

NORA LORENTZ

Profiling –
Persönlichkeitsschutz
durch Datenschutz?

*Schriften zum Medienrecht
und Kommunikationsrecht*

7

Mohr Siebeck

Schriften zum Medienrecht und Kommunikationsrecht

herausgegeben von

Christian von Coelln, Karl-Nikolaus Peifer
und Karl-Eberhard Hain

7



Nora Lorentz

Profiling – Persönlichkeitsschutz durch Datenschutz?

Eine Standortbestimmung nach dem Inkrafttreten
der DSGVO

Mohr Siebeck

Nora Lorentz, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg und Dublin; 2014 Erste juristische Prüfung; wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität zu Köln am Institut für Medien- und Kommunikationsrecht; 2019 Promotion; seit 2018 Rechtsreferendariat am Landgericht Köln.

ISBN 978-3-16-159356-7 / eISBN 978-3-16-159357-4

DOI 10.1628/978-3-16-159357-4

ISSN 2512-7365 / eISSN 2569-4359 (Schriften zum Medienrecht und Kommunikationsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im September 2019 als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung ist die bis Ende 2019 veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt worden.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer für die wertvolle und lehrreiche Zeit, die ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht verbringen durfte, für die hervorragende Betreuung sowie für die gründliche Durchsicht der Arbeit und die konstruktiven Anmerkungen.

Prof. Dr. Karl-Eberhard Hain danke ich besonders für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens, dessen rasche Erstellung sowie die wertvollen weiterführenden Anmerkungen. Ihm, meinem Doktorvater sowie Prof. Dr. Christian von Coelln danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Dieser Arbeit wurde der CBH-Promotionspreis des Jahres 2019 im Forschungsbereich Medienrecht verliehen. Ich bin der Stifterin CBH Rechtsanwälte für diese Auszeichnung und den großzügigen Druckkostenzuschuss sehr dankbar.

Allen Media Magics und insbesondere meinen Lehrstuhlkollegen Dr. Anne Rappen, Dr. Camilla Kling, Dr. Philipp Kiersch und Nima Mafi-Guardarzi danke ich für die wertvolle gemeinsame Zeit, die fruchtbaren Diskussionen und die offenen Türen am Lehrstuhl, die ich stets in guter Erinnerung behalten werde. Dabei gilt mein inniger Dank Anne Rappen für ihre treue und wertvolle Freundschaft, ihren Optimismus sowie ihre Unterstützung, während der gesamten Zeit. Besonders verbunden bin ich auch Camilla Kling für die sorgfältige Durchsicht der Arbeit und den Rückhalt, den sie mir gab. Nicht zuletzt gebührt der Bibliothekarin des Instituts, Silke Kletzien, für ihr stets offenes Ohr Dank.

Nicht genug danken kann ich Thomas Budzyn. Nicht nur für zahlreiche abendfüllende Diskussionen über die mathematisch-technischen Hintergründe des Profiling, sondern auch für seine geduldige und lektorierende Unterstützung sowie seine unerschütterliche Zuversicht. Ohne seine Unterstützung würde die Arbeit nicht in dieser Form bestehen.

Mein größter Dank gilt schließlich meinem Vater für die kritische Lektüre der Arbeit, die hilfreichen Anregungen und die lebhaften Diskussionen. Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, die mich immer liebevoll unterstützt haben. Sie haben mir – um es in Goethes Worten zu sagen – Wurzeln und Flügel gegeben. Beides erfüllt mich mit tiefer Dankbarkeit.

Köln, im Februar 2020

Nora Lorentz

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
<i>Einführung</i>	1
A. Einleitung	1
B. Untersuchungsgegenstand	3
C. Stand der Forschung	7
D. Gang der Darstellung	8
<i>1. Kapitel: Profiling als Lebenssachverhalt</i>	11
A. Typische Anwendungsfelder von Profiling	11
I. Profiling als Grundlage kommerzieller Entscheidungen	11
II. Profiling im Marketingbereich	13
III. Profiling im Banken- und Versicherungsbereich	20
IV. Profiling im Personalwesen	23
V. Weitere Anwendungsbereiche	24
B. Entwicklung des Profilings	25
I. Faktoren für die Entwicklung des „automatisierten“ Profilings	25
II. Rechtliche Entwicklung	28
<i>2. Kapitel: Technische Prozesse des Profilings</i>	33
A. Überblick über typische Profiling-Prozesse	33
I. Profiling als zweiphasiges Verfahren	33
II. Dreiphasiges Profiling	35
III. Ergebnis	41
B. Ausführliche Darstellung des dreiphasigen Profiling-Prozesses	41
I. Phase 1: Bilden der Datenbasis durch Datenaggregation	42
II. Phase 2: Modellierungsphase	59
III. Phase 3: Inferenzphase	72
IV. Verwendung der durch das Profiling generierten Erkenntnisse	73
V. Ergebnis	74

