

Thilo Weichert

# Datenschutzverstoß als Geschäftsmodell – der Fall Facebook

Mit dem Börsengang im Mai 2012 hat Facebook einige Milliarden Dollar eingesammelt. Dies war nur durch eine personenbezogene Datenverarbeitung möglich, die in Deutschland und Europa gegen Datenschutzrecht verstößt. Der Beitrag untersucht, weshalb ein datenschutzwidriges Geschäftsmodell zumindest mittelfristig erfolgreich sein konnte und wie dies in Zukunft verhindert werden kann.

## 1 Einleitung

Die Regeln zum Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich schützen „Individualrechtspositionen“ und seien, „ungeachtet dessen, dass sich ihre Verletzung im Geschäftsleben durchaus auswirken kann, grds. keine Marktverhaltensregelungen“, so die herrschende Rechtsprechung und explizit das Oberlandesgericht (OLG) München.<sup>1</sup> 'Gefällt mir'-Buttons von Facebook auf der Internetseite eines Online-Händlers sind unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich, selbst wenn sie gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen, so das Kammergericht (KG) Berlin.<sup>2</sup> Diese Behauptungen befremden angesichts des Umstands, dass Facebook, dessen Grund-Geschäftsmodell, zumindest nach deutschem und europäischem Recht, auf einem fortgesetzten systematischen Datenschutzrechtsverstoß basiert, am 17.05.2012 mit einem Einstiegswert von über 100 Mrd. Dollar an die Börse ging.<sup>3</sup>

Die Rechtsprechung hat bisher oft schneller als der Gesetzgeber auf die Herausforderungen des Internet reagiert. Sie musste und muss reagieren, weil viele offensichtliche Konflikte, bei denen eine gesetzgeberische Klärung unterblieb, nach zumindest vorläufigen und ansatzweise befriedenden Lösungen schreien. Mit dem Datenschutz im Internet wiederholt sich nun das, was hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes generell vor 50 Jahren vorexerziert werden musste: Der Schutz von prominenten „Herrenreitern“ fand schnell eine adäquate Lösung in Gerichtsurteilen; der Schutz des einfachen Volkes durch den Gesetzgeber lässt

weiter auf sich warten. Die vorhandenen Lösungsvorschläge, die von Gerichten in Einzelfällen aufgegriffen wurden, müssten all-gemeingültig und verbindlich vom Gesetzgeber festgelegt werden. Solange der Gesetzgeber keine expliziten praktikablen Regelungen erlassen hat, können auf Datenschutzverstößen basierende Geschäftsmodelle profitabel etabliert und betrieben werden.

Wir befinden uns in einer technikgetriebenen rasanten informationsgesellschaftlichen Entwicklung – kulturell, sozial, ökonomisch. In den Feuilletons und Wirtschaftsseiten von Zeitungen ist seit Jahren zu lesen, dass die zentrale Währung im Internet personenbezogene Daten sind.<sup>4</sup> Die logische Konsequenz dessen ist, dass die datenschutzwidrige Beschaffung personenbezogener Daten gegenüber den sich rechtskonform verhaltenden Wettbewerbern einen unzulässigen monetären Wettbewerbsvorteil, also eine Wettbewerbsverletzung darstellt. Aus diesem Umstand haben die meisten Gerichte bisher nicht die rechtlich zwingenden Schlüsse gezogen. Auch bei Politikern hat hierüber noch kein Nachdenken begonnen. Im Folgenden soll am Beispiel Facebook demonstriert werden, wie ein „Geschäftsmodell Datenschutzverstoß“ – vorläufig erfolgreich – funktioniert. Dieses soziale Netzwerk zeigt in erschreckender Weise, wie ineffektiv unser rechtsstaatliches System sein kann, wenn gewichtige ökonomische und politische Interessen im Spiel sind.

Gemäß dem Börsenprospekt von Facebook vom Februar 2012 hat das Unternehmen im Jahr 2011 3,7 Mrd. US-Dollar (ca. 2,8 Mrd. Euro) Umsatz und damit 1 Mrd. Dollar (ca. 750 Mio. Euro) Gewinn gemacht. 3,15 Mrd. Dollar, also 82% des Umsatzes wurden über zielgerichtete Werbung eingenommen. Von den 901 Mio. Nutzenden – dies sind knapp 15% der Weltbevölkerung – kommen ca. 22 Mio. aus Deutschland. Laut einer Studie des Branchenverbandes Bitkom nutzen 32% der deutschen Firmen die kostenlosen Facebook-Fanpages.<sup>5</sup> Angesichts einer Börsenkapitalisierung von über 100 Mrd. Dollar ließ sich zumindest vorläufig der „Wert“ eines Facebook-Accounts mit ca. 100 Dollar beziffern. Facebook steht in direkter globaler Konkurrenz zu Apple, Google und Amazon, deren Geschäftsmodelle auch zu einem großen Teil darauf basieren, über das Netz gesammelte Datenprofile für zielgerichtete Werbung einzusetzen und diese zu vermarkten.<sup>6</sup>

1 OLG München, DuD 2012, 609 ff.; dagegen schon früh Weichert, VuR 2006, 377 ff.; aktuell Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449 ff.

