörde kann und muss ihre eigenen Untersuchungen fortsetzen, wenn die ersuchte Aufsichtsbehörde nicht binnen angemessener Frist antwortet.<sup>24</sup> Es zeichnet sich ein faszinierender Wettlauf der Aufsichtsbehörden ab, besonders im Hinblick auf die überwiegende Zuständigkeit der irischen Datenschutzaufsichtsbehörde Data Protection Commissioner (DPC) in den meisten kartellrechtlich relevanten Fällen, die sogenannte „Datenmonopolisten“ betreffen. Die DPC ist zurecht für ihre langwierigen Verfahren und ihr unkooperatives Verhalten gerügt worden.<sup>25</sup> Durch seine Entscheidung unterstreicht der EuGH das harmonische Verständnis zwischen Datenschutz-, Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, indem er der vornehmlich in der deutschen Rechtsliteratur vertretenen These einer vertikalen „Sperrwirkung“ der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) gegenüber konkurrierenden Ansprüchen aus anderen Rechtsgebieten eine klare und unmissverständliche Absage erteilt. Bisher wurde die kollektive rechtspolitische Halluzination, dass das Datenschutzrecht eine Art geschütztes Sonderrecht darstelle, vergleichbar mit einem abgegrenzten Biotop, lediglich zur Rechtfertigung der Einschränkung der Klagebefugnisse gegen strukturellen Rechtsbruch herangezogen. Diese Vorstellung impliziert, dass das Datenschutzrecht trotz und sogar gegen Art. 79 DSGVO nicht mit den Mitteln des nationalen Rechts durchgesetzt werden könne. Sie hat aber beim EuGH als Hüter der Rechtsstaatlichkeit keinen Anklang gefunden. Die vorliegende Entscheidung fügt sich nahtlos in eine Serie von Urteilen ein, wie *Fashion ID*,<sup>26</sup> *App-Zentrum*<sup>27</sup> die die notwendige Verschränkung der drei zentralen Rechtsbereiche Verbraucherschutz-, Datenschutz- und Wettbewerbsrecht betonen sowie die kürzlich ergangene Entscheidung *BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*,<sup>28</sup> welche die gewünschte Parallelität und Unabhängigkeit des Individualrechtsschutzes vom aufsichtsbehördlichen Verwaltungsverfahren hervorhebt. In dieser Zusammenschau bleibt kein Zweifel mehr daran, dass diese Bereiche nicht nur nebeneinander und miteinander angewandt werden können, sondern – wie im vorliegenden Fall – zur wechselseitigen Sicherstellung ihrer Wirksamkeit sogar nebeneinander angewandt werden müssen. Datenschutz-, Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht bilden gemeinsam eine Säulen-Trias, die den Architrav der effektiven Durchsetzung europäischer Grundrechte stützt.

## V. Das Ende der Auswertungsabsicht: Von Informationen und Inferenzen

„Ein einzig faules Ei verdirbt den ganzen Brei“ besagt ein deutsches Sprichwort. Das sieht auch der EuGH so, der in Rn. 66 lehrbuchhaft Art. 9 Abs. 1 nebst EG 51 der DSGVO auslegt und die Frage beantwortet, weshalb die Verknüpfung eines Nutzerkontos mit einer Vielzahl von personenbezogenen Daten, die aus Cookies, über APIs oder aus anderen Datenquellen gewonnen wurden, vor dem Hintergrund des Verarbeitungsverbotens sensibler (Wortlaut EG 51) Daten aus Art. 9 Abs. 1 DSGVO grundrechtsgefährdend sein kann. Von hoher praktischer Relevanz ist dabei die verschärfte Konturierung der Pflichten des Verantwortlichen, denn gemäß Rn. 68 des Urteils trifft diesen eine proaktive Prüfpflicht, sich zu

