

Danke! an die vielen, die mitmachen  
und/oder uns geholfen haben!

Referenzen

- 1 <https://nopagby.de>
- 2 [https://www.nopagby.de/mitgliedsorganisationen/wp-content/uploads/2018/10/yPAG\\_anonym.pdf](https://www.nopagby.de/mitgliedsorganisationen/wp-content/uploads/2018/10/yPAG_anonym.pdf)

Hoffentlich geht es erfolgreich weiter und uns allen nicht die Puste aus. Wenn ich mich nicht für die Demokratie einsetzen würde, dann würde ich mir harte Zeiten für die Demokratie erdenken, die etwas bedeutet. Ein bisschen Mut, die mit ihrer Erfahrung sichtbar waren.

erschienen in der Fiff-Kommunikation,  
herausgegeben von Fiff e.V. - ISSN 0938-3476  
[www.fiff.de](http://www.fiff.de)



Lesen & Sehen

Neues für Bücherwürmer & Cineasten



Dagmar Boedicker

Es staubt ja gar nicht

Normalerweise sind Kommentare zu Gesetzen Pflichtlektüre und wenig spannend. Beim Kompaktkommentar zur EU-Datenschutz-Grundverordnung und zum BDSG-neu (und weiteren datenschutzrechtlichen Vorschriften) ging es mir zu meiner Überraschung ganz anders; vielleicht, weil ich immer schon wissen wollte, wie das denn eigentlich ist mit dem Profiling, seit der GVO. Deshalb habe ich mich gleich über Art. 22 hergemacht, denn bisher hatte ich zu diesem Thema nichts so richtig Erhellendes gelesen. Däubler, Wedde, Weichert und Sommer haben es aber geschafft: Ich fühle mich aufgeklärt, zumindest zu diesem Artikel.

Die AutorInnen des Kompaktkommentars stellen jedem Artikel (GVO) bzw. Paragraphen (BDSG) ein kurzes Inhaltsverzeichnis zur Struktur der Kommentare voraus, das gibt eine gute Orientierung. Sie ordnen sie in internationales und nationales Recht ein, von der Europäischen Menschenrechtskonvention über die Grundrechtecharta, die Justiz- und Polizeirichtlinie (EU-Richtlinie 2016/680), GVO zum BDSG und umgekehrt, bis zum Safe-Harbor-Abkommen oder dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beispielsweise. Wie das so ist bei Kommentaren, ist der Inhalt des Gesamtwerks vorgegeben, das kann ich mir sparen. Ich will aber als Aperitif zusammenfassen, was ich zum Profiling<sup>1</sup> gelernt habe.

*Algorithmus vom Programmierer eine subjektive Komponente einfließt, kann aber gesagt werden, dass Art. 22 [...] personalisierte Aussagen mit einem Bewertungselement reguliert.“<sup>3</sup>*

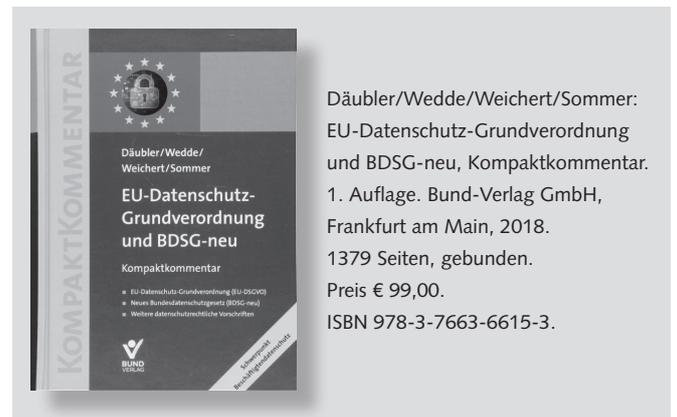
Wesentlich ist eine Nutzung, die auf einer automatisierten Verarbeitung basiert, das schließt Big Data und KI ein. In seiner verfassungsrechtlichen Verortung<sup>4</sup> ordnet der Autor die Begrenzung des Profiling in internationales und nationales Recht ein, von der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh) über die Justiz- und Polizeirichtlinie (EU-Richtlinie 2016/680) und das BDSG bis zum Safe-Harbor-Abkommen. Er bewertet die GRCh als technikadäquat und moderner als die GVO, die sich um eigenständige Regelungen für moderne Methoden der Datenanalyse gedrückt habe. Dagegen lege die GRCh dafür ein abstraktes Instrumentarium mit konkreten Ausprägungen fest durch Auskunftsanspruch, Zweckbindung und unabhängige Kontrolle und

Automatisierte Entscheidung im Einzelfall  
einschließlich Profiling

Das Thema war heiß umstritten, weshalb es vom ursprünglich recht weit gehenden Verbot im Entwurf der EU-Kommission zu einer Abschwächung auf Unterrichtungspflichten und Widerspruchsmöglichkeiten im Parlament und Öffnungsklauseln im Trilog kam.<sup>2</sup> Wie sich die Öffnungsklauseln auswirken, zeigt § 31 BDSG für die Umsetzung.

Art. 4 GVO erklärt Profiling zu einem Anwendungsfall automatisierter Entscheidung.

*„Im Vordergrund [...] steht nicht, dass eine Bewertung des Betroffenen erfolgt, sondern dass Schlussfolgerungen aus [...] Merkmalen über ihn gezogen werden (Prognose, Analyse). Da bei der Entwicklung von jedem*



Däubler/Wedde/Weichert/Sommer:  
EU-Datenschutz-Grundverordnung  
und BDSG-neu, Kompaktkommentar.  
1. Auflage. Bund-Verlag GmbH,  
Frankfurt am Main, 2018.  
1379 Seiten, gebunden.  
Preis € 99,00.  
ISBN 978-3-7663-6615-3.

definiere spezifischen Schutz für bestimmte Zusammenhänge wie im Arbeitsverhältnis, Gesundheitswesen oder beim Umgang mit den Daten von Kindern und alten Menschen.<sup>5</sup> Außerdem ist die GRCh (in Art. 21) eine der Grundlagen für das Diskriminierungsverbot, neben Art. 3 des Grundgesetzes und dem Allgemeinen Gleichstellungsgesetz.<sup>6</sup>

Art. 22 soll dem Risiko begegnen, dass Menschen nicht wissen, wie und auf welcher Grundlage Entscheidungen gefällt werden (Transparenz), und dass sie darauf keinen Einfluss haben. Die fehlende Transparenz führt dazu, dass Entscheidungen/Maßnahmen nicht kontrollierbar und revisionsfähig sind, besonders, wenn verwendete Algorithmen nicht vollständig dokumentiert sind.<sup>7</sup> Noch schlimmer: Die Verantwortlichen (im Sinne der GVO) können sich aus ihrer Verantwortung schleichen.<sup>8</sup> Art. 22 soll das verhindern, auch wenn die Bewertung (Score) von einer anderen als der entscheidenden Stelle stammt.<sup>9</sup>

Es geht beim Profiling nicht darum, ob die Entscheidung für die Betroffenen einen Nachteil bedeutet, auch nicht, ob sie fehleranfälliger ist als eine Entscheidung ohne automatisiertes Verfahren. Das leuchtet ein, denn auch sehr zuverlässige Verfahren müssen in ihren Folgen für die Betroffenen transparent und kontrollierbar sein. Art. 15 Abs. 1 Buchst. h gewährt Betroffenen das Recht auf „aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen“, Art. 35 verlangt eine Datenschutz-Folgeabschätzung.<sup>10</sup> Laut Art. 70 kann der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) Leitlinien, Empfehlungen und bewährte Praktiken festlegen. Ich frage mich, ob er das tun wird.

### Pferdefüße

Weichert kritisiert die Einwilligung, weil sie oft nicht freiwillig ist, und weil die Erklärung nicht ausreichend informiert und bestimmt ist.<sup>11</sup>

IT-Konzerne berufen sich gern auf Geschäftsgeheimnisse, wenn NutzerInnen wissen möchten, wie und wofür ihre Daten genutzt werden. Der Autor führt auch eine eigenartige Entscheidung des BGH an, der zufolge „die Interpretation personenbezogener Daten durch Algorithmen, etwa durch ein Scoring-Verfahren, [...] durch die Meinungsfreiheit [...] geschützt“ sei. Sein unmissverständlicher Kommentar zu diesem Urteil:

*„Eine derartige Argumentation ist mit der DSGVO nicht mehr haltbar. Computerentscheidungen genießen keinen Schutz durch die Meinungsfreiheit.“<sup>12</sup>*

Die Auseinandersetzungen darüber dürften spannend werden, denn es gibt da noch den Erwägungsgrund (ErwGr) 63 S. 5 und 6. Die Rechte der Unternehmen und Personen an geistigem Eigentum, das in die Scoring-Verfahren gesteckt wurde, sollen nicht beeinträchtigt werden, die der Betroffenen aber auch nicht. Weichert meint:

*„Für die Betroffenenrechte ist nicht der Quellcode relevant, sondern die Merkmalsgewichtung, die wiederum schwerlich zum überwiegenden Geheimnis deklariert werden kann. [...] Die Offenlegungspflichten gegenüber*

*dem Betroffenen müssen daher soweit gehen, wie dies für die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nötig ist.“<sup>13</sup>*

### Anforderungen

Anders als Art. 22 GVO enthält § 31 BDSG ein „spezifisches Scoring-Diskriminierungsverbot, das noch mit einer Unterrichtungspflicht kombiniert ist.“<sup>14</sup> Die Öffnungsklauseln haben also auch Vorteile. Vorgaben für die Software-Entwicklung finden sich im ErwGr 71 für eine faire und transparente Verarbeitung: geeignete mathematische und statistische Verfahren; technische und organisatorische Maßnahmen zur Korrektur und Fehlervermeidung, Verhindern von Diskriminierung, ausreichende Sicherung der personenbezogenen Daten, Interessen und Rechte der Betroffenen wahren! Allerdings macht sich hier ein Nachteil der Öffnungsklauseln für nationales Recht bemerkbar, weil bei speziellen Vorschriften Eingriffsmöglichkeiten der Betroffenen entfallen können.<sup>15</sup>

Das lässt sich aus den allgemeinen Datenschutz-Prinzipien in Art. 5 GVO ableiten:

*„Fehlt es bei den selbstlernenden Algorithmen an der hinreichenden Dokumentation und Nachvollziehbarkeit, so sind die Verfahren nicht zulässig. [...] Wissenschaftlichkeit muss nicht nur bzgl. der Methode im Allgemeinen gegeben sein, sondern auch bei jeder einzelnen Berechnung. Dies setzt ein dauerndes Monitoring der angewandten Methode voraus. Bei Kooperation mit Dienstleistern muss der Informationsfluss zum Verantwortlichen gewährleistet sein (Art. 28). Erfasst werden von der Nachweispflicht sämtliche verwendeten Daten. Zufällige Analogien sind auszuschließen.“<sup>16</sup>*

Der Autor schlägt Maßnahmen vor: präzise Zweckbeschreibung, Pseudonymisierung/Anonymisierung, Kontrolle der Betroffenen über die Entscheidung, Zugang und Korrekturmöglichkeiten zu ihren Profilinginformationen.<sup>17</sup>

### Fazit

Mein Fazit auch für Nicht-JuristInnen: Mindestens drei Pfund Buch, die ihr Geld wert sind! Ich konnte schnell finden, was ich suchte, die Verweise funktionieren ohne ständiges Umblättern, weil gelegentlich Zitate eingefügt sind. Herstellung: dünnes Papier und relativ kleine Schrift (na klar, bei fast 1400 Seiten) und eine ausgezeichnete Bindung, das Buch bleibt an der aufgeklappten Stelle auch aufgeklappt.

### Anmerkungen

- 1 Thilo Weichert ist Autor des Kommentarteils zu Art. 22 GVO und zu § 31 BDSG für die Umsetzung von Art. 22.
- 2 Art. 22 Abschnitt Begriff und Geschichte, Randnummer (Rn.) 7–11
- 3 Art. 22 Abschnitt Intention und Systematik Rn. 18
- 4 Art. 22 Abschnitt Verfassungsrechtliche Verortung Rn. 12–14
- 5 Art. 22 Abschnitt Verfassungsrechtliche Verortung Rn. 13

- 6 Art. 22 Abschnitt Datengrundlagen Rn. 53
- 7 Art. 22 Abschnitt Intention und Systematik Rn. 16–17
- 8 Art. 22 Abschnitt Entscheidung Rn. 25
- 9 Art. 22 Abschnitt Entscheidung Rn. 26
- 10 Art. 22 Abschnitt Intention und Systematik Rn. 16–22
- 11 Art. 22 Abschnitt Einwilligung Rn. 47

- 12 Art. 22 Abschnitt Einwilligung Rn. 62
- 13 Art. 22 Abschnitt Transparenzpflichten Rn. 62f
- 14 Art. 22 Abschnitt Datengrundlagen Rn. 52
- 15 Art. 22 Abschnitt Angemessene Maßnahmen Rn. 54–56
- 16 Art. 22 Abschnitt Wissenschaftlichkeit der Verfahren Rn. 58
- 17 Art. 22 Abschnitt Sicherungsmaßnahmen Rn. 59



Dagmar Boedicker

## Der Film *Die Kunst der Widerrede*

*Amestonia gegen Riesland und die Akte Frost – was dürfen Staaten und was nicht? Erlaubt das Völkerrecht, dass Rieslands Geheimdienst die Bürger des Nachbarlands Amestonia elektronisch überwacht? Vielleicht nur auf gerichtliche Anordnung, mit parlamentarischer Kontrolle, und nur dann, wenn keine Riesländer an der Telekommunikation beteiligt sind? Ist das relevant für das internationale Recht oder nur für das nationale? Wie dürfen sich die Amestonier wehren, wenn ein Nicotinoid aus Riesland höchstwahrscheinlich ihre Bienen und Hummeln dezimiert? Was, wenn Aktivisten Sabotage begehen und Gewalt mit tödlichen Folgen üben? Haben sie das getan? – Frederico Frost, ein Hinweisgeber, der sehr an Edward Snowden erinnert, deckt in Amestonia das Programm zur massenhaften Überwachung Verismo auf. Im Rahmen dieses Programms hat Riesland das Unterwasserkabel für den Backbone von Amestonias internationalem Internet- und Telefon-Verkehr angezapft und seinen eigenen TV-Sender auf dem Boden von Amestonia als Basis zum Ausspionieren von mehr als 100 führenden Persönlichkeiten Amestonias mit Hilfe von Trojanern genutzt. Sind das völkerrechtlich erlaubte Mittel zur Terrorismus-Abwehr?*

Diese und noch mehr Fragen wirft der Fall auf, um den es 2016 im *Jessup Moot Court* ging. Der *Jessup Moot Court* ist ein Juristenwettbewerb, bei dem Studierende gegen Teilnehmer anderer Universitäten einen fiktiven Völkerrechts-Fall vor Richterinnen/Richtern sowie Professorinnen/Professoren vortragen und verhandeln, nachdem sie hierzu anwaltliche Schriftsätze erarbeitet haben. Es ist der renommierteste, älteste und mit Teilnehmern aus über 94 Ländern und 645 Universitäten größte *Moot Court* der Welt. Der Fall *Amestonia gegen Riesland* wurde von *Asaf Lubin* geschrieben, einem früheren Geheimdienstanalysten und Fellow bei *Privacy International*<sup>1</sup>. Er forscht zur Regulierung der Datenerfassung von Geheimdiensten, völkerrechtlichen Implikationen, technischen Entwicklungen und deren Auswirkungen auf die Spionage-Praxis sowie das Recht auf Privatsphäre im Zeitalter von staatlicher Massenüberwachung.<sup>2</sup>

### Die Protagonisten

*Melanie Liebheit* und *Gereon Wetzel* sind für diesen Dokumentarfilm den zwei Studentinnen und zwei Studenten der Münchner Ludwig-Maximilian-Universität fast sieben Monate lang auf Schritt und Tritt gefolgt, bis das Wettbewerbs-Team und seine Coaches sie kaum noch wahrgenommen haben. Die Filmemacher haben es geschafft, die 28 englischsprachigen Seiten des ziemlich komplizierten Falls<sup>3</sup> so abzubilden, wie die *Mooties*<sup>4</sup> sie sich erarbeiten und sich den völkerrechtlichen Hintergrund<sup>5</sup> erschließen. Keine leichte Aufgabe für die Beteiligten, auch nicht für das Publikum. In der Münchner Regionalgruppe waren wir fasziniert von der Vorführung und anschließenden Diskussion, weil die Auseinandersetzung der Studierenden mit den Völkerrechts-Details dieses Spionagefalls so dramatisch ist. Spannend ist natürlich auch, wie sie im Wettbewerb abschneiden werden,



Die Kunst der Widerrede  
 „Ausspähen unter Freunden, das geht gar nicht“  
 Gereon Wetzel (Regisseur),  
 Melanie Liebheit (Regisseur).  
 Österreich, Deutschland 2018.  
 97 Minuten.

man fiebert mit den sympathischen Studis mit. Ich will aber nicht mehr darüber verraten, sondern diesen Film allen empfehlen, die sich für einen Fall von Cyberattacke, Abhören, Terrorismus, Geheimdiensten und Whistleblowing und seine Einordnung ins Völkerrecht interessieren. Nur so viel: Spionage ist im Völkerrecht überhaupt nicht geregelt!

### Anmerkungen

- 1 <https://privacyinternational.org/>
- 2 Beschreibung von der Website <http://www.horseandfruits.com/>
- 3 Nachzulesen auf der Website <http://www.horseandfruits.com/>
- 4 *Mooties* nennen sich die Teilnehmenden an der *Moot Court Competition* (kurz: *Moot Court*).
- 5 *Völkerrecht* ist in Deutschland kein eigenes Studienfach, sondern gehört zum Studium der Rechtswissenschaften – oder eben auch nicht, wenn es nicht gewählt wird (die Karrierechancen sind eher begrenzt).