2 KG Berlin, DuD 2011, 733 ff. = CR 2011, 468 ff.; so auch schon LG Berlin, DuD 2011, 429.

3 Zur Ökonomisierung der Privatsphäre generell Hess/Schreiner, DuD 2012, 105 ff.; rechtlich Weichert, NJW 2001, 1463 ff.



**Dr. Thilo Weichert**

ist Landesbeauftragter für Datenschutz Schleswig-Holstein und damit Leiter des Unabhängigen Landesentrums für Datenschutz (ULD) in Kiel.

E-Mail: uld1@datenschutzzentrum.de

4 Lill/Müller/Scheidl/Schmundt, Falsche Fans, Der Spiegel 30/2012, 128 ff.

5 Kleinz, Die Milliarden-Maschine c't 12/2012, S. 82 f.

6 Bethge/Brauck/Müller/Rosenbach/Schmundt/Schulz/Tietz, Die fanatischen Vier, Der Spiegel 49/2011, 70 ff.

## 2 Der notorische Rechtsverletzer Facebook

Dass das soziale Netzwerk Facebook in vielerlei Hinsicht gegen zentrale Datenschutzvorschriften verstößt, ist von Autoren, Aufsichtsbehörden und einigen Gerichten sowie ausführlich in Online- und Offline-Medien dargestellt worden.<sup>7</sup> Im Folgenden sollen übersichtsartig die wichtigsten strukturellen Datenschutzverstöße von Facebook aufgelistet werden (wobei v. a. auf das BDSG Bezug genommen wird):

- ◆ Notwendige Einwilligungen, etwa bei der Datenübermittlung ins außereuropäische Ausland oder beim Setzen von Cookies, die nicht zur Dienstleistung benötigt werden, werden nicht eingeholt (§ 4c Abs. 1 Nr. 1 BDSG, Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-Richtlinie).
- ◆ Eingeholte Einwilligungen genügen nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen (§ 4a BDSG, § 13 Abs. 2, 3 TMG).
- ◆ Allgemeine Geschäftsbedingungen, also die Nutzungsbestimmungen und die Datenschutzrichtlinien, enthalten überr-

schende, verbraucherschädigende und aus sonstigen Gründen rechtlich unwirksame Klauseln (§§ 305 ff. BGB).<sup>8</sup>

- ◆ Die gesetzlich geforderte Möglichkeit für Betroffene, ihre Ansprüche auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung durchzusetzen, wird teilweise völlig, in jedem Fall aber weitgehend verweigert und unangemessen behindert (§§ 6, 34, 35 BDSG).
- ◆ Den Informations- und Impressumspflichten wird nicht vollständig genügt (§§ 5, 6 13 Abs. 1 TMG).
- ◆ Die datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeiten lassen sich für alle Beteiligten, insbesondere auch für die Betroffenen und für Aufsichtsbehörden, nicht klar erkennen (§§ 3 Abs. 7, 4 Abs. 3 BDSG).
- ◆ Die Pflicht zur vollständigen Löschung von Daten, etwa wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, nach Abschalten eines Accounts oder wegen Zeitablaufs, wird nicht umgesetzt (§ 35 Abs. 2 BDSG).
- ◆ Daten Dritter werden ohne Einwilligung und ohne gesetzliche Legitimation verarbeitet (§§ 28, 29 BDSG, §§ 14, 15 TMG).
- ◆ Beim Einsatz des biometrischen Verfahrens der Gesichtserkennung werden die schutzwürdigen Betroffeneninteressen missachtet (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG).<sup>9</sup>
- ◆ Den besonderen Legitimationsanforderungen für die Verarbeitung von sensiblen Daten wie z. B. Gesundheitsdaten wird nicht genügt (§§ 3 Abs. 9, 4a Abs. 3, 28 Abs. 6-9 BDSG).

<sup>7</sup> Siehe zum Ganzen u. a. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 28./29.09.2011 in München, Datenschutz bei sozialen Netzwerken jetzt verwirklichen; LG Berlin, DuD 2012, 457; dazu Schwenke, Nutzer dürfen nicht zur Ware werden, www.lto.de 13.03.2012; LG Aschaffenburg, U. v. 19.08.2011, Az. 2 HK O 54/11, BeckRS 2011, 24110; Bahr, Facebook: Eine datenschutzrechtliche Analyse, website boosting 11-12.2010; Big-Brother-Award 2011, FfF-Kommunikation 2/2011, 20 ff.; Ernst, NJOZ 2010, 1917 u. NJW 2010, 2989; Jandt/Roßnagel, ZD 2011, 160 ff.; Laue, Datenschutz-Berater 2011, 11 ff.; Polenz, VuR 2012, 207 ff.; Roosendaal, Facebook Tracks and Traces Everyone: Like This!, Tilburg Law School Legal Studies Research Series No. 03/2011; ULD, Soziale Netzwerke: Wo hört der Spaß auf? Blaue Reihe 7; a. A. Voigt/Alich, NJW 2011, 3541.

<sup>8</sup> Zur neuen Google-Datenschutzerklärung Becker/Becker, MMR 2012, 351 ff.

<sup>9</sup> HmbBfDI, DuD 2011, 743; HmbBfDI, Verfahren gegen Facebook vorläufig ausgesetzt, PE vom 07.06.2012.