<i>3. Kapitel: Definition des Profilings und Profilbegriffs nach der DSGVO</i>	77
A. Überblick	78
B. Die Definition des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO	79
I. Vorgeschichte: Profiling-Definition im DSGVO-Gesetzgebungsverfahren	81
II. Auslegung der Profiling-Definition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO	95
III. Bewertung und Kritik an der Profiling-Definition der DSGVO	111
C. Profilverständnis der DSGVO	118
I. Erläuterung des Profilbegriffs	119
II. Persönlichkeitsprofil als qualifizierter Profilbegriff	130
D. Ergebnis	153
<i>4. Kapitel: Zulässigkeit des Profilings und der Verwendung von Profilen nach der DSGVO</i>	155
A. Für das Profiling i. e. S. gem. Art. 4 Nr. 4 DSGVO geltende Vorschriften	156
I. Fehlen einer das Profiling i. e. S. explizit regelnden Norm	156
II. Rechtfertigung des Profilings i. e. S. durch Art. 6 Abs. 1 DSGVO	159
III. Nebenpflichten beim Durchführen von Profiling i. e. S.	231
IV. Rechte des Betroffenen	246
B. Nutzung der generierten Output-Daten nach der DSGVO	252
I. Speicherung der Output-Daten	252
II. Verwendung der Output-Daten nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO	254
III. Spezielle Vorgaben des Art. 22 DSGVO	258
C. Für das Profiling im weiteren Sinne geltende Vorschriften	276
I. Regulierung der Datenaggregation	276
II. Regulierung der Modellierungsphase nach der DSGVO	288
III. Vereinbarkeit des Profilings i. w. S mit den Datenschutzgrundsätzen	315
D. Raum für konkretisierende mitgliedstaatliche Regelungen	319
I. Überblick	319
II. Regelungen im BDSG-neu	320
III. Zukunft des § 15 Abs. 3 TMG	324
IV. Deutsches Allgemeines Persönlichkeitsrecht	327
E. Zusammenfassende Bewertung	332
I. Positive Aspekte	332
II. Kritik	334
III. Zusammenfassung	342
IV. Konkretisierungsvorschläge	343
<i>5. Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick</i>	347
A. Schlussbetrachtung	347
B. Ausblick	353
Literaturverzeichnis	357
Quellenverzeichnis	373
Sachregister	391

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
<i>A. Einleitung</i>	1
<i>B. Untersuchungsgegenstand</i>	3
<i>C. Stand der Forschung</i>	7
<i>D. Gang der Darstellung</i>	8
1. Kapitel: Profiling als Lebenssachverhalt	11
<i>A. Typische Anwendungsfelder von Profiling</i>	11
I. Profiling als Grundlage kommerzieller Entscheidungen	11
II. Profiling im Marketingbereich	13
III. Profiling im Banken- und Versicherungsbereich	20
IV. Profiling im Personalwesen	23
V. Weitere Anwendungsbereiche	24
<i>B. Entwicklung des Profilings</i>	25
I. Faktoren für die Entwicklung des „automatisierten“ Profilings	25
II. Rechtliche Entwicklung	28
2. Kapitel: Technische Prozesse des Profilings	33
<i>A. Überblick über typische Profiling-Prozesse</i>	33
I. Profiling als zweiphasiges Verfahren	33
II. Dreiphasiges Profiling	35
III. Ergebnis	41

<i>B. Ausführliche Darstellung des dreiphasigen Profiling-Prozesses . . .</i>	41
I. Phase 1: Bilden der Datenbasis durch Datenaggregation	42
1. Überblick	42
2. Datenerhebung im Online-Kontext	44
a) Überblick	44
b) Klassische Tracking-Instrumente	47
c) Cross Device Tracking	50
d) Zwischenergebnis	52
3. Datenerhebung im Offline-Kontext	53
4. Zunehmende Konvergenz von „Online“ und „Offline“	55
5. Datenanreicherung	56
6. Intelligente Datenspeicherung	58
7. Ergebnis	59
II. Phase 2: Modellierungsphase	59
1. Überblick und Begriffsklärung	59
a) Überblick	59
b) Begriffsklärung	60
2. Modellierung	66
a) Problemstellung: Festlegung des Analyseziels	66
b) Data Understanding, Data Preparation und Data Cleansing	66
c) Für die Modellentwicklung eingesetzte Methoden	67
aa) Gruppenbildung	68
bb) Association Rules – Link Analysis	69
cc) Scoring	70
d) Verifikation des Modells	71
III. Phase 3: Inferenzphase	72
IV. Verwendung der durch das Profiling generierten Erkenntnisse	73
V. Ergebnis	74
3. Kapitel: Definition des Profiling und Profilbegriffs nach der DSGVO	77
<i>A. Überblick</i>	<i>78</i>
<i>B. Die Definition des Profiling in Art. 4 Nr. 4 DSGVO</i>	<i>79</i>
I. Vorgeschichte: Profiling-Definition im DSGVO-Gesetzgebungsverfahren	81
1. Ausgangssituation	81
2. Definitionsvorschlag der Art. 29-Gruppe	81
a) Definition des Ministerkomitees des Europarats	82
aa) Erläuterung: Profiling-Definition von <i>Hildebrandt et al.</i>	83
bb) Erläuterung der Definition CM/Rec(2010)13 des Ministerkomitees	85
c) Stellungnahme	87

