

Herz Jesu-Datenschützer am Werk

Die Europäische Union hat in den vergangenen 30 Jahren manche Institution mächtig gemacht – den Europäischen Gerichtshof, hinter dem selbst nationale Verfassungsgerichte zurückstehen, die Europäische Kommission, die enorme Regulierungs- und Marktmacht entfaltet und ... den Datenschutz. Seit 2018 regelt die Datenschutz-Grundverordnung mit ihren gerade mal 99 Artikeln, exorbitanten Bußgeldern und durchschlagenden Betroffenenrechten, was im digitalen Raum an „Datenverarbeitungen“ geht – und was nicht. Mehr als die Hälfte dieser Vorschriften befassen sich dabei gar nicht mit der Frage, was mit diesen für die Digitalwirtschaft so kostbaren und häufig sensiblen Daten angestellt werden darf, sondern weist staatlichen Stellen, den Datenschutz-Aufsichtsbehörden, zahlreiche Aufgaben und umfassende Befugnisse zu: von der Aufklärung der Öffentlichkeit über Risiken der Datenverarbeitung bis zu Anordnungs- und Vollzugskompetenzen.

Einer neu geschaffenen Institution werden dabei besondere Befugnisse erteilt: dem europäischen Datenschutz-Ausschuss (englisch: EDPB). Er koordiniert die staatlichen Aufsichtsbehörden, sorgt für die gleichmäßige Auslegung der DS-GVO und ihren einheitlichen Vollzug in allen Mitgliedstaaten – und vor wenigen Tagen für erhebliches Aufsehen: Mit einer Positionierung (Opinion) zum Thema Tracking, also der Verfolgung unserer Aktivitäten im Netz, etwa per Cookies (Wer sucht welche Inhalte im Internet? Wer findet welche Inhalte „gut“?). Mit den Resultaten dieses Trackings werden personenscharfe Profile erstellt, die dann von Plattformen wie Google oder Amazon für gezielte weil interessenbasierte Werbemaßnahmen (targeted advertising) genutzt werden – und die das Rückgrat internetbasierter Wirtschaftsmodelle bilden. Werbeeinnahmen finanzieren „kostenlose“ Angebote im Web, von der Suchmaschine über journalistische Artikel bis hin zu Games und Social Media.

Der Datenschützer „Lieblingsgegner“ Facebook (Meta Konzern) versucht seit Jahren, sein eigenes Geschäftsmodell DS-GVO-konform auszurichten – und gerät dabei in den letzten Monaten immer mehr unter Druck: Mögliche Rechtsgrundlagen, welche die DS-GVO für das legale Tracking anbietet, werden Facebook vom EuGH und dem EDPB Stück für Stück aus der Hand genommen. So darf Tracking nicht mehr auf „berechtigte Interessen“ der Anbieter gestützt werden, weil das Schutzbedürfnis der Verbraucher als wichtiger eingestuft wird. Auch eine Vertragslösung (Webangebot gegen persönliche Daten) wurde vom EuGH als unpassend abgelehnt. Blieb damit nur noch die Einwilligung, das Königsrecht eines jeden Betroffenen, selbst zu entscheiden, was mit seinen Daten geschehen soll. Facebook hatte, wie viele deutsche Anbieter (und Verlage) auch, auf ein Wahlmodell gesetzt („Pay or Consent“ bzw. Pur Abo-Modell), das dem an Internet-Artikeln Interessierten die Auswahl zwischen einer Zustimmung zum Tracking oder dem Erwerb eines kostenpflichtigen Abonnements der Leistungen anbietet. Nachdem die Aufsichtsbehörden angekündigt hatten, sich die Höhe der Abo-Kosten genau ansehen zu wollen, ob die alternativ abgegebene Einwilligung auch wirklich freiwillig erfolgte oder unter erheblichem ökonomischem Druck stand, senkte Facebook sogar noch seine Abo-Preise von 10 auf 6 €/Monat.

Doch an genau dieser Stelle setzt die im April veröffentlichte Opinion des EDPB an und fordert nunmehr, dass Anbieter immer auch eine dritte Variante vorzuhalten haben, die (so gut wie) trackingfrei und kostenlos sein müsste.

Dieser Frontalangriff auf internetbasierte Wirtschaftsmodelle findet nur eine äußerst rudimentäre Basis in der DS-GVO, die lediglich fordert, dass Einwilligungen „freiwillig“ sein müssen. Die extreme Positionierung des EDPB ist umso mutiger, als diese Versammlung nationaler Aufsichtsbehörden eine „klare und bestimmte“ Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Geschäfte der Inhalte-Anbieter im Netz benötigten – es also gerade nicht um eine enthusiastische Maximalforderung von Verbraucherverbänden geht, sondern um staatliche Wirtschaftsregulierung. Und mit der Einschränkung der Einwilligung zugleich die Teilhabemöglichkeiten der Nutzer beschränkt werden – gerade derjenigen, die über wenig Geld verfügen.