- ◆ Es erfolgt bei Profilerstellungen keine hinreichende Information und es wird keine Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt (§ 15 Abs. 3 TMG).
- ◆ Die pseudonyme oder (passiv) anonyme Nutzung wird trotz der grundsätzlichen Möglichkeit nicht zugelassen (§ 13 Abs. 6 TMG).
- ◆ Der Minderjährigenschutz wird nicht beachtet (u. a. §§ 106 ff. BGB).
- ◆ Angebotene Bezahlverfahren entsprechen nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen (§§ 28-28b BDSG).
- ◆ Die Inhalte der Individualkommunikation werden unter Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses aus Sicherheitsgründen kontrolliert (§ 88 TKG).<sup>10</sup>
- ◆ Die verwendeten technisch-organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen sind ungenügend (§ 9 BDSG mit Anlage).

Dass diese Datenschutzverstöße Facebook bekannt und bewusst sind, zeigte das Unternehmen bei seinem Börsengang. Auf den zwanzig Seiten, die Facebook im Börsenprospekt den Risiken widmete, listete es auch die Unwägbarkeiten strengerer Datenschutzvorschriften auf. Dies könne für die Firma ungeahnte Kosten verursachen, die Einführung neuer Produkte verzögern oder für schlechte Presse sorgen.<sup>11</sup>

Wenn Unrecht geschieht, bedeutet dies für die betroffenen Menschen noch längst nicht, dass diese ihr Recht bekämen, dass das Unrecht als solches benannt und sanktioniert wird. Der Fall Facebook demonstriert dies bis heute grandios. Der Fall könnte allen Unternehmen, die mit datenschutzwidrigen Methoden guten Profit machen wollen, zum Vorbild dienen. Datenschutzverstöße sind, wenn sie in der Absicht begangen werden, sich zu bereichern, nach § 44 Abs. 1 BDSG strafbar. Es stellt sich deshalb die Frage, weshalb geschäftsmäßig und systematisch begangene Datenschutzverstöße nicht als kriminelles, genauer wirtschaftskriminelles Verhalten geahndet werden.

### 3 Datenschutz als Anachronismus

Facebook machte nie ein Hehl aus seinen wirtschaftlichen Absichten. Wie manch anderes IT-Unternehmen mit Stammsitz in den USA versucht Facebook nicht, mit technischen Fakten und rechtlichen Argumenten seine Datenschutzverstöße zu widerlegen. Es geht hier um Größeres, was nicht technisch oder rechtlich behandelt wird; es geht um einen gesellschaftlichen Wertewandel, für den das Unternehmen stehen will und dem sich Fortschrittmenschen nicht kleinlich entgegenstemmen sollten.

#### 3.1 Post Privacy

Prägend für diese Denkrichtung wurde der Chef von Sun Microsystems Scott McNeally schon im Jahr 1999, als er meinte: „You have zero privacy anyway. Get over it“.<sup>12</sup> Schon damals zeichnete sich ab, dass Inhalts- und Nutzungsdaten des Internet für die Anbieterunternehmen Gold wert sind, deren Nutzung daher rechtlich nicht eingeschränkt sein sollte. Was liegt da näher, als das

ökonomisch Wünschenswerte zum unvermeidbaren Sachzwang zu erklären? Dass Datenschutz in unserer globalen Internetwelt ein Anachronismus sei, ist auch frühes Credo von Facebook-Chef Mark Zuckerberg. So meinte der 26-Jährige im Januar 2010, die Menschen hätten sich „daran gewöhnt, mehr Informationen auf viele Arten offener mit anderen zu teilen und mit immer mehr Menschen“. Das Facebook-Angebot wolle mit seinen Angeboten und Innovationen lediglich Schritt halten.<sup>13</sup> Welches Verständnis Facebook von Kritik hat, zeigt Richard Allan, Europadirektor des Unternehmens: „Mark Zuckerberg hat ein gutes Gespür dafür, welche Dienste die Leute in Zukunft wollen. Manchmal gibt es bei Änderungen zuerst Proteste. Es gab Fälle, bei denen Millionen von Nutzenden nach Veränderungen gesagt haben: ‚Bitte nehmt es zurück.‘ Aber wir sehen, dass nach einiger Zeit die meisten dann doch sagen: ‚So ist es besser.‘“<sup>14</sup>

Noch schlichter und zugleich markanter ist das philosophische Credo von Google: „Don't be evil“, also „Sei nicht böse“ oder „Tu nichts Schlechtes“. Ein Google-Projektteam beschrieb dieses Selbstverständnis wie folgt: „Bei Google glauben wir, dass mehr Informationen mehr Auswahl bedeuten, mehr Freiheit und letztendlich mehr Macht für die Menschen“.<sup>15</sup> Das Signal von Unternehmen wie Google und Facebook ist, dass sie zu den Guten gehören, Gutes tun und insbesondere durch ihr Engagement für mehr Offenheit, Demokratie, Transparenz in der Gesellschaft, letztlich für mehr Bürgerrechte eintreten. Angesichts dieses großen Auftrages sind Verstöße gegen einzelne, angesichts unserer globalisierten informationstechnischen Vernetzung anachronistische nationale oder europäische Gesetze offensichtlich aus Sicht der Unternehmen unvermeidbar und hinnehmbar.

#### 3.2 Modern Privacy

Eine andere Herangehensweise zeigen das deutsche Bundesverfassungsgericht und in seiner Folge die nationale und die europäische Rechtsprechung. Es leitete angesichts der Digitalisierung unseres Lebens zunächst ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ab<sup>16</sup> und im Jahr 2008 ergänzend ein Grundrecht auf informationstechnische Privatsphäre, das Recht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme.<sup>17</sup> Dabei handelt es sich um verfassungsrechtliche Ableitungen nicht aus vordigitalen Zeiten, sondern um direkte Reaktionen auf die informationstechnische Revolution.

In den USA, der Heimat von Facebook, Google & Co., hat Datenschutz einen anderen Stellenwert als in Deutschland. Die Gründe dafür, dass in den USA zwar intellektuelle Wurzeln des modernen Datenschutzes liegen, sich dieser aber in der herrschenden Politik und Rechtsprechung seit Jahrzehnten praktisch nicht weiterentwickelt hat, können hier nicht weiterverfolgt werden. US-IT-Unternehmen haben in ihrem Heimatland ein geringeres rechtliches Problem mit Privacy, der „Privatheit“. Dessen ungeachtet finden auch dort „reasonable expectations of privacy“ verfassungsrechtliche Anerkennung.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Menn, <http://www.reuters.com> 12.07.2012; Paukner, [www.sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de) 13.07.2012; LfDI Rheinland-Pfalz, PE v. 19.07.2012.

<sup>11</sup> Zit. nach Bernau, *Datenschutz*, SZ 16./17.05.2012, 20; zum Börsenrisiko Datenschutz Weichert, *Illegal und vergoldet*, <http://theuropean.de/thilo-weichert/11075-facebook-umgang-mit-benutzerdaten>.

<sup>12</sup> „Du hast eh keinen Datenschutz – vergiss es einfach.“ Sun on Privacy, 26.01.1999, <http://www.wired.com/politics/law/news/1999/01/17538>.

<sup>13</sup> Adamek, *Die facebook-Falle*, 2011, S. 59.

<sup>14</sup> Gespräch mit Lars Reppesgaard, in: *Datenschutz*, Hrsg. Schmidt/Weichert, 2012, S. 259.

<sup>15</sup> Reppesgaard, *Das Google Imperium*, 2008, S. 26; vgl. Reischl, *Die Google Falle*, 2008, S. 16, 19 ff.

<sup>16</sup> BVerfG, BVerfGE 65, 1.

<sup>17</sup> BVerfG, BVerfGE 120, 274.

<sup>18</sup> Weichert, *RDV* 2012, 113 ff.

## 4 Ist der Code Gesetz?

Hinter der Debatte um den materiellen Wert von Privacy steht die sich immer wieder angesichts technischer Entwicklung stellende gesellschaftspolitische Grundsatzfrage, welcher Wert noch demokratisch zustande gekommenen Gesetzen zukommt. Nachdem Politiker erschreckt feststellten, dass viele für das Analoge erlassene Gesetze im digitalen Raum nicht mehr passen wollten, beeilten sie sich festzustellen, dass das Internet kein rechtsfreier Raum sei.

Dessen ungeachtet hat die Politik bisher keine Antwort auf die provozierende Behauptung der IT-Unternehmen gefunden, dass die neuen gesellschaftspolitischen Normen durch IT-Programme festgelegt würden: Schon 2000 stellte Lawrence Lessig fest „Code is law“.<sup>19</sup> Hinter dieser knappen Feststellung steckt die ungeheure Konsequenz, dass sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber in diesem Bereich zumindest teilweise abmelden müsse. Gesetze werden nicht mehr in ihrer räumlichen nationalen Beengtheit gemacht. Die Regeln werden von IT-Unternehmen programmiert und letztlich vom globalen Markt bestätigt.

Der demokratische Gesetzgeber ist gehalten, sich am objektiv technisch Möglichen zu orientieren. Dies muss und darf aber nicht zur Kapitulation vor der Technik führen, dass also deren Entwicklung den anarchisch wirkenden Kräften des Marktes überlassen wird. Dies ist bei Facebook, Google & Co. heute beim Datenschutz weitgehend der Fall. Relevant für diese Unternehmen ist das in einem vordemokratischen Gemeinwohlverständnis interpretierte Konsumentenverhalten. Exemplarisch hierfür ist die Abstimmung von Facebook über seine eigenen Terms of Use bzw. Privacy Policies, also deren Datenverarbeitungsregeln in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen. Diese werden einseitig festgelegt, den Verbrauchern zur Kommentierung vorgelegt, zur Abstimmung gestellt, und dann beschlossen, wenn nicht eine Mehrheit der Mitglieder aktiv widerspricht.<sup>20</sup> Statt des modernen Demokratieverständnis entsprechenden kollektiven „Opt-ins“ ist nur ein kollektives „Opt-out“ vorgesehen, wobei es absolut unrealistisch ist, die festgelegten Quoren hierfür zu erreichen. Realistisches Opt-out ist nur über das Marktverhalten möglich, also über den Click zur Konkurrenz.<sup>21</sup> Facebook kann zu Recht feststellen, seine Nutzen gefragt zu haben. Datenschützern, die die Einhaltung gesetzlicher Regeln einfordern, wird entgegnet: „Was haben Sie eigentlich gegen Facebook? Da machen doch alle freiwillig mit.“

## 5 Die Kommunikationsstrategie

Facebook ist wohl das eklatanteste Beispiel für eine kurz- und mittelfristig grandiose Kommunikationsstrategie bzgl. seiner Datenschutzverstöße. Damit wiederholt das Unternehmen, was Google – zu Zeiten der Aufmerksamkeit für Google Search, Street View und Analytics – kurz zuvor vorexerzierte. Facebook erfährt derweil die öffentliche Aufmerksamkeit, in deren Windschatten Google seine eigenen Datenschutzverstöße weitgehend unsanktioniert praktizieren kann. Zielsetzung ist nicht Compliance, sondern Profit. Nur so erklärt sich, dass schon weit vorangeschrittene Verkaufs-

verhandlungen zwischen Facebook und dem Holtzbrinck-Konzern bzgl. des deutschen Netzwerkes StudiVZ scheiterten, weil dieses verpflichtet war, das deutsche Datenschutzrecht zu beachten.<sup>22</sup>

### 5.1 Ignorieren

In der Frühphase des Datenschutzkonfliktes tauchte Facebook einfach ab. Dies war schon allein dem Umstand geschuldet, dass mit dem wenigen eingesetzten Personal mehr an Datenschutzkommunikation überhaupt nicht möglich war: Beschwerden von Betroffenen blieben entweder völlig unbeantwortet oder lösten standardisierte E-Mail-Antworten aus. Auch Einzelanfragen von deutschen Aufsichtsbehörden wurden faktisch ignoriert, solange keine direkten Sanktionen zu befürchten waren.

### 5.2 Kommunizieren ...

Am 19.08.2011 ging das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) mit einem strategisch konzipierten Text an die Öffentlichkeit, der zu dem Ergebnis kommt, dass die Nutzung von Fanpages und Social Plugins durch deutsche Anbieter illegal ist und dies Folgen haben kann: „Nach Durchlaufen des rechtlich vorgesehenen Anhörungs- und Verwaltungsverfahren können dies bei öffentlichen Stellen Beanstandungen nach § 42 LDSG SH, bei privaten Stellen Untersagungsverfügungen nach § 38 Abs. 5 BDSG sowie Bußgeldverfahren sein.“<sup>23</sup> Die darauf folgende heftige öffentliche Debatte führte drei Tage später zu einer ersten Reaktion von Facebook und am 25.08.2011 zu einer ersten inhaltlichen Replik.<sup>24</sup> Am 07.09.2011 besuchte der europäische Policy-Chef von Facebook Richard Allan das ULD in Kiel und den Innen- und Rechtsausschuss des schleswig-holsteinischen Landtags, am 24.10.2011 in Berlin den Unterausschuss Neue Medien des Deutschen Bundestags.

Argumentationslinien waren bzw. sind: Es bestehe keine Zuständigkeit der deutschen Datenschutzbehörden, zuständig sei wegen der in Dublin sitzenden verantwortlichen europäischen Zentrale die irische Datenschutzaufsicht. Die von Facebook ausgeführte Reichweitenanalyse erfolge als aggregierte Statistik, was datenschutzrechtlich irrelevant sei. Von Nicht-Facebook-Mitgliedern werden Cookies nicht zur Erfassung von Personen, sondern nur verarbeitet, „um die Sicherheit der Webseite zu unterstützen“. Menschen in Schleswig-Holstein kämen in eine „extrem schwierige Lage“, wenn sie nicht mehr mit bzw. über Facebook kommunizieren könnten. Die Verarbeitung von Daten der Facebook-Mitglieder sei durch deren Einwilligung legitimiert. Diese Argumente wurden unter Bezeugung großen Verständnisses für den Datenschutz und für das Anliegen des ULD vorgetragen. Facebook sei ein weltweit operierendes Unternehmen, das sich nicht 'zig unterschiedlichen Datenschutzregimes unterwerfen könne. Es bestehe aber unbeschränkte Dialogbereitschaft. Dem ULD wurde im November 2011 von Facebook zugesagt, eine umfassende technische Dokumentation vorzulegen, wenn diese im Rahmen des Audit-Prozesses des irischen Datenschutzbeauftragten fertiggestellt worden sei. Da die Argu-

19 Code is law – On Liberty in Cyberspace, <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>; Weichert, Gesetze, Geld und Gadgets, <https://www.datenschutzzentrum.de/vortraege/20120418-weichert-bitkom-keynote.html>.

20 Zur Abstimmung konkret Oberbeck, Datenschutz Berater 7+8/2012, 160 ff.; ULD u. Initiative Europe-v-Facebook, DANA 2/2012, 72 f.

21 Reppesgaard, Das Google Imperium, 2008, S. 245 ff.

22 Facebook kaufte StudiVZ nicht wegen Datenschutz, DANA 2/2012, 76.

23 ULD an Webseitenbetreiber: „Facebook-Reichweitenanalyse abschalten“, DuD 2011, 742, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20110819-facebook.htm>; siehe hierzu auch die Analyse unter <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/facebook-ap-20110819.pdf>.

24 Dok. unter [https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/kommunikation/20110825\\_Facebook\\_deutsch.pdf](https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/kommunikation/20110825_Facebook_deutsch.pdf).

mente von Facebook keine Änderungsbereitschaft erkennen ließen und die rechtlichen Erwägungen nicht widerlegten, blieb das ULD bei seiner Einschätzung und dem projektierten Vorgehen.

### 5.3 Verweisen ...

Die Karawane zog weiter. Inzwischen hatte die Diskussion die europäische Ebene erreicht. Nach einer Beschwerde des Wiener Studenten Max Schrems<sup>25</sup> befasste sich die irische Aufsichtsbehörde intensiv mit Facebook und das Unternehmen verwies ausschließlich auf das dort erfolgende Prüfverfahren. Der dort im Dezember 2011 vorgelegte Auditbericht ist äußerst zurückhaltend ausgefallen und nimmt keine rechtliche Bewertung vor, sondern formuliert Best-Practice-Ziele.<sup>26</sup> Trotz erneuter Anforderung hat das ULD bis heute keine bewertungsfähige umfassende technische Dokumentation von Facebook erhalten.

Die deutsche Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder und die Aufsichtsbehörden (Düsseldorfer Kreis) beschlossen Ende 2011 Entschlüsse zu Social Communities und sendeten am 27.04.2012 ein Schreiben an Facebook, in dem einige wichtige Kritikpunkte vorgetragen wurden. Die Antwort von Facebook blieb unverbindlich, verwies auf das irische Audit und meinte, es wäre für die deutschen Behörden nützlich, Facebook und sein Team in Irland zu besuchen. Der inzwischen in Deutschland eingesetzte Director Public Policy Gunnar Bender begab sich im Sommer 2012 auf „Tour de DPA“ (Data Protection Authority).

### 5.4 ... und immer freundlich bleiben

Facebook begegnete – wie so manch anderes Großunternehmen in Deutschland – dem ULD nicht mit offenen Drohungen. Es wurde nicht versucht, eine parlamentarische, dienstliche, rechtliche oder sonstige Aufsicht über das ULD zu bemühen. Ein Grund hierfür mag die offensive Öffentlichkeitsarbeit des ULD sein, ein anderer, dass das ULD von sich aus Regierung und Parlament einschaltete und zudem das Innenministerium und die Staatskanzlei des Landes direkter Adressat von ULD-Kontrollverfahren und Beanstandungen in Sachen Facebook waren. Facebook argumentierte auch nicht mit möglichen – eventuell exorbitant hohen – Schadenersatzforderungen, so wie dies manch anderes Unternehmen bei Datenschutzkontrollen erfolglos versuchte. Facebook blieb im Ton und in der Form verbindlich und freundlich, ohne auch nur eine über das Bekannte hinausgehende prüfungsfähige Information von sich aus bereitzustellen.

## 6 ... und bloß keine verbindliche rechtliche Klärung

Die zentrale Strategie von Facebook ist, eine verbindliche rechtliche Klärung zu vermeiden bzw. in eine weit entfernte Zukunft hinauszuschieben. Dem Unternehmen kommt dabei entgegen, dass der irische Datenschutzbeauftragte, zuständig für den europäischen Hauptsitz von Facebook, bisher keine rechtliche Klärung anstrebte. Im dort durchgeführten Auditverfahren sollte eine erste Umsetzungsprüfung im Juli 2012 erfolgen; bisher wurden le-

diglich Empfehlungen, keine Sanktionen ausgesprochen. Beim irischen Datenschutzbeauftragten scheint es keine Sanktionspraxis zu geben, wie sie sich in Deutschland auch erst in den 90er Jahren entwickelt hat. Die irische Datenschutzaufsichtsbehörde verfügt nur über sehr begrenzte personelle und sonstige Ressourcen. In Anbetracht dessen stellt die Erstellung des Auditberichtes eine bewunderungswürdige Herkulesleistung dar. Irland ist auf Arbeitsplätze und Steuereinnahmen von IT-Unternehmen, die mit günstigen Standorteigenschaften ins Land geholt wurden, dringend angewiesen.

Demgegenüber ist und war es das Ziel des ULD, möglichst zeitnah eine gerichtliche Entscheidung zu bewirken. Deshalb ließ sich das ULD weder von Änderungszusagen oder –ankündigungen noch von Dialogangeboten vom geplanten Vorgehen abhalten. Doch trotz dieses Vorgehens zeigen sich nur langsam Wirkungen.

### 6.1 Öffentlicher Bereich

Im öffentlichen Bereich sprach das ULD nach entsprechenden Anhörungen im November 2011 datenschutzrechtliche Beanstandungen nach § 42 Abs. 2 LDSG SH aus.<sup>27</sup> Nachdem die Mängel hieraus nicht abgestellt wurden, rief das ULD die zuständigen Ministerien als Rechtsaufsicht an. Diese verwiesen auf eine ungeklärte Rechtslage und weigerten sich, aufsichtlich aktiv zu werden; teilweise waren sie selbst Adressat einer Beanstandung. Das ULD rief daraufhin den Landtag als parlamentarisches Kontrollorgan an.<sup>28</sup> Der Innen- und Rechtsausschuss des Landtags wurde vom Innenministerium darauf hingewiesen, dass die Staatskanzleien der Bundesländer die Innenministerkonferenz um eine rechtliche Expertise gebeten haben, die voraussichtlich im Dezember 2011 vorgelegt werde. Das vom bayerischen Innenministerium zu erarbeitende Gutachten lag offiziell im August 2012 immer noch nicht vor. Ohne eine solche Stellungnahme meinte der Innen- und Rechtsausschuss des Landtags keine Bewertung vornehmen zu können. Die Aufforderung des ULD gegenüber der Staatskanzlei und der IHK, gegen das ULD eine Feststellungsklage zu erheben, um eine schnelle Klärung herbeizuführen, wurde von diesen zurückgewiesen. Parlament und Aufsicht, beide zur Gesetzmäßigkeit verpflichtet, weigerten sich also, eine eigene Position zu beziehen, und duldeten den fortgesetzten Rechtsverstoß bzw. setzten ihn fort. Damit waren die rechtlichen Möglichkeiten des ULD als Datenschutzaufsicht im öffentlichen Bereich zunächst ausgeschöpft.

### 6.2 Nicht-öffentlicher Bereich

Nach neun Anhörungen großer oder wichtiger Unternehmen wegen des illegalen Betriebens von Facebook-Fanpages kam es im nicht-öffentlichen Bereich zu drei Untersagungsverfügungen nach § 38 Abs. 5 BDSG, die noch im Dezember 2011 als Anfechtungsklagen beim Verwaltungsgericht Schleswig landeten. Zuvor hatten FDP-Landtags- und Bundestagsabgeordnete bei den jeweiligen wissenschaftlichen Diensten ihres Parlaments Gutachten in Auftrag gegeben, um die kritische Bewertung des ULD zu prüfen.<sup>29</sup> Landtagsabgeordnete wirkten massiv auf das ULD ein, doch

<sup>25</sup> Siehe dazu <http://europe-v-facebook.org/DE/de.html>.

<sup>26</sup> ULD, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20111222-facebook-irland.htm>; Eiermann, DANA 2/2012, 53 ff.; Irischer Auditbericht: [http://www.europe-v-facebook.org/Facebook\\_Ireland\\_Audit\\_Report\\_Final.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/Facebook_Ireland_Audit_Report_Final.pdf).

<sup>27</sup> Weichert, DuD 2012, 6.

<sup>28</sup> ULD, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20111213-facebook-landtag.htm>.

<sup>29</sup> Landtag Schleswig-Holstein, <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl17/umdrucke/2900/umdruck-17-2988.pdf>; Bundestag, [720](https://www.daten-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

bitte seine Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung beim Datenschutz im konkreten Fall nicht wahrzunehmen, weil dadurch ein Wettbewerbsnachteil für die schleswig-holsteinische Wirtschaft entstehen würde.<sup>30</sup> Der Bundesinnenminister erklärte unzuständigkeitshalber nach einem Gespräch mit Richard Allan von Facebook, dass „die Diskussion, inwieweit deutsches Datenschutz- und Telemedienrecht für Facebook gilt, deutlich entschärft“ sei, nachdem Allan sich bereit erklärt habe, Initiativen zur Selbstregulierung der Anbieter sozialer Netzwerke zu unterstützen.<sup>31</sup> Der Präsident der IHK des Landes echauffierte sich bei seinem Jahresempfang über die Versuche der Rechtsklärung und -durchsetzung des ULD.<sup>32</sup> Die IHK ließ ein Auftragsgutachten veröffentlichen, das ähnlich den Gutachten der wissenschaftlichen Dienste von Landtag und Bundestag zwar materiellrechtlich zu ähnlichen Ergebnissen kommt wie das ULD, jedoch versucht, die rechtlichen Konsequenzen zu relativieren.<sup>33</sup>

Die verwaltungsgerichtlichen Klagen blieben – trotz der relativ klaren und zugleich übersichtlichen Fragestellungen – monatelang, in einem Fall ein halbes Jahr lang, unbegründet, so dass es auch nicht zu einer Terminierung einer Verhandlung kam. Dies hat zur Folge, dass auch mehr als ein Jahr nach der offiziellen Feststellung datenschutzwidriger Zustände durch das ULD keine erstinstanzliche gerichtliche Klärung herbeigeführt werden konnte und sich damit praktisch fast nichts geändert hat. Bis zu einer letztinstanzlichen Klärung beim Bundesverwaltungsgericht – die hier voraussichtlich herbeigeführt wird, weil keine der Parteien sich „geschlagen“ geben wird – wird es einige weitere Jahre dauern, während derer das Geschäftsmodell des Datenschutzverstoßes fortgeführt und hiermit Profit gemacht werden kann.

Andere Wege der rechtlichen Klärung, insbesondere Bußgeldverfahren oder die Anordnung sofortiger Vollziehbarkeit, wurden vom ULD verworfen: Beim Amtsgericht zu verhandelnde Ordnungswidrigkeitsverfahren liegen – ebenso wie strafrechtliche Ermittlungen – nicht mehr in der Verfügungskompetenz der Datenschutzaufsichtsbehörde, sondern der Staatsanwaltschaft und des Gerichtes, eröffnen nicht zielführende Fragestellungen des subjektiven Tatbestands (Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit des Fanpagebetreibers) und verschieben den Schwerpunkt der inhaltlichen Diskussion von der Frage der Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf die der Zulässigkeit der Sanktion. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verfügung nach § 38 Abs. 5 BDSG wäre gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO schwer zu begründen gewesen, solange Tausende Facebook-Fanpages weiterhin unbeanstaltet weiterbetrieben werden können.

## 7 Schlussfolgerungen

Der Makel der Illegalität beim Datenschutz ist, wenn damit keine gesellschaftliche Ächtung erreicht werden kann, kein Grund zur Einstellung einer einträglichen Praxis. Facebook hat es verstan-

schutzzentrum.de/facebook/material/WissDienst-BT-Facebook-ULD.pdf.

30 ULD, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20110907-facebook-muss-sich-gewaltig-bewegen.htm>.

31 ULD, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20110908-innenminister-facebook.htm>.

32 ULD, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20120112-ihk.htm>.

33 Weichert, <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/20120222-web20-in-verwaltung.html> = DANA 1/2012, 18 ff.

den und versteht es weiter, sich der gesellschaftlichen Ächtung zu entziehen. Von US-Präsident Barack Obama bis zum Bürgermeister von Hamburg Olaf Scholz<sup>34</sup> sonnen sich Politiker im „Schein“ informationstechnischer Fortschrittlichkeit und wirtschaftlichen Erfolgs, den Facebook immer noch verbreitet. Zwar leidet das Image des Unternehmens durch immer wieder neue Ungesetzlichkeiten, Unverschämtheiten und Eigenmächtigkeiten, etwa, wenn Kommunen einseitig ihre Fanpages abgeschaltet bekommen<sup>35</sup>, wenn „Freunde“ animiert werden, Klarnamen bisher pseudonymer Nutzer zu melden<sup>36</sup>, oder wenn die eigenen und fremden E-Mail-Adressen von Mitgliedern eigenhändig geändert werden, so dass Mails faktisch unbeachtet bleiben<sup>37</sup>. Doch schwindet das Ansehen nur stückweise. Die Hochachtung durch Wirtschaft, Verwaltung und Politik ist noch nicht beseitigt, zumal diese vom unentgeltlich scheinenden Informations- und Kommunikationsangebot profitieren. Selbst manche Schulen und Polizeibehörden in unserem auf individueller Selbstbestimmung gegründeten Rechtsstaat mit ihrem pädagogischen bzw. Ordnungsauftrag ignorieren Fremdbestimmung und Rechtsverstoß, wenn der Nutzen an der Oberfläche zu überwiegen scheint.

Einiges, leider nicht alles spricht dafür, dass das Geschäftsmodell „Datenschutzverstoß“ nicht nachhaltig ist. Solange es sich der Modernität und Fortschrittlichkeit rühmen kann und die Illegalität nicht auf der Stirn trägt, wird es fortgeführt werden. Deshalb wird Facebook das Image des „Freundes“ zu verteidigen versuchen, solange es geht. Dies geht definitiv nicht mehr, wenn die Illegalität (höchststrichterlich?) festgestellt ist, wenn die Verletzung gesellschaftlicher Werte durch Facebook öffentlich erkannt wird. Dann kann schnell der Punkt erreicht werden, an dem sich die Masse einer anderen Kommunikationsplattform zuwendet und der ökonomische Nutzen für das Unternehmen einzubrechen droht. Google macht bis heute vor, wie durch sukzessives geringstmögliches Nachgeben ohne Aufgabe der Grundstruktur des Geschäftsmodells der Absturz verhindert werden kann. Es ist zu befürchten, dass auch bei Facebook keine weitergehende Läuterung erfolgt.

Von der deutschen Politik ist derzeit nichts zu erwarten. Auf europäischer Ebene steht seit Januar 2012 die Datenschutz-Grundverordnung zur Debatte. Diese sieht strukturelle Änderungen vor, die dem Datenschutzverstoß als Geschäftsmodell schnell den Garaus machen könnte: effektivere, schneller wirkende und einschneidendere Mechanismen und Sanktionen für die Aufsichtsbehörden, für Verbraucher und Verbraucherverbände. Die Europäische Kommission erkennt an, was die deutsche Rechtsprechung bisher verweigert – den Status des Datenschutzes als Instrument der Marktregulierung. Dessen ungeachtet bleibt auch in Europa die gesellschaftliche Debatte eine Grundvoraussetzung für diese Realisierung gesellschaftlicher, rechtlicher, technischer und organisatorischer Grundstrukturen zur Verwirklichung informationeller Selbstbestimmung.

34 Bürgermeister Scholz für Facebook und gegen Verbraucherdatenschutz, DANA 2/2012, 79 f.

35 Staudinger, Niemandsland, SZ 28.06.2012, 10.

36 Kuhn, <http://www.sueddeutsche.de/digital/verwendung-von-pseudonymen-facebook-fragt-nutzer-ueber-freunde-aus-1.1406925>; Lischka/Reißmann, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/pseudonyme-facebook-nutzer-sollen-freunde-verpetzen-a-843326.html>.

37 Facebook macht Fehler, c't 16/2012, 52.