toweniger die Rechte und Freiheiten dieser Beschäftigten beeinträchtigen kann. Wenn die Wahrnehmung des Rechts auf Auskunft und die Rechte und Freiheiten anderer Personen miteinander kollidieren, sind diese beiden Rechte und Freiheiten gegeneinander abzuwägen. Nach Möglichkeit sind Modalitäten zu wählen, die die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht verletzen, wobei zu berücksichtigen ist, dass diese Erwägungen nicht dazu „*führen* [dürfen]*, dass der betroffenen Person jegliche Auskunft verweigert wird*".

Bearbeiter: Dietmar Jahnel

EuGH: Bundeskartellamt darf DSGVO-Verstöße in Wettbewerbsverfahren prüfen

» jusIT 2023/88

§ AEUV: Art 102
EUV: Art 4 Abs 3
VO (EU) 2016/679: Art 4 Z 11, Art 6 Abs 1 lit a–d und f, Abs 3 und 4, Art 7, 8, 9 Abs 1 und Abs 2 lit a und e, Art 51 ff
GWB: §§ 19, 32 Abs 1, § 50f Abs 1

EuGH 4. 7. 2023, C-252/21 (Meta Platforms u.a. – AGB für die Nutzung eines sozialen Netzwerks)

1. Auch nationale Wettbewerbsbehörden dürfen bei der Prüfung, ob ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein Unternehmen iSv Art 102 AEUV vorliegt, feststellen, dass die Allgemeinen Nutzungsbedingungen (AGB) dieses Unternehmens (hier: Meta) mit der DSGVO nicht vereinbar sind, wenn diese Feststellung erforderlich ist, um das Vorliegen eines Missbrauchs zu belegen. Dies hat unter Berücksichtigung von Sach- und Rechtsstandpunkten der zuständigen Datenschutzbehörden zu erfolgen.
2. Das Verarbeitungsverbot für besondere kategorisierte Daten nach Art 9 Abs 1 DSGVO besteht unabhängig davon, ob die von der einzelnen Verarbeitungstätigkeit offengelegte Information wahr ist oder nicht, und ob der Verantwortliche mit dem Ziel handelt, Informationen zu erhalten, die unter eine der in dieser Bestimmung genannten besonderen Kategorien fallen.
3. Wenn ein Datensatz, der sowohl sensible als auch nicht sensible Daten enthält, Gegenstand von Verarbeitungsvorgängen ist und insb als Ganzes erhoben wird, ohne dass die Daten zum Zeitpunkt dieser Erhebung voneinander getrennt werden können, fällt die Verarbeitung dieses Datensatzes unter Art 9 Abs 1 DSGVO, sofern sie mindestens ein sensibles Datum umfasst.
4. Die Anwendung der in Art 9 Abs 2 DSGVO genannten Ausnahmen ist restriktiv zu handhaben. So ist etwa für die in Art 9 Abs 2 lit e DSGVO von der betroffenen Person offenkundig bekannt gegebenen Daten zu prüfen, ob die Betroffenen die Absicht hatten, die fraglichen personenbezogenen Daten ausdrücklich und durch eine eindeutige bestätigende Handlung der breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dies setzt die volle Kenntnis der Sachlage durch die Betroffenen voraus.
5. Die Rechtfertigungsgründe nach Art 6 Abs 1 lit b–f DSGVO sind eng auszulegen. Ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten aus einem der in Art 6 Abs 1 lit b–f DSGVO vorgesehenen Gründe erforderlich, muss nicht mehr geprüft werden, ob diese Verarbeitung auch unter einen anderen Rechtfertigungsgrund fällt.
6. Umfasst ein Vertrag mehrere Dienstleistungen oder mehrere eigenständige Elemente, die unabhängig voneinander erbracht werden können, ist die Rechtmäßigkeit nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO für jedes dieser Dienstleistungselemente gesondert zu beurteilen.
7. Die Personalisierung von angezeigten Inhalten für den Nutzer eines sozialen Netzwerks entspricht zwar seinen Interessen, ist aber nicht erforderlich, um dem Nutzer die Dienste des sozialen Online-Netzwerks anzubieten. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten, die aus anderen Diensten des Meta-Konzerns als dem des sozialen Online-Netzwerks stammen, ist jedenfalls nicht erforderlich, um die Dienste des Online-Netzwerks zu ermöglichen.
8. Selbst bei unmittelbarer Unentgeltlichkeit der Dienste eines sozialen Online-Netzwerks kann der Nutzer dieses Netzwerks vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass seine Daten vom Diensteanbieter ohne wirksame Einwilligung zum Zweck der Personalisierung der Werbung verarbeitet werden.
9. Die Interessen und Grundrechte eines Nutzers eines sozialen Online-Netzwerks überwiegen gegenüber dem Interesse des Betreibers an einer solchen Personalisierung der Werbung, mit der er seine Tätigkeit finanziert, sodass die von ihm zu solchen Zwecken vorgenommene Verarbeitung nicht nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO gerechtfertigt werden kann.
10. Die Einwilligung iSv Art 4 Z 11 DSGVO ist freiwillig, wenn dem Nutzer für Datenverarbeitungen, die für den Vertrag nicht erforderlich sind, eine gleichwertige Alternative – gegebenenfalls ein angemessenes Entgelt – angeboten wird, die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht.

Anmerkung des Bearbeiters:

Im aus Deutschland stammenden Ausgangsfall untersagte das Bundeskartellamt (BKartA) bereits 2019 Meta Platforms, in den (konzernweiten) Allgemeinen Nutzungsbedingungen (AGB) den Zugang zum Social-Media Dienst Facebook von der Einwilligung in die Datenverarbeitung abhängig zu machen. Zugleich verbot

es dem Unternehmen, die Daten ohne Einwilligung der Nutzer zu verarbeiten.

Um sich bei Facebook anzumelden, mussten nämlich die Nutzer:innen den AGB und den Richtlinien für die Verwendung von Daten und Cookies zustimmen. Diese gestatteten es Meta, ua Daten über die Aktivitäten innerhalb und außerhalb der Plattform zu erfassen und sie den Facebook-Konten der User:innen zuzuordnen. Wenn Nutzer:innen also zeitgleich auf anderen Websites surften, verwendete Meta diese Daten, um Werbung, die die Nutzer:innen auf Facebook angezeigt bekamen, auf deren Präferenzen zu individualisieren. Auch die Nutzungsdaten anderer Plattformen des Meta-Konzerns, wie etwa Instagram und WhatsApp, wurden auf diese Weise verarbeitet. Das BKartA wertete diese Geschäftspraxis als Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung iSv § 19 GWB. Zur Begründung verwiesen die Wettbewerbshüter:innen auf die DSGVO, mit der eine solche Praxis nicht im Einklang stünde. Meta würde damit seine beherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für soziale Online-Netzwerke missbrauchen. Das Unternehmen wehrte sich dagegen vor dem OLG Düsseldorf. Dieses setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH zusammengefasst die Hauptfrage vor, ob nationale Wettbewerbsbehörden DSGVO-Verstöße überhaupt prüfen dürften (vgl OLG Düsseldorf 24. 3. 2021, Kart 2/19 [V], GRUR 2021, 874). Daneben hatte der EuGH noch sechs weitere Datenschutzfragen ergänzend zu beantworten. Die Fragen 2–6 betrafen zentral die Datenverarbeitung durch Facebook. Das vorlegende deutsche Gericht hielt die Registrierung bei Facebook für eine nicht wirksame Einwilligung iSv Art 4 Z 11 DSGVO. Ferner sollte die Definition sensibler Daten nach Art 9 DSGVO ebenso geklärt werden wie die Voraussetzungen der Erlaubnistatbestände nach Art 6 Abs 1 lit b und f DSGVO.

Die Große Kammer traf eine (weitreichende) Grundsatzentscheidung und machte deutlich, dass nationale Wettbewerbsbehörden in Kartellverfahren durchaus zur Feststellung von Verstößen gegen die DSGVO berechtigt sind. Dabei bildet die marktbeherrschende Stellung des Verantwortlichen einen wesentlichen Aspekt für die Prüfung, ob etwa die Einwilligung in die Datenverarbeitung überhaupt freiwillig und damit wirksam sein kann.

Der EuGH setzte einer ausufernden Prüfung des Datenschutzrechts durch Kartellbehörden jedoch klare Grenzen: Diese sollten nicht die Aufgaben der für den Datenschutz originär zuständigen Aufsichtsbehörden wahrnehmen. Die Prüfung möglicher DSGVO-Verstöße durch eine Wettbewerbsbehörde erfolgt „*ausschließlich, um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung festzustellen und gemäß den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften Maßnahmen zur Abstellung dieses Missbrauchs aufzuerlegen*“, lautet die Pressemitteilung des Gerichts (PM Nr 113/2023 vom 4. 7. 2023, abrufbar unter <curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_4029631/de/> [7. 9. 2023]). Gegebenenfalls müssen sich die beiden Behörden miteinander abstimmen. Hat daher die zuständige Datenschutzbehörde bereits eine bestimmte Praxis auf ihre DSGVO-Konformität hin geprüft, darf sich das Kartellamt über diese Entscheidung nicht hinwegsetzen.

Abgesehen von den wettbewerbsbezogenen Aspekten verdient das vorliegende Urteil eine nähere Betrachtung aus datenschutzrechtlicher Perspektive. Dabei lässt sich schwerpunktmäßig Folgendes festhalten:

- *Besonders kategorisierte Daten*: Das Urteil führt zu einer erheblichen Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art 9 DSGVO. Nach der bisherigen Spruchpraxis der Datenschutzbehörden (DSB 7. 6. 2018, DSB-D202.207/0001-DSB/2018 [Analyse der Straßenoberfläche und des Straßenraumes], Dako 2019/12, 17 [*Haidinger/Weiss*] = jusIT 2019/32, 89 [krit *Jahnel*], unter Fortschreibung von DSK 10. 4. 2013, K202.120/0002-DSK/2013 [E-Cars]) sollte Art 9 DSGVO nur anwendbar sein, wenn eine spezifische Auswertungsabsicht des Verantwortlichen bestand. Nach dem vorliegenden Urteil (Rz 69) hängt die Anwendung hingegen *nicht* davon ab, dass der Verantwortliche mit dem Ziel handelt, gerade besonders sensible Informationen zu erhalten (vgl bereits EuGH 1. 8. 2022, C-184/20 [Vyriausioji tarnybines etikos komisija], jusIT 2023/11, 29 [*Jahnel*] = ÖJZ 2022/116, 962 [*Lehofer*] = ZIIR 2022, 446 [*Thiele*], und *EDSA*, Leitlinien 3/2019, Rz 63 f, sowie Leitlinien 8/2020, Rz 121 ff). Die Große Kammer folgt in ihrem nunmehrigen Urteil ausdrücklich dem Schlussantrag von GA *Santos* (20. 9. 2022, C-252/21 Rz 41, ECLI:EU:C:2022:704), der wiederum wörtlich auf ein entsprechendes Vorbringen von Meta eingegangen war. Ob der EuGH auch in anderem Kontext zwingend einen derart weiten Anwendungsbereich von Art 9 DSGVO befürworten würde, etwa bei der Verarbeitung von Bildaufnahmen, bleibt aber – bedauerlicherweise – noch ungeklärt.
- *Rechtfertigungsgründe der Verarbeitung (nicht besonders kategorisierter) personenbezogener Daten*: Der EuGH prüft durchaus alle in Art 6 Abs 1 DSGVO genannten Rechtsgrundlagen und äußert sich dabei auch allgemein zu den jeweils geltenden Maßstäben. Losgelöst von den einzelnen Rechtsgrundlagen enthält die Entscheidung der Großen Kammer zudem zwei wesentliche, über den Anlassfall hinausreichende Feststellungen: Datenverarbeitungen können auch dann auf eine gesetzliche Rechtsgrundlage gestützt werden, wenn eine Einwilligung fehlt oder die Voraussetzungen von Art 4 Z 11 DSGVO nicht erfüllt sind (Rz 92 des Urteils). Es besteht daher *keine Sperrwirkung* der fehlenden bzw unwirksamen Einwilligung gegenüber anderen Rechtsgrundlagen, sondern vielmehr das Prinzip der Reserverechtmäßigkeit (deutlich *Jahnel*, DSGVO Art 6 Rz 7 ff mwH).
  Die Rechtfertigungsgründe nach Art 6 Abs 1 lit b–f DSGVO sind und bleiben *eng auszulegen*, da sie dazu führen könnten, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten trotz fehlender Einwilligung der betroffenen Person rechtmäßig ist (Rz 93 des Urteils). Hier wertet der EuGH die gesetzlichen Rechtsgrundlagen also umgekehrt wieder ab, weil er sie scheinbar als Ausnahme zu der Einwilligung als Regel begreift (deutlich *Füllsack/Kirschke-Biller*, Das EuGH-Urteil in Sachen Meta ua/BKartA aus datenschutzrechtlicher Sicht, CR 2023, 508 [509]). Dennoch stehen mE alle Rechtsgrundlagen innerhalb des Art 6 Abs 1

DSGVO *gleichwertig* nebeneinander (vgl ebenso BVwG 15. 5. 2023, W245 2237138-1 [Legal Counsel Schockrechnungen]).

- *Einwilligungsthematik*: Zum Aspekt der *Freiwilligkeit* vertritt der EuGH eine bemerkenswert klare Auffassung (Rz 150 des Urteils), die außerhalb von sozialen Netzwerken durchaus der Datenschutzpraxis entspricht (vgl DSB 16. 4. 2019, DSB-D213.679/0003-DSB/2018 [Sommerrodelbahn Action Cam], jusIT 2019/94, 251 [*Jahnel*] = ZIIR 2020, 61 [*Thiele*]). Damit darf die Einwilligung keine zwingende Voraussetzung für die Nutzung des Netzwerks sein (ebenso *EDSA*, Leitlinien 8/2020, Rz 57). Die Große Kammer leitet die allgemeinen Anforderungen an die Freiwilligkeit zutreffend aus ErwGr 42 und 43 DSGVO ab. Offen bleibt aber auch hier, welche Gewichtung dabei der marktbeherrschenden Stellung von Meta zukommt, maW, ob in anderen Fällen die Freiwilligkeitstoleranz größer ist (vgl DSB 30. 11. 2018, DSB-D122.931/0003-DSB/2018 [derStandard.PUR], jusIT 2019/31, 88 [*Schwamberger*] = MR 2018, 318 [*Jakúbek/Panic*] = ZIIR 2019, 39 [*Thiele*]). Schließlich ist auch auf die einzelnen Verarbeitungstätigkeiten abzustellen. Betroffene müssten bei der Verarbeitung im Zusammenhang mit einem sozialen Netzwerk *vernünftigerweise* nicht mit der Einbeziehung von Daten rechnen, die außerhalb dieses Netzwerks erhoben wurden (Rz 151 des Urteils). Damit rücken getrennte bzw gesonderte Einwilligungserklärungen in den Fokus der Datenschutzpraxis.

Die datenschutzrechtlichen Konsequenzen des vorliegenden Urteils sind nicht nur für Meta Platforms und „*Kartellrechtler:innen*" sehr weitreichend; auch Anbieter sog „*Selbstoptimierungsapps*" seien gewarnt: Als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage ist eine freiwillige Einwilligung des Betroffenen erforderlich. Sich dem dadurch zu entziehen, dass das Anbieten personalisierter Werbung als vertragliche Leistung in die AGB aufgenommen wurde, hat bei Meta bislang nicht funktioniert.