vergewissern, ob einzelne Datenfelder oder ihre Gesamtheit als Pool oder Profil die Offenlegung von Informationen ermöglichen, die unter eine der Kategorien von Art. 9 Abs. 1 DSGVO und damit unter ein Verarbeitungsverbot fallen, was dazu führt, dass die Gesamtheit der einer Person zugeordneten oder zuordenbaren Daten von diesem Verarbeitungsverbot erfasst wird, und zwar unabhängig von der Frage, ob die ableitbaren Informationen zutreffen oder nicht.<sup>29</sup> Der Gerichtshof konkretisiert die bereits vor Jahresfrist in Rn. 126 f. von C-184/20<sup>30</sup> getroffenen grundrechtsfreundlichen Aussagen zur zweiten Auslegung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 1 DSGVO und präzisiert die dortigen Erwägungen zugleich mit Ausführungen zum subjektiven Tatbestand. Es ist demnach nicht erforderlich, dass der Verantwortliche mit dem Ziel handelt, Informationen zu gewinnen, die sich als sensible Daten herausstellen, Art. 9 Abs. 1 DSGVO verbietet deren Verarbeitung objektiv und ohne Rücksicht auf eventuelle subjektive Zweckbestimmungen oder „Auswertungsabsichten“. Selbst ausdrücklich „erklärte(n) Zwecke(n)“ nimmt der EuGH in Rn. 70 des Urteils mit Verweis auf die in Art. 9 Abs. 1 DSGVO verbrieft Risikoabwägung des Gesetzgebers jede Kraft. Damit wird der in der Literatur verbreiteten verarbeitungsfreundlichen Auffassung, der bislang auch das EDPB<sup>31</sup> anhing, die Grundlage entzogen und Verantwortliche in ein Dilemma gebracht, aus dem sie sich selbst bei Alltagsverarbeitungen wie der Videoüberwachung,<sup>32</sup> aber auch bei Webtracking, Scoring oder gar im Kontext von IoT und Machine Learning kaum befreien können. Je mehr Informationen gewonnen und kumuliert werden, desto kritischer wird die Datenverarbeitung. Angesichts der Ubiquität und Quantität von Datenverarbeitungen im Alltag und des nun höchststrichterlich auf Ableitungen (Inferenzen<sup>33</sup>) aus (Roh-)Informationen erweiterten Schutzbereiches werden Unterlassungsansprüche gegen und Schadensersatzansprüche wegen unerwünschter Datenverarbeitungen mit Verweis auf Art. 9 Abs. 1 DSGVO künftig wesentlich leichter durchzusetzen sein. Als Gegengift bleibt Verantwortlichen nur eine konsequente Besinnung auf den Grundsatz der Datenminimierung sowie ein belastbares Systemdesign, das die einklagbaren Anforderungen von Privacy by Design und Default nachweisbar hochhält, was das Gesetz ja zum Glück ohnehin vorsieht.<sup>34</sup>

## VI. Singularia non sunt extendenda: Das Nadelöhr der „offensichtlichen Öffentlichmachung“

Dass Art. 9 Abs. 1 DSGVO eine sehr hohe Verarbeitungshürde ist, hat der EuGH hinreichend deutlich gemacht. In seinem

23 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 51.

24 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 59.

25 Zum offenen Konflikt der DPC Ireland mit dem EDPB siehe das laufende Verfahren T-111/23 sowie zu den Hintergründen: The Irish Times vom 13. 1. 2023, Europe's verdict on Ireland's Data Protection Commission is damning: Irish reading of EU data protection law demolished in final decision of European Data Protection Board, abrufbar unter <https://www.irishtimes.com/technology/big-tech/2023/01/13/europes-verdict-on-irelands-data-protection-commission-is-damning>.

26 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff.

27 EuGH, 28. 4. 2022 – C-319/20, K&R 2022, 422 ff. Besprechung nebst Details zur Verzahnung der betroffenen Rechtsbereiche: Hense, ZD 2022, 386, 388.

28 EuGH, 12. 1. 2023 – C-132/21, K&R 2023, 192 ff.

29 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 69.

30 EuGH, 1. 8. 2022 – C-184/20.

31 Leitlinien 3/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch Videogeräte, Version 2.0 (2020), Rn. 64.

32 Sich gleichfalls auf eine Auswertungsabsicht stützend: VG Mainz, 24. 9. 2020 – 1 K 584/19.MZ.

33 Dazu vertiefend der ausgezeichnete Aufsatz von Wachter/Mittelstadt, Columbia Business Law Review, 2019(2), S. 494 ff.

34 Hierzu detailliert: Hense, ZD 2022, 413 ff.

Urteil stützt er sodann die Ausnahmeregelung von Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO auf das unbedingt erforderliche Maß zusammen und begräbt damit im Vorübergehen die ohnehin schwachen Rechtfertigungen für das Scraping von Webinhalten für das Training von Machine-Learning-Modellen. Doch der Reihe nach. Art. 9 Abs. 2 sieht Ausnahmeregelungen vom grundsätzlichen Verarbeitungsverbot des Abs. 1 vor. Ausnahmen sind stets eng auszulegen, besagt der eingangs zitierte lateinische Rechtssatz und beansprucht diese Geltung in der ständigen Rechtsprechung des EuGH.<sup>35</sup> Der Aufruf einer Website oder App führt nach Auffassung des Gerichts nicht dazu, dass der Nutzer die von ihm mehr oder minder transparent erfassten Informationen (Identifikatoren wie Cookies, IDs, aber auch Geräteinformationen und verhaltensbasierte Informationen) auch „der breiten Öffentlichkeit“ zugänglich machen will, sondern allenfalls und auch dann nur nach informierter Einwilligung, bestimmten Dritten.<sup>36</sup> Auch die Interaktion mit Bedienelementen sozialer Netzwerke wie das Liken oder Teilen von Inhalten ist ohne das Hinzutreten weiterer bestätigender informierter Handlungen aus der subjektiven Sicht der Betroffenen noch eine kontrollierte Offenlegung gegenüber einem bestimmten oder bestimmbar Personenkreis, jedoch mitnichten die Aufgabe der Kontrollmöglichkeit über die eigenen Informationen im Sinne einer Blankovollmacht für den Netzwerkbetreiber, mit diesen Informationen nach Belieben zu verfahren. Für das Überschreiten der Schwelle zur „offensichtlichen Öffentlichmachung“ gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO legt der EuGH hohe Anforderungen an die Informiertheit und das Handlungsbewusstsein des Nutzers fest. Ausschließlich „in voller Kenntnis der Sachlage vorgenommene individuelle Einstellungen“<sup>37</sup> sollen genügen, unmittelbar darauf präzisierend<sup>38</sup> wird eine Einwilligung „auf der Grundlage von auf dieser Website oder App erteilten expliziten Informationen“ gefordert, durch die Nutzer klar ihre Entscheidung zum Ausdruck gebracht haben. Wer solche individuellen Einstellungen und detaillierten Informationen nicht bereithält, kann sich auch nicht auf die Ausnahmenvorschrift berufen. Den Hinweis darauf, dass die betreffenden Informationen ohnehin nur dann privilegiert sind, wenn sie die betroffene Person selbst und nicht Dritte „öffentlich gemacht“ hat,<sup>39</sup> erachtete das Gericht offenbar notwendig, um seine Argumentation nach unten abzurunden. Dieser Teil der Entscheidung wird weit jenseits sozialer Netzwerke erhebliche Auswirkungen haben, denn das Scraping von frei abrufbaren Webinhalten wie Texten und Bildern zählt zu den üblichen Methoden der Datengewinnung für das Training von diskriminativen und generativen Machine-Learning-Modellen.<sup>40</sup> Der EuGH erhöht für derart gewonnene Datensätze und deren Verwertung als Trainingsdaten das rechtliche Risiko in erheblicher Weise, denn das Verarbeitungsverbot gilt nicht nur für das Scraping<sup>41</sup> und die darauf folgende Normalisierung dieser Daten zur weiteren Verwendung, sondern auch für jedes Residuum personenbezogener Daten, das in den künftigen Modellen und deren Arbeitsergebnissen enthalten sein wird. Besondere Kategorien personenbezogener Daten werden so, auch ohne die zusätzlichen Verpflichtungen zur Data Governance aus Art. 10 des kommenden AI Acts,<sup>42</sup> immer mehr zum Kryptonit datengetriebener Projekte und insbesondere der Entwicklung von Systemen auf dem Weg zu künstlicher Intelligenz.

## VII. Das Einmaleins der Rechtsgrundlagen

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO markiert schließlich den Ein-

stieg des EuGH in einen Grundkurs in Sachen Rechtsgrundlagen.<sup>43</sup> Schulbuchmäßig dekliniert er die Tatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO und beginnt, vom Schwung der eigenen Darstellung getragen, mit der informierten Einwilligung, welcher der EuGH mit einer Erinnerungsnote an Art. 9 Abs. 1 DSGVO im konkreten Fall eine besondere Bedeutung beimisst. Außerhalb von Art. 9 Abs. 1 DSGVO könne eine Verarbeitung jedenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn sie trotz fehlender oder nicht kanonischer Einwilligung (nicht informiert, freiwillig, bestimmt oder unmissverständlich) dennoch unter eine der Rechtsgrundlagen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b-f DSGVO subsumierbar ist, wobei das Gericht klarstellt, dass deren Voraussetzungen zum einen in Bezug auf die Erforderlichkeit erfüllt sein müssen und zum anderen eng auszulegen sind.<sup>44</sup> Dieser Teil des Urteils wirkt etwas kryptisch und bedarf kurzer Analyse. Zunächst ist bemerkenswert, dass bei fehlender oder fehlgeschlagener Einwilligung andere Rechtsgrundlagen überhaupt in Betracht gezogen werden können. Praktisch relevant dürfte dies jedoch nur sein, wenn der Verantwortliche auch die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze wie Datenminimierung, Treu und Glauben sowie Transparenz nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO, die beiden letztgenannten primärrechtlich durch Art. 8 der Grundrechtecharta abgesichert, nachweisen kann.<sup>45</sup> Die vom EuGH postulierte „Enge“ der Auslegung der alphabetisch nachfolgenden Rechtfertigungsgründe kann damit erklärt werden, dass die Zweckbestimmung der Einwilligung ja gerade fehlgeschlagen ist und andere Rechtfertigungsgründe die ursprünglich beabsichtigten Zwecke nicht in voller Breite, sondern nur sofern sie objektiv erforderlich sind, ersetzen können. Die zur Begründung herangezogene Rechtsprechung C-175/20 Rn. 73 und deren Verweis auf C-439/19 Rn. 110 ist jedoch ambivalent, da beide Entscheidungen zu nominell unterschiedlichen Tatbestandsmerkmalen Aussagen treffen, nämlich einmal zur Datenminimierung und andererseits zur Erforderlichkeit. Da in der französischen Sprachfassung des Urteils der missverständliche Satzteil „trotz fehlender Einwilligung [...] rechtmäßig“ nicht aufzufinden ist, sollte diesem Punkt vielleicht auch keine zu tiefgreifende Bedeutung hinsichtlich des grundsätzlichen gleichrangigen Verhältnisses der Rechtfertigungsgründe in Art. 6 Abs. 1 DSGVO beigemessen werden.

### 1. Verbraucherschutz- und Datenschutzrecht Hand in Hand: Objektiv unerlässlich

Sodann erläutert der EuGH in begrüßenswerter Klarheit, wann eine Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO als „erforderlich“ anzusehen ist: Die Verarbeitung muss „objektiv unerlässlich“ sein, um

35 Siehe EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 76.

36 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 78.

37 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 82.

38 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 83.

39 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 75.

40 Detailliert: *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997 ff.; zu Scraping und Datenschutz: *Hense* in: Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, Teil 3, Projektspezifischer Datenschutz, Rn. 62 ff.

41 Dem Training von KI-Systemen gehen schlicht die Rechtsgrundlagen aus. Zu dieser Schwierigkeit und den Konsequenzen: *Quezada-Tavarez, Katherine, Dutkiewicz, Lidia, Kraeck, Noémie*, Voicing challenges: GDPR and AI research, (2022, preprint), <https://open-research-europe.ec.europa.eu/articles/2-126>.