Der ideologische „Überbau“ dieser grundstürzenden Behördenforderung wird im selben Papier gleich mitgeliefert – und es lohnt sich, ihn genau zu lesen: „EDPB recalls that personal data cannot be considered as a tradeable commodity.“ (Der Datenschutz-Ausschuss ruft in Erinnerung, dass personenbezogene Daten nicht als handelbares Gut angesehen werden können.) Persönliche Daten zu „res extra commercium“ zu erklären und aus dem Wirtschaftskreislauf herauszunehmen, ist eine elementare Grundentscheidung, welche sicherlich nicht einer Vollzugsbehörde zusteht, sondern alleine dem Gesetzgeber gebührt. Und auf rechtfertigende Gesetze vermag sich der EDPB nicht zu berufen: Als Quelle seiner Rechtserkenntnis gibt er neben einem Verweis auf eigene frühere Äußerungen (EDPB Guidelines on Article 6(1)(b) GDPR, Ziff. 54) lediglich eine Richtlinie der EU-Kommission aus dem Jahre 2019 an – welche seine Opinion aber gar nicht stützt: Diese Richtlinie (EU) 2019/770 vom 20. Mai 2019 über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen möchte lediglich sicherstellen, dass bei Geschäftsmodellen, bei denen „der Verbraucher keinen Preis zahlt“, die Verbraucher „Anspruch auf vertragliche Rechtsbehelfe haben“ – nicht mehr, nicht weniger. Auch die DS-GVO sieht solche Einschränkungen der Marktfähigkeit personenbezogener Daten nicht vor, sondern garantiert sogar den „freien Verkehr“ dieser Daten „in der Union“ (Art. 1 Abs. 3) und lässt natürlich auch die Verarbeitung dieser Daten „zur Erfüllung eines Vertrags“ (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO) zu. Auch der EuGH hatte kürzlich keinerlei Zweifel an einem „Pay or content“-Modell geäußert (in der Entscheidung „Bundeskartellamt“).

Mit seiner Argumentation, die Ausübung von Grundrechten (dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung) dürfe nicht von einer Zahlung abhängig gemacht werden, verkennt der EDPB zudem die Zielrichtung von Grundrechten: Sie richten sich nicht gegen Unternehmen, sondern gegen den Staat – und sie umfassen gerade nicht die gegenleistungsfreie Inanspruchnahme fremder Leistungen. Der EDPB unterminiert damit wesentliche Teile der Geschäftsmodelle im Netz, auch auf Basis seiner Relativierungen (in most cases) lassen sich keine verlässlichen Geschäfte (mehr) betreiben. Und all dies entwickelt der EDPB jenseits der Öffentlichkeit und ohne Beteiligungsmöglichkeiten Betroffener. Für die vollziehende Gewalt unstatthaft ist auch die vom EDPB betriebene Einführung einer der DS-GVO unbekanntem Gruppe von Verantwortlichen, den "large online platforms". Rechtsquellenübergreifend fremde Rechtsbegriffe aus dem Digital Services Act bzw. dem Digital Markets Act in die DS-GVO zu

übertragen, steht nicht dem EDPB, sondern allein dem Gesetzgeber zu. Insgesamt gesehen verlässt der EDPB mit dieser Opinion also den Bereich nachvollziehbarer Auslegung der DSGVO und agiert ohne gesetzliche Befugnis eminent rechtspolitisch. Gleichzeitig setzt sich der EDPB in klaren Widerspruch zur Datenstrategie der EU – insbesondere mit Blick auf den Data Act und den European Health Data Space. Kein Wunder also, dass Thomas Fuchs, Datenschutzbeauftragter der Hansestadt Hamburg und an den Vorarbeiten der Opinion beteiligt, kritisierte, die getroffene Entscheidung sei „nicht mehr seine“- was den Bundesbeauftragten allerdings von einer Zustimmung im EDPB nicht abhielt. Offenbar haben die Herz Jesu-Datenschützer im EDPB übernommen – bleibt abzuwarten, ob die Juristen des EuGH sie wieder einfangen.

Dr. Stefan Brink ist Direktor des wissenschaftlichen Instituts für die Digitalisierung der Arbeitswelt wida/Berlin und Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg a.D.