Ausblick: Nach der deutlichen Positionierung des EuGH zugunsten der Wettbewerbshüter:innen geht der Streit zurück an das OLG Düsseldorf und wird wohl noch das deutsche Höchstgericht beschäftigen, das dann seinen „*Facebook-Hängebeschluss*" (BGH 8. 3. 2021, KVR 96/20) meritorisch abhandeln darf. Dabei wird es letztlich auch zu prüfen haben, ob die von Meta geübte Praxis der Datenverarbeitung unter einen in der DSGVO genannten Rechtfertigungsgrund iSv Art 6 und/oder Art 9 leg cit fallen könnte. Hierüber hat mE der EuGH nicht abschließend entschieden, äußerte jedoch Zweifel. Allein der Umstand, dass sich Meta mit personalisierter Werbung finanziert, reicht nach Ansicht der Großen Kammer jedenfalls nicht aus, um die fragliche Datenverarbeitung zu rechtfertigen.

Die deutschen Kartellgerichte werden sich an das halten, was die Große Kammer in über 150 Randzahlen vorgegeben hat. Damit wird der Meta-Konzern bei allen seinen Kund:innen von Facebook, Instagram und WhatsApp vermutlich erneut um Einwilligungen ersuchen müssen, ob sie mit der Datensammelwut einverstanden sind. Die Nutzer:innen müssen die freie Wahl haben, die Einwilligung also auch verweigern können, ohne gravierende Funktionsbeeinträchtigung hinnehmen zu müssen. Damit steht das Geschäftsmodell „*Daten gegen Service*" einmal mehr auf dem juristischen Prüfstand.

Zusammenfassend hat der EuGH entschieden, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Kartellrechts missbraucht wird, auch einen Verstoß gegen die DSGVO prüfen und feststellen kann. Aufgrund ihrer Bindung an den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit muss die Kartellbehörde dabei jedoch eine etwaige Entscheidung oder Untersuchung durch die nach der DSGVO zuständigen Aufsichtsbehörden berücksichtigen. Gleichzeitig hat das Unionshöchstgericht durch strenge Vorgaben an die Rechtmäßigkeit der datenverarbeitenden Geschäftsmodelle von Meta ein Ende des Zeitalters des *Überwachungskapitalismus* eingeläutet und die Grundrechte der Nutzer:innen gestärkt – mit seinem Urteil vom 4. Juli, dem US-amerikanischen *Independence Day*!

Bearbeiter: Clemens Thiele

OGH: Einsichtnahme des Arbeitgebers in den E-Mail-Account des ausgeschiedenen Mitarbeiters zulässig

» jusIT 2023/89

§ VO (EU) 2016/679: Art 6 Abs 1 lit f, Art 82
DSG: §§ 1, 29
AngG: § 27

\# OGH 28. 6. 2023, 6 ObA 1/22y (Schimpf-Nachrichten II)

1. Bei der Prüfung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ist gemäß folgendem Prüfschema vorzugehen: Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist unter drei kumulativen Voraussetzungen zulässig, nämlich:
   - Erstens muss von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von einem Dritten ein berechtigtes Interesse wahrgenommen werden,
   - zweitens muss die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses erforderlich sein und
   - drittens dürfen die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der Person, deren Daten geschützt werden sollen, nicht überwiegen.
2. Darüber hinaus können weitere Erlaubnisnormen nach Art 6 Abs 1 UAbs 1 DSGVO auch nebeneinander bestehen. Daraus ergibt sich, dass grds alle Tatbestände gleichwertig sind und nicht etwa die Einwilligung iSv Art 6 Abs 1 lit a DSGVO zwingend neben einem weiteren Tatbestand erfüllt sein muss.
3. Der verantwortliche Arbeitgeber (hier: ein privates Unternehmen) ist infolge einer nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO durchzuführenden Interessenabwägung be-