42 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206.

43 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 86 ff.

44 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 92 f.

45 EuGH, 4. 5. 2023 – C-60/22, Rn. 57 m. w. N.

einen Zweck zu verwirklichen, der für die betroffene Person Teil der Vertragsleistung ist. Die objektive Unerlässlichkeit der Verarbeitung für die Vertragserfüllung nachzuweisen, ist darüber hinaus Sache des Verantwortlichen.<sup>46</sup>

Diese Schärfe der Anforderungen an die Erforderlichkeit geht dabei deutlich über das hinaus, was in Teilen der deutschen Kommentarliteratur bisher angenommen wurde. Teils wurde das Merkmal der Erforderlichkeit für privatvertragliche Datenverarbeitungen schlicht abgelehnt,<sup>47</sup> teils der Wunsch geäußert, alle objektiv sinnvollen Verarbeitungen als vom Vertragszweck gedeckt anzusehen.<sup>48</sup> Hingegen scheint die österreichische Kommentarliteratur die EuGH-Entscheidung und deren Begründung besser antizipiert zu haben, da hier für den Vertragszweck objektiv nicht notwendige Verarbeitungen auch im Hinblick auf die klaren Vorgaben des EDSA von vornherein ausgeschlossen wurden.<sup>49</sup> Positiv betrachtet bestätigt der EuGH die Rechtsprechung des Kammergerichts, in welcher dieses Datenverarbeitungen zu Zwecken der Werbung oder Produktverbesserung zutreffend als nicht zur Vertragserfüllung erforderlich angesehen hatte.<sup>50</sup> Der EuGH formuliert streng: Die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Erfüllung eines Vertrags gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO muss auf das absolut Notwendige beschränkt werden. Den Verantwortlichen bleibt in Bezug auf ihre Vertrags- und Produktgestaltung zwar noch ein gewisser Spielraum. Dieser Spielraum ist jedoch durch die Anforderungen an die materielle Transparenz in Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 der RL 93/13/EWG („Klauselrichtlinie“) begrenzt. Diese Vorgaben fordern ein Informationsniveau, das Verbraucher in die Lage versetzt, umsichtige und besonnene Entscheidungen zu treffen und insbesondere die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsbedingungen zu erfassen. Juristische Recherchen, z. B. über verteilte Dokumente hinweg dürfen dabei von einem Durchschnittsverbraucher ebenfalls nicht erwartet werden,<sup>51</sup> was die Anforderungen an Einheitlichkeit, Struktur und Verständlichkeit von Nutzungsbedingungen zusätzlich erhöht. Kurz gesagt: Im Vertragsrecht findet man spiegelbildliche Entsprechungen zu den Anforderungen an Bestimmtheit, Granularität und Transparenz von Einwilligungserklärungen. Ausschließlich Vertragsbedingungen, die auch die vorgenannten Kriterien erfüllen, können überhaupt eine taugliche Vereinbarung als Grundlage für Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO darstellen. Hier wirkt die praktische Verzahnung des europäischen Verbraucher- und Datenschutzrechts besonders effektiv, denn neben den in jahrzehntelang gefestigter Rechtsprechung definierten Grenzen von Transparenz und Fairness für Vertragsinhalte in der Klauselrichtlinie untersagt der EuGH den datenschutzrechtlichen Verantwortlichen nun konsequent, das akzessorische Kriterium der Erforderlichkeit von Datenverarbeitungen einseitig und unscharf zu definieren. Hinsichtlich des Online-Netzwerks von Meta erteilt der EuGH den vorgetragenen Vertragszwecken als Rechtfertigungsgrund dann auch eine klare Absage. Das Anzeigen personalisierter Werbung, so das Gericht, mag für den jeweiligen Nutzer vielleicht „von Nutzen“ sein. Objektiv unerlässlich, um die Dienste des sozialen Online-Netzwerks anzubieten, ist die Verarbeitung von „Facebook-Off-Daten“ allerdings nicht.<sup>52</sup> Gleiches gilt nach Auffassung des Gerichts für die „nahtlose Nutzung“ anderer Dienste des Meta-Konzerns. Schließlich bezweifelt das Gericht ausdrücklich, dass die streitgegenständliche Datenverarbeitung für die Bereitstellung eines Online-Netzwerks überhaupt erforderlich ist. Erforderlich im Sinne von unerlässlich ist nach Auffassung des Gerichts wenig von dem, was Meta zu Gericht getragen hat.

## 2. Mehr als eine Fingerübung: Wann überwiegen berechnigte Interessen?

Der EuGH widmet sich ab Rn. 105 des Urteils einem bereits in früheren Entscheidungen deutlich konturierten Thema, nämlich den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, der oft überstrapazierten „Interessenabwägungsklausel“.

In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH eine dreistufige Prüfung entwickelt, die bereits zu Art. 7 lit. f der RL 95/46/EG angewandt wurde und unter Geltung der DSGVO fortgeführt wird.<sup>53</sup> Diese Prüfung umfasst: (1) die Feststellung eines berechtigten Interesses, (2) die Beurteilung der Erforderlichkeit der Verarbeitung für dieses Interesse, und (3) die Abwägung der Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten gegenüber den Rechten des Betroffenen.

Die *lege artis* ausgeführte Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs im Einzelfall bereitet in der Praxis Verantwortlichen erhebliche Schwierigkeiten, da es sich um eine mitunter aufwändige, originär juristische, detaillierte und individuelle Grundrechtsabwägung handelt und nicht um eine rein formularbasierte Fingerübung für Marketingabteilungen oder Unternehmensberater. Viele Verantwortliche scheitern bereits daran, die von ihnen behaupteten berechtigten Interessen hinreichend klar und transparent zu definieren und einer grundlegenden Rechtmäßigkeitsprüfung zu unterziehen, die ja bereits der Wortlaut „berechtigt“ ans Herz legt. Die Interessenabwägung von Verantwortlichen unterliegt in vollem Umfang gerichtlicher Kontrolle, wie der EuGH betont.<sup>54</sup> Der Hinweis, dass Gerichte verpflichtet sind zu prüfen, ob es für die Erreichung der den Betroffenen kommunizierten berechtigten Interessen nicht ebenso wirksame, weniger grundrechtsbelastende Mittel gibt, die dem Verantwortlichen zur Verfügung stehen, gibt den Instanzgerichten verfahrensrechtliche „Segelanweisungen“, sich nicht mit einer oberflächlichen Plausibilitätskontrolle zu begnügen. Den Grundsatz der Datenminimierung gibt der EuGH an dieser Stelle erneut als roten Faden einer Prüfung mit auf den Weg. Der EuGH moniert zudem, dass wolkige Begriffe wie „Forschung und Innovation für soziale Zwecke“ ohne weitere Details nicht prüffähig seien,<sup>55</sup> was Instanzgerichte im Rahmen der den Verantwortlichen nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO treffenden Beweislast zu berücksichtigen wissen werden. Der selektiven Wahrnehmung der Praxis, die den kinderschützenden letzten Halbsatz von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu oft überliest, setzt der EuGH ein abruptes Ende, indem er von Verantwortlichen einfordert, besondere Schutzmaßnahmen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern anzuwenden, was de facto in einem abwägungsbasierten Verarbeitungsverbot für Tracking, Profilierung und andere Werbezwecke resultiert. Doch damit nicht genug, nimmt der EuGH sich auch noch der Marketingabteilungen liebstes Kind, den EG 47 der DSGVO vor und dampft ihn unter Bezug auf dessen S. 4 erheblich ein: Dort, wo Betroffene nicht mit einer Verarbeitung rechnen müssen, hat diese Verarbeitung zu unterbleiben. Der EuGH räumt mit der anbieterseitig mantraartig wiederholten Unterstellung auf, dass bei

46 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 98.

47 Frenzel, in: Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 6 Rn. 14.

48 Schulz, in: Gola/Heckmann, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 6 Rn. 38.

49 Jahnel, DSGVO, 2021, Art. 6 Rn. 26.

50 KG Berlin, 27. 12. 2018 – 23 U 196/13, K&R 2019, 274 ff. – Apple Datenschutzrichtlinie.

51 Zum Themenkomplex zuletzt EuGH, 13. 7. 2023 – C-265/22, Rn. 59, 60.

52 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 102.

53 EuGH, 17. 6. 2021 – C-597/19, K&R 2021, 489 ff. Rn. 106 m. w. N.

54 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 108.

55 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 113.

Nutzung kostenloser Dienste Betroffene ohne seine Einwilligung mit einer umfassenden Verwertung ihrer personenbezogenen Daten zu rechnen hätten,<sup>56</sup> und stellt fest, dass in diesen Fällen die Interessen und Grundrechte von Nutzern gegenüber den werblichen Interessen von Betreibern derartiger Dienste überwiegen. Der EuGH trifft hier eine Abwägungsentscheidung, die sich so bisher nicht im Gesetz findet und die erhebliche Auswirkungen auf die Praxis von sozialen Netzwerken, Online-Werbung und Advertising Technology haben wird. Denn bislang wurde zumindest eine begrenzte werbliche Nutzung von personenbezogenen Daten auf Basis der Interessenabwägungsklausel überwiegend für zulässig gehalten. Ob und inwieweit eine transparente Information über die werbliche Nutzung von personenbezogenen Daten bei „kostenlosen“ Diensten die vom EuGH getroffene Abwägung beeinflussen kann, ist offen, denn der EuGH belässt es nicht bei dieser Feststellung. In Rn. 118 des Urteils formuliert die Große Kammer des EuGH ein Statement, das man durchaus als „1983-Moment“ bezeichnen kann, in Anlehnung an das legendäre Volkszählungsurteil des BVerfG zur informationellen Selbstbestimmung und der damit verbundenen „Informationsaskese“.<sup>57</sup> Die Aufzeichnung eines großen Teils oder gar der gesamten Online-Aktivitäten von Nutzern, so der EuGH, habe erhebliche Auswirkungen auf die von dieser Verarbeitung Betroffenen und könne das Gefühl auslösen, dass das ganze Privatleben überwacht wird. Diese Entscheidung ist ein juristisches Abklingbecken für überhitzte datengetriebene Praktiken, die auf invasivem Tracking von Nutzern auf Apps, Websites sowie durch IoT-Systeme oder im „Metaverse“ basieren. Die Entscheidung gibt Rückenwind für eine wesentlich kritischere juristische Betrachtung bestehender Datenverarbeitungs- und Marketingpraktiken.

Doch nicht nur bei werblichen Interessen sieht der EuGH genau hin, auch beim Punkt „Netzwerksicherheit“ geht er auf Datenpunktebene ins Detail<sup>58</sup> und gibt dem vorlegenden Gericht den Auftrag, kritisch nachzuprüfen, ob Erforderlichkeit und Datenminimierung hinreichend beachtet wurden. Der EuGH erkennt zwar an, dass das Interesse an einer „Produktverbesserung“ per se durchaus ein berechtigtes Interesse darstellen kann. Er zweifelt jedoch an der Erforderlichkeit der geplanten Datenverarbeitung für dieses Ziel, zumal auch die Daten von Kindern betroffen sind. Gerade dieser Punkt dürfte für IT-Dienstleister mit Angeboten von Software/Infrastruktur/AI-as-a-Service künftig einen kritischen Punkt darstellen, zählt doch die Verarbeitung zum „Improvement of Services“ zum gelebten wirtschaftlichen Standard.

Die Ausführungen des EuGH zu den Rechtfertigungsgründen nach Art. 6 Abs. 1 lit. c, d und e DSGVO sind einerseits lesenswert, weil der EuGH in knappen äußerst skeptischen Worten die juristischen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Normen darlegt und andererseits feststellt, dass es angesichts der spärlichen Informationen im Vorlagebeschluss Aufgabe des vorlegenden Gerichts ist, eine abschließende Entscheidung zu treffen.

## VIII. Freiwilligkeit und Zwang

Abschließend widmet sich der EuGH der Frage, ob Einwilligungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a und Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO auch dann wirksam sind, wenn sie gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen erteilt werden. Die Ausführungen des Gerichts sind deshalb von besonderem Interesse, weil Meta vor wenigen Tagen angekündigt hat, zumindest für einen Teil seiner Verarbeitungen die Rechtsgrundlage auf „Consent“ umzustellen. Mögen die Details dieser bisher nur in der

Presse kommunizierten Vorgehensweise noch unklar sein, so stellt sich doch die Frage, an welchen Kriterien eine Einwilligungsabfrage für die verschiedenen Dienste von Meta künftig zu messen ist. Der EuGH argumentiert systematisch und beginnt mit einer Interpretation von EG 42, die besagt, dass echte Freiheit der Wahl und Freiheit von Nachteilen für die normativ-datenschutzrechtliche Freiwilligkeit erforderlich sind. Gemäß EG 43 ist eine Einwilligung unfreiwillig, wenn ein klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht oder wenn es an der Granularität, also der Möglichkeit, sich für oder gegen bestimmte Verarbeitungen zu entscheiden, fehlt. Art. 7 Abs. 4 DSGVO begrenzt diesen, bereits engen Rahmen zusätzlich, indem er den Fokus auf die vom Gesetzgeber kritisch betrachtete Verknüpfung von Vertragsabschluss mit übermäßigen Verarbeitungen legt. Der EuGH äußert sich diplomatisch und stellt fest, dass trotz der marktbeherrschenden Stellung des Verantwortlichen diesem gegenüber wirksame Einwilligungen erteilt werden können. Allerdings muss die wirtschaftlich herausgehobene Position des Verantwortlichen als Kriterium bei der Abwägung im Rahmen von Art. 7 Abs. 4 DSGVO besonders berücksichtigt werden. Je asymmetrischer das Verhältnis zwischen Betroffenen und Verantwortlichem, desto weniger freiwillig wird die Einwilligung sein, und Gerichte müssen die Verarbeitungszwecke und den Verarbeitungsumfang besonders streng auf Legitimität und Erforderlichkeit prüfen. Den Nutzern muss es möglich sein, bestimmte Verarbeitungsvorgänge, die für die Vertragserfüllung nicht unbedingt erforderlich sind, positiv oder negativ auszuwählen. Die Anforderungen an den Detailgrad der Auswahlmöglichkeiten steigen mit der Quantität und Qualität der beabsichtigten Datenverarbeitungen (Rn. 151 des Urteils). Nutzer müssen auch in der Lage sein, den Dienst ohne übermäßige Verarbeitung zu nutzen, auch wenn dies bedeuten kann, dass diese datenschutzfreundliche Variante mit einem angemessenen Preisschild versehen wird. Schließlich wird betont, dass der Verantwortliche für die Freiwilligkeit und die Erfüllung aller sonstigen Anforderungen an Einwilligungserklärungen gemäß Art. 7 Abs. 1 DSGVO den Vollbeweis erbringen muss.

Dass der Verantwortliche nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO die Beweislast auch dafür trägt, „dass die Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und auf rechtmäßige Weise nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden“, ist kein Novum, der EuGH weist jedoch auch in dieser Entscheidung erneut auf diese prozessrechtliche Komponente hin.<sup>59</sup> Für die Verantwortlichen impliziert dies, neben der rechtlichen Justierung ihrer Verarbeitungstätigkeiten, einen erheblichen Aufwand in Bezug auf die zu erbringende Dokumentation.



**Peter Hense**

ist Rechtsanwalt und Gründungspartner bei Spirit Legal LLP. Er ist Experte für Technologierecht und berät zu internationalem IT- und Technologierecht, dem Recht der Nutzung von Daten sowie in der Prozessführung (Privacy Litigation), insbesondere im Bereich Advertising Technology, Machine Learning sowie zur Ethik automatisierter Entscheidungssysteme (Accountable AI).

56 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 117.

57 *Simitis*, KritV 2000, 359 ff.

58 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 120.

59 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492 ff., Rn. 95.