b) Vergleich: Definition des Ministerkomitees – Art. 29-Gruppe	88
c) Zwischenergebnis	89
3. Definition im VO-Entwurf des Europäischen Parlaments	90
4. Definition im VO-Entwurf des Rats	91
5. Endgültige Fassung der Definition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO	94
II. Auslegung der Profiling-Definition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO	95
1. Verarbeitung personenbezogener Daten beim Profiling	95
a) Verarbeitungsbegriff und Personenbezug in der DSGVO	96
b) Verarbeitung personenbezogener Daten beim Profiling	97
aa) Beim zweiphasigen Profiling	97
bb) Beim dreiphasigen Profiling	97
cc) Zwischenergebnis	99
2. Automatisierte Verarbeitung	99
3. Bewertung persönlicher Aspekte einer natürlichen Person	99
a) Vorliegen des Tatbestandsmerkmals in den verschiedenen Profiling-Phasen	100
aa) Persönlichkeitsbewertung in der Phase der Datenaggregation	100
bb) Persönlichkeitsbewertung in der Modellierungsphase	101
cc) Persönlichkeitsbewertung in der Analyse- bzw. Inferenzphase	101
dd) Zwischenergebnis	102
b) Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Bewertung persönlicher Aspekte	103
4. Zwischenergebnis	105
5. Unterscheidung: Profiling im engeren und im weiteren Sinne	106
6. Subsumtion von Beispielen unter die Profiling-Definition	109
III. Bewertung und Kritik an der Profiling-Definition der DSGVO	111
1. Keine Berücksichtigung des Entstehens neuer personenbezogener Daten	112
a) Personenbezug der „neu“ generierten Daten	113
b) Zwischenergebnis	116
2. Fehlende Profildefinition	116
 C. <i>Profilverständnis der DSGVO</i>	 118
I. Erläuterung des Profilbegriffs	119
1. Profil als Begriff	119
2. Profil als datenschutzrechtliches Konzept	120
a) Unterscheidung zwischen Rohdaten und Output-Daten	120
b) Zwischenergebnis	122
3. Profilverständnis in der DSGVO	122
4. Auswirkungen auf das bisherige Verständnis des Profilbegriffs	126
5. Ergebnis	129
II. Persönlichkeitsprofil als qualifizierter Profilbegriff	130
1. Problemaufriss	130
2. Eigenständige Bedeutung des Persönlichkeitsprofilbegriffs in der DSGVO	131

a) Persönlichkeitsprofil im Gesetzgebungsverfahren	131
b) Auslegung des Persönlichkeitsprofilbegriffs in Erwgr. 38 DSGVO	133
c) Zusammenfassende Bewertung	135
3. Konturierung des Persönlichkeitsprofilbegriffs	135
a) Hintergrund: Persönlichkeitsprofilverständnis im deutschen Recht	136
b) Konturierung des europäischen Persönlichkeitsprofilbegriffs	140
aa) Annäherung an den Persönlichkeitsbegriff	141
bb) Persönlichkeitsprofil als Begriff einer typisierten Gefährdungslage	143
(1) Bestimmung von Persönlichkeitsprofilen anhand der Sphärentheorie	145
(a) Sphärentheorie im deutschen Allgemeinen Persönlichkeitsrecht	145
(b) Anwendung der Sphärentheorie auf Profile i. S. d. DSGVO	147
(c) „Europäische Sphärentheorie“	148
(d) Anwendungsbeispiele Persönlichkeitsprofile	150
(2) Definitionsvorschlag Persönlichkeitsprofil	151
cc) Zwischenergebnis	152
 D. Ergebnis	 153
 4. Kapitel: Zulässigkeit des Profilings und der Verwendung von Profilen nach der DSGVO	 155
 A. Für das Profiling i. e. S. gem. Art. 4 Nr. 4 DSGVO geltende Vorschriften	 156
I. Fehlen einer das Profiling i. e. S. explizit regelnden Norm	156
1. Überblick	156
2. Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses als Auslegungshilfe	158
II. Rechtfertigung des Profilings i. e. S. durch Art. 6 Abs. 1 DSGVO	159
1. Zweckbestimmung beim Profiling i. e. S.	159
a) Zweckbindungsgrundsatz: Bestimmtheit des Verarbeitungszwecks	159
b) Bestimmung des Verarbeitungszwecks beim Profiling i. e. S.	161
aa) Problem der Zweckbestimmung beim Profiling i. e. S.	161
bb) Profiling selbst als Verarbeitungszweck?	162
cc) Verarbeitungszweck der Profiling-Definition bereits immanent?	162
dd) Anforderung an die Angabe des übergeordneten Zwecks	163
ee) Pflicht zur Konkretisierung der stattfindenden Datenverarbeitung	163
ff) Zwischenergebnis	165
2. Rechtfertigung des Profilings i. e. S. nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO	165
a) Rechtfertigung durch Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO	166
aa) Voraussetzungen der Einwilligung nach der DSGVO	166

(1) Überblick	166
(2) Zentrale Elemente der Einwilligung	167
(a) Freiwilligkeit der Einwilligung	168
(b) Stärkung der Freiwilligkeit durch das Kopplungsverbot, Art. 7 Abs. 4 DSGVO	170
bb) Zweifel an der Tauglichkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	176
cc) Einwilligung in Profiling i. e. S.	180
(1) Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung in Profiling i. e. S.	180
(2) Informiertheit der Einwilligung des Betroffenen	180
(a) Grundsätzliche Anforderungen an die Informiertheit bei der Einwilligung in Profiling i. e. S.	180
(b) Zweifel an der Informiertheit wegen der Generierung neuer Daten	183
dd) Zwischenergebnis	186
b) Rechtfertigung des Profilings i. e. S. durch Vertrag, Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO	187
aa) Erforderlichkeit des Profiling i. e. S. für die Vertragsdurchführung	187
bb) Profiling i. e. S. als vertragliche Hauptpflicht	188
cc) Erforderlichkeit des Profilings i. e. S. in weiteren Fällen	188
(1) Profiling i. e. S. im Rahmen von Bonuspunkte-Verträgen	190
(2) Profiling i. e. S. in Form des Kredit-Scoring	191
c) Rechtfertigung durch berechtigte Interessen des Datenverarbeiters, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	192
aa) Hintergrund	192
bb) Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	193
(1) Berechtigte Interessen des Datenverarbeiters	194
(a) Grundsätzlich	194
(b) Profiling i. e. S. als berechtigtes Interesse des Datenverarbeiters	195
(2) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung	197
(3) Schutzwürdige Interessen der Betroffenen	198
(a) Vernünftige Erwartungen der Betroffenen	198
(b) Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta	200
(aa) Art. 8 und 7 GRCh	200
(bb) Rechtsprechung des EuGH zu „Profilen“	205
(cc) Gefährdung der Grundrechte durch das Profiling i. e. S.	206
(4) Interessenabwägung in Bezug auf das Profiling i. e. S.	209
(a) Rechtfertigung des Profilings i. e. S: über Art. 6 Abs. 1 lit. f möglich?	210
(b) Abwägungskriterien des Europäischen Datenschutzausschusses	212
(aa) Detailliertheit des Profils	213
(bb) Umfang des Profils	215

(cc) Auswirkungen des Profilings i. e. S. auf den Betroffenen	217
(dd) Technische Schutzmaßnahmen	218
(ee) Kontext von Input-/Rohdaten und Output-Daten	219
cc) Widerspruchsrecht des Betroffenen, Art. 21 DSGVO	221
dd) Zwischenergebnis	222
d) Weitere Rechtfertigungsgründe aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO	223
e) Zusätzliche Voraussetzungen aus Art. 9 DSGVO für sensible Daten	224
aa) Bestimmung der „sensiblen Daten“	224
bb) Verarbeitungsvoraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO	226
cc) Generieren sensibler Output-Daten durch Profiling i. e. S.	227
(1) Anwendung des Art. 9 DSGVO auf Profiling i. e. S.	227
(2) Anwendung des Art. 9 DSGVO auf Persönlichkeitsprofiling	229
3. Ergebnis	229
III. Nebenpflichten beim Durchführen von Profiling i. e. S.	231
1. Informationspflicht des Datenverarbeiters, Art. 13 und 14 DSGVO	231
a) Überblick	231
b) Allgemeine Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO	232
c) Spezielle Informationspflicht über das Profiling i. e. S.	234
aa) Informationspflicht aus Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO	235
bb) Stellungnahme	236
cc) Informationspflicht aus Art. 13 Abs. 1 lit. c, Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO	237
dd) Zwischenergebnis	239
d) Umfang der Informationspflicht: „Opening the Black Box“?	239
e) Informationspflicht bei Zweckänderungen	242
f) Ausnahmen von der Informationspflicht	242
g) Ergebnis	243
2. Datenschutzfolgenabschätzung, Art. 35 DSGVO	244
IV. Rechte des Betroffenen	246
1. Auskunftsrecht, Art. 15 DSGVO	246
a) Auskunftsrecht allgemein	246
b) Umfang des Auskunftsrechts nach Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO	247
c) Auskunftsrecht hinsichtlich der neu generierten Daten	248
2. Recht auf Berichtigung, Art. 16 DSGVO	250
3. Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO	252
 B. Nutzung der generierten Output-Daten nach der DSGVO	 252
I. Speicherung der Output-Daten	252
II. Verwendung der Output-Daten nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO	254
1. Rechtfertigung durch Einwilligung	254
2. Rechtfertigung durch berechtigte Interessen des Datenverarbeiters	254

a) Grundsätzlich	255
b) Differenzierung nach Verwendungsbereichen	256
III. Spezielle Vorgaben des Art. 22 DSGVO	258
1. Anwendungsbereich und Hintergrund von Art. 22 DSGVO	259
2. Analyse von Art. 22 DSGVO	260
a) Entscheidung	261
b) Ausschließlich beruhend auf einer automatisierten Verarbeitung	261
c) Mit rechtlicher oder vergleichbarer Wirkung für den Betroffenen	264
aa) Rechtliche Wirkung einer Entscheidung gegenüber dem Betroffenen	264
bb) Ähnlich erhebliche Beeinträchtigung des Betroffenen	264
(1) Ähnlich erhebliche Beeinträchtigung des Betroffenen grundsätzlich	264
(2) Werbung als ähnlich erhebliche Beeinträchtigung i. S. d. Art. 22 Abs. 1	265
(a) Problemaufriss	265
(b) Position des Europäischen Datenschutzausschusses	266
(c) Stellungnahme	267
(aa) Zu der Position des Datenschutzausschusses	267
(bb) Zum Individuum als Schutzgut von Art. 22 DSGVO	271
(3) Politische Werbung als ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	272
(4) Zwischenergebnis	273
d) Ausnahmen vom Verbot, Art. 22 Abs. 2 DSGVO	273
3. Zusammenfassende Bewertung von Art. 22 DSGVO	275
<i>C. Für das Profiling im weiteren Sinne geltende Vorschriften</i>	<i>276</i>
I. Regulierung der Datenaggregation	276
1. Regulierung der Datenaggregation durch die DSGVO	277
a) Rechtfertigung durch Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO	277
b) Rechtfertigung durch Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	278
aa) Rechtfertigung des Trackings über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	279
(1) Rechtfertigung über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO möglich	279
(2) Interessenabwägung beim Tracking	280
bb) Cross Device Tracking	282
cc) Datenanreicherung	283
2. Ausblick auf die Vorgaben des Entwurfs zur EPrivacy-Verordnung	284
II. Regulierung der Modellierungsphase nach der DSGVO	288
1. Vorgaben des Erwgr. 71 S. 6 DSGVO	289
2. Verarbeitung personenbezogener Daten in der Modellierungsphase	291
a) Pseudonymisierung	291
b) Anonymisierung	293
aa) Anforderungen und Schwierigkeiten der Anonymisierung	294
(1) Kriterium des Personenbezugs nach der DSGVO	297

(2) Zwischenergebnis	299
bb) Verarbeitung anonymisierter Daten in der Modellierungsphase	299
cc) Ende der Anonymität?	300
c) Zwischenergebnis	300
3. Rechtfertigung der Datenverarbeitung in der Modellierungsphase . . .	301
a) Rechtfertigung durch Art. 6 Abs. 1 DSGVO	301
aa) Rechtfertigung durch Einwilligung	302
bb) Rechtfertigung durch berechnigte Interessen des Datenverarbeiters	302
b) Verarbeitung von Daten zu einem geänderten Zweck	304
aa) Privilegierung von Big Data Analytics als statistischer Zweck .	305
bb) Zweckänderung gem. Art. 6 Abs. 4 DSGVO	307
(1) Rechtsnatur des Art. 6 Abs. 4	308
(a) Problemaufriss	308
(b) Meinungsstand	309
(c) Stellungnahme	310
(2) Kriterien des Kompatibilitätstest	312
(3) Kompatibilitätstest bzgl. der Modellierungsphase	313
c) Ergebnis	314
III. Vereinbarkeit des Profiling i.w.S mit den Datenschutzgrundsätzen . . .	315
1. Konflikt mit den Datenschutzgrundsätzen	316
2. Auflösung des Spannungsverhältnisses	318
 <i>D. Raum für konkretisierende mitgliedstaatliche Regelungen</i>	 319
I. Überblick	319
II. Regelungen im BDSG-neu	320
III. Zukunft des § 15 Abs. 3 TMG	324
IV. Deutsches Allgemeines Persönlichkeitsrecht	327
 <i>E. Zusammenfassende Bewertung</i>	 332
I. Positive Aspekte	332
II. Kritik	334
1. Grundsätzliche Kritik	334
2. Fehlende Konkretisierung der Rechtfertigung des Profiling i. e. S. . .	335
3. Fehlende Klarstellung des Personenbezugs der Output-Daten	338
4. Fehlende spezielle Vorgaben für die Modellierungsphase	339
5. Fehlende Transparenz	340
6. Fehlende Differenzierung zwischen unterschiedlichen Intensitäten des Profiling	342
III. Zusammenfassung	342
IV. Konkretisierungsvorschläge	343

5. Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick	347
<i>A. Schlussbetrachtung</i>	347
<i>B. Ausblick</i>	353
Literaturverzeichnis	357
Quellenverzeichnis	373
Sachregister	391

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Art. 29-Gruppe	Gremium der unabhängigen Datenschutzbeauftragten der EU-Mitgliedstaaten und des europäischen Datenschutzbeauftragten
BDSG-alt	BDSG vor Anpassung an die DSGVO
BDSG-neu	Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 v. 30.6.2017, BGBl. I, S. 2097.
BfDI	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
DAPIX	Working Group on Information Exchange and Data Protection (des Rats der Europäischen Union im Gesetzgebungsverfahren der DSGVO)
Datenschutzkonferenz	Gremium der unabhängigen deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder
DSAnpUG	Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 v. 30.6.2017, BGBl. I, S. 2097.
DSGVO-E	Entwurf eines der Gesetzgebungsorgane zur DSGVO
DSK	s. Datenschutzkonferenz
DS-RL	Datenschutzrichtlinie 95/46/EG
DSRI	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik
DSRITB	Tagungsband Deutsche Stiftung für Recht und Informatik
EDPL	European Data Protection Law Review
EDPS	European Data Protection Supervisor (= Europäischer Datenschutzbeauftragter)
EDSA	Europäischer Datenschutzausschuss
Erwgr.	Erwägungsgrund
Et al.	Et alii
FTC	Federal Trade Commission
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2000/C 346/01
Harv. Law Review	Harvard Law Review
Harv. J. L. & Tech	Harvard Journal of Law and Technology
Hdb.	Handbuch
Hs.	Halbsatz
IDPL	International Data Privacy Law
Proc. IEEE	Zeitschrift des Institute of Electrical and Electronics Engineers

i. e. S.	im engeren Sinne
i. w. S.	im weiteren Sinne
Irp&p	Journal of Information Rights, Policy, and Practice
IURI-Ausschuss	Ausschuss des Europäischen Parlaments für Recht
i. S. v.	im Sinne von
i. S. d.	im Sinne des
itrb	it-rechtsberater (Zeitschrift)
LfdI	Landesbeauftragte für den Datenschutz und Informationsfreiheit
LfD	Landesbeauftragte für den Datenschutz
LIBE Ausschuss	Ausschuss des Europäischen Parlaments für bürgerliche Freiheit, Justiz und Inneres
lit.	litera
NCLC	National Consumer Law Center
Nw. J. Tech. & Intell. Prop.	Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property
Profiling i. e. S.	Profiling im engeren Sinne
Profiling i. w. S.	Profiling im weiteren Sinne
RDV	Recht in der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RegE	Regierungsentwurf
SächsDSG	Sächsisches Datenschutzgesetz
Stan. L. Rev. Online	Stanford Law Review online
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U. Pa. L Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Yale J. L. & Tech.	Yale Journal of Law and Technology
Yale L. J.	Yale Law Journal

Im Übrigen wird auf *Kirchner, Hildebert* (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin/Boston 2015 verwiesen.

Einführung

A. Einleitung

Mit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)¹ ist das Datenschutzrecht auf eine neue EU-weite Grundlage gestellt worden. Die Anpassung der aus dem Jahr 1995 stammenden Datenschutzrichtlinie, RL 95/46/EG,² war aufgrund der rasanten technologischen Entwicklung in den letzten Jahrzehnten notwendig geworden.³ Ziel der seit dem 25.5.2018 unmittelbar in allen Mitgliedstaaten der EU geltenden Verordnung ist es, ein einheitliches europäisches Datenschutzniveau zu schaffen und die europäische Integration im Bereich des Datenschutzrechts weiter zu vertiefen.⁴

Um den Herausforderungen moderner Informationstechnologien Rechnung zu tragen,⁵ wurden neue Rechtsinstrumente und Begrifflichkeiten in das Datenschutzrecht eingeführt. Eine dieser Neuerungen ist die Einführung einer Legaldefinition für das sog. Profiling in Art. 4 Nr. 4 DSGVO und dessen Regulierung. Die DSGVO definiert Profiling als:

Jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverläss-

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1 v. 4.5.2016.

² Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31 v. 23.11.1995.

³ *Albrecht/Jotzo*, Datenschutzrecht, Teil 1 Rn. 5.

⁴ *Schwartz/Peifer*, 106 *Georgetown Law Journal*, 115, 128 (2017); *Albrecht*, ZD 2013, 587, 588; *Pötters*, RDV 2015, 10, 11; *Albrecht/Jotzo*, Datenschutzrecht, Teil 1 Rn. 6f.

⁵ *Martini*, Wie werden und wollen wir morgen leben?, S. 9, 41; kritisch dazu, ob die DSGVO dieses von ihr selbst gesetzte Ziel erreicht, vgl. *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455; *Härtling/Schneider*, CR 2015, 819: „Die DSGVO wird nicht mehr als eine aufgehübschte, aber nur in kleinen Ansätzen modernisierte Fortsetzung der DSRL darstellen.“; relativierend *Albrecht*, ZD 2013, 587, 589: „keine Revolution“, aber „riesiger Schritt.“

sigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.

Profiling beschreibt hiernach eine Datenverarbeitung, die die Analyse, Vorhersagen und Bewertungen von Persönlichkeitsaspekten einer natürlichen Person ermöglicht. So kann künftiges Verhalten einer Person vorhergesagt werden, welches dann die Grundlage für Entscheidungen Dritter beispielsweise von Unternehmen bildet. Dies kann die persönlichen Interessen und das persönliche Fortkommen der betroffenen Datensubjekte gefährden. Um dieses Risiko zu begrenzen, spielt Profiling in der datenschutzrechtlichen Diskussion eine Rolle und wurde als neues Regelungskonzept in der DSGVO verankert.⁶ Profiling wird dabei lediglich als eine bestimmte Form der Datenverarbeitung definiert, es wurde jedoch nicht zum Gegenstand einer eigenständigen Norm gemacht, die die Zulässigkeit des Profilings regelt. Die Rechtfertigung des Profilings richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere findet das in Art. 6 Abs. 1 DSGVO zum Ausdruck kommende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt Anwendung auf das Profiling.⁷ Nur für Profiling, das die Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung bildet, und die Entscheidung eine rechtliche oder vergleichbar beeinträchtigende Wirkung für den Betroffenen entfaltet, finden sich spezielle Vorgaben in Art. 22 DSGVO. Dabei handelt es sich jedoch um eine Regulierung des dem Profiling nachgelagerten Entscheidungsfindungsprozesses, nicht um eine Regulierung des Profilings im Sinne von Art. 4 Nr. 4 DSGVO.

Die Verankerung der Profiling-Definition ist grundsätzlich zu begrüßen, allerdings bestehen erhebliche Unklarheiten über Reichweite und Effektivität der Regeln bzgl. des Profilings. Beim Profiling handelt es sich um neues, bisher unbekanntes Regelungskonzept,⁸ das einer eingehenden Untersuchung bedarf. Die Untersuchung sowohl der Legaldefinition wie der daran anknüpfenden Regulierung ist das Ziel der vorliegenden Arbeit.

Zudem sind die Auswirkungen der Legaldefinition des Profilings auf die Begriffe des Profils und des Persönlichkeitsprofils zu untersuchen. Denn als neues Regelungskonzept berührt Profiling zudem die Begriffe des Profils und des Persönlichkeitsprofils, die bereits vor Inkrafttreten der DSGVO im deutschen Recht eine Rolle spielten. Die beiden im deutschen Recht nicht verbindlich definierten Begriffe beschrieben bisher die Gefährdung der persönlichen Entfaltung des Betroffenen, erlauben sie es doch, ein Bild seiner Persönlichkeit zu erstellen. Nach Inkrafttreten der DSGVO ist zu klären, wie sich die Verankerung der Legaldefi-

⁶ *Kaltheuner/Bietti*, IPR&P 2017 (2), 1.

⁷ So auch Erwgr. 72 DSGVO.

⁸ *Kaltheuner/Bietti*, IPR&P 2017 (2), 1.

dition des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO auf die Bedeutung der Begriffe des Profils und des Persönlichkeitsprofils im Datenschutzrecht auswirkt.

Zur Einführung in die Arbeit wird im Folgenden der Gegenstand der Arbeit näher erläutert, der Forschungsstand dazu dargelegt sowie der Gang der Darstellung skizziert.

B. Untersuchungsgegenstand

Ziel der Arbeit ist es, herauszuarbeiten, was unter Profiling in technischer und rechtlicher Hinsicht zu verstehen ist, welche Regeln der DSGVO auf das Profiling Anwendung finden und wie das Stärkungs- und das Gefährdungspotential von Profiling für das Fortkommen der Person rechtlich angemessen begleitet werden kann.

Um den Begriff des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO auszulegen, ist zunächst zu klären, welche Sachverhalte von diesem Begriff erfasst werden. Voraussetzung für die rechtliche Beurteilung ist daher zunächst ein Überblick über die dem Profiling zugrunde liegenden technischen Prozesse, insbesondere die für das Profiling verwendeten mathematischen Methoden. Wesentliche Grundannahme des Profilings ist, dass sich aus in der Vergangenheit liegenden Handlungen, die in Daten dokumentiert sind, zukünftige Umstände wie z. B. das zukünftige Verhalten einer Person statistisch prognostizieren lassen. Durch Profiling können bisher unbekannte Zusammenhänge aufgezeigt und in Bezug auf einzelne Daten-subjekte neue Informationen generiert werden, also neues Wissen geschaffen werden.⁹ Den Datenverarbeitern stehen heute also nicht mehr nur die tatsächlich erhobenen Rohdaten über ein Datensubjekt zur Verfügung, sondern zusätzlich die Informationen, die sich aus diesen erhobenen Rohdaten statistisch ableiten lassen. Dabei können aus scheinbar belanglosen Daten,¹⁰ wie der Dynamik des Tastaturanschlags oder der vom betroffenen Datensubjekt verwendeten Sprache,

⁹ *Ministerkomitee*, Erläuternder Bericht zur Empfehlung CM/Rec(2010)13 on Profiling Rn. 30.

¹⁰ Der Datenbegriff wird mehrdeutig verwendet, zum einen wird er als Bezeichnung von transportierbaren und reproduzierbaren Zeichen verwendet, zum anderen wird er inhaltsbezogen verwendet und meint vermittelte Informationsgehalte, vgl. *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, S. 614 Fn. 2. Obwohl eine sprachliche Unterscheidung geboten ist, werden die Begriffe in der Regel Datum/Daten und Information/en synonym verwendet, so auch im Folgenden. Etwas klarer im Vergleich zu § 3 Abs. 1 BDSG a. F. ist Art. 4 Nr. 1 DSGVO, wonach personenbezogene Daten „Informationen“ über den Betroffenen sind. Vertiefend zu diesem Problem, vgl. *von Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, S. 5; *Härtig*, Datenschutz und Persönlichkeitsrechte, S. 55, 57; *Weidner-Braun*, Schutz der Privatsphäre, S. 30; *Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht, S. 47.

Erkenntnisse über die emotionale Verfassung oder den Charakter des Datensubjekts gewonnen werden.¹¹ Es lassen sich also Umstände, die die Betroffenen möglicherweise selbst nicht offenlegen wollten, aus scheinbar belanglosen Daten statistisch vorhersagen.¹² Besonderes Augenmerk soll daher auf der Frage liegen, ob dieser Umstand in der Definition des Art. 4 Nr. 4 DSGVO und der rechtlichen Behandlung des Profilings ausreichend Berücksichtigung findet.

Da Profiling nicht zum Gegenstand einer eigenständigen, expliziten Regelung in der DSGVO gemacht wurde, ist ferner herauszuarbeiten, welche Regeln für das Profiling gelten und welche Probleme sich dabei stellen. Anschließend soll bewertet werden, ob die Regulierung durch die DSGVO als interessengerecht anzusehen ist. Im Kern soll untersucht werden, ob die Regulierung des Profilings durch Art. 6 Abs. 1 DSGVO der datenschutzrechtlichen Komplexität des Profilings ausreichend Rechnung trägt oder ob es einer Konkretisierung der Rechtfertigungsgründe für den Fall des Profilings bedarf. In diesem Rahmen geht die Untersuchung auch auf die Frage ein, ob zwischen unterschiedlichen Intensitäten des Profilings differenziert werden muss.

Während das Profiling zum Gegenstand einer Legaldefinition gemacht wurde, ist der Begriff des Profils in der DSGVO nicht definiert worden. Er wird aber in den Erwägungsgründen mehrfach erwähnt und findet auch im deutschen Schrifttum selbst nach Inkrafttreten der DSGVO weiterhin Verwendung.¹³ Da der Begriff des Profilings – im Sinne einer Profilbildung – und der des Profils eng verwandt sind, sollen die Auswirkungen der EU-rechtlichen Profiling-Definition auf den deutschen Begriff des Profils, der – im Gegensatz zum Profiling – schon lange vor Inkrafttreten der DSGVO diskutiert wurde, untersucht werden.

Schon seit Beginn der elektronischen Datenverarbeitung wurde angesichts der steigenden Datenmengen und der immer ausgereifteren Auswertungsmethoden von Seiten der Datenschützer befürchtet, dass die Erstellung „feingranularer Profile“ möglich wird,¹⁴ durch die ein nahezu vollständiges Bild der Persönlichkeit eines Menschen gezeichnet werden kann.¹⁵ Diese Entwicklung wurde im deutschen Datenschutzrecht zum Teil unter dem Begriff des Persönlichkeitsprofils diskutiert.¹⁶ Im Rahmen des aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgen-

¹¹ EDPS, Stellungnahme 3/2018 – Online Manipulation, S. 8.

¹² Kosinski/Stillwell/Graepe, PNAS 2013 Vol. 110 (No. 15), 5802.

¹³ Schantz, NJW 2016, 1841, 1844; Wolff/Brink-BeckOK/Wolff/Brink, Einleitung zur DSGVO Rn. 1, 17; Paal/Pauly/Ernst, Art. 4 Rn. 15 „Bewegungsprofile“; Paal/Pauly/Martini, Art. 22 Rn. 22.

¹⁴ Roßnagel, MMR 2005, 71, 72; Skistims, Smart Home, S. 134; Boehme-Neßler, DuD 2016, 419, 421.

¹⁵ Datenschutzkonferenz, Göttinger Erklärung, S. 2.

¹⁶ Vgl. nur Roßnagel, DuD 2015, 455, 457.

den Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Begriff des Persönlichkeitsprofils verwendet,¹⁷ um Gefahren der staatlichen Datenerhebung und -verarbeitung zu beschreiben und dieser Grenzen zu setzen. Der Begriff ist angesichts der technischen Entwicklung und der zunehmenden Datenverarbeitungen durch private Stellen auch für den Bereich der privaten Datenverarbeitung fruchtbar gemacht worden. Nach dem Inkrafttreten der DSGVO stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche Bedeutung der Begriff des Persönlichkeitsprofils – aufbauend auf dem Profilbegriff – zukünftig haben kann. Da der Begriff des Persönlichkeitsprofils in Erwgr. 38 DSGVO erwähnt ist, ist zu untersuchen, ob der Begriff des Persönlichkeitsprofils auch Bedeutung für das Unionsrecht gewinnen wird. Feststeht dabei, dass für die Auslegung und Konkretisierung allein das europäische Recht maßgeblich sein wird.

Die Arbeit fokussiert nicht das Profiling durch staatliche Stellen. Zwar setzen auch diese zur Analyse und Vorhersage künftiger Sachverhalte¹⁸ unterschiedliche Formen des Profilings ein wie beispielsweise das sog. Predictive Policing.¹⁹ In China wird mit einem sog. „Social Credit System“²⁰ sogar versucht, mittels Big Data Analytics einen individuellen, öffentlich zugänglichen Scorewert für jeden einzelnen Bürger zu errechnen, der dessen soziale Zuverlässigkeit bestimmt und dessen weitere Handlungsalternativen determiniert.²¹ Im Fokus dieser Arbeit steht vielmehr allein das Profiling durch private, kommerziell tätige Akteure, vor allem solchen mit hoher Zugriffs- und Analysemöglichkeit in Bezug auf personenbezogene Daten.²² Untersucht wird das sog. „automated profiling“,²³ d. h. die Erstellung, Auswertung und Verfeinerung von Profilen unter Einsatz automati-

¹⁷ BVerfGE 65, 1, 53.

¹⁸ *Canhoto/Backhouse*, Process of Profiling, S. 47, 49.

¹⁹ Darunter versteht man die automatisierte, datengestützte Analyse und Vorhersage künftiger strafrechtlich relevanter Ereignisse, vgl. *Singelnstein*, NStZ 2018, 1. Der Oberbegriff bezeichnet sowohl die Berechnung der Wahrscheinlichkeit künftiger Verbrechen – insbesondere von Einbrüchen – in unterschiedlichen Regionen oder Stadtvierteln als auch personenbezogen die Berechnung der Rückfallwahrscheinlichkeit von verurteilten Straftätern, vgl. auch *Schantz/Wolff/Schantz*, Neues Datenschutzrecht, Rn. 752; weiterführend zu Algorithmen mit rassistischen Bias, vgl. *Lebert*, Algorithmen regulieren, netzpolitik v. 5.12.2017; *Liptak*, Sent to Prison by a Secret Algorithms, nytimes.com v. 1.5.2017.

²⁰ *Botsman*, Big data meets Big Brother, wired.co.uk v. 21.10.2017.

²¹ Der Scorewert wird nicht mehr nur bei der Kreditvergabe relevant werden, sondern auch für Bahn- und Flugbuchungen sowie die Beantragung eines Visums für Singapur oder Europa, Karrieremöglichkeiten oder die zukünftige Schule der Kinder, vgl. *Heilmann*, Kopfnote vom Staat, FAS v. 17.1.2016; *Helbig et al.*, Digitales Manifest, spektrum.de v. 17.12.2015; *Botsman*, Big data meets Big Brother, wired.co.uk v. 21.10.2017.

²² *Masing*, NJW 2012, 2305 f.

²³ Vgl. zu dieser Bezeichnung, *Hildebrandt/Backhouse*, Descriptive analysis of Profiling, Fidis D7.2, S. 14 f.

siert-technischer Analysemöglichkeiten.²⁴ Diese Beschränkung folgt bereits aus der Definition des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO, die ebenfalls ausschließlich das sog. automatisierte Profiling anzielt. Bei der Erstellung von Profilen beispielsweise im Rahmen der klassischen kriminalistischen Fallanalyse,²⁵ Profilerstellung durch Privatdetektive oder durch Psychologen über ihre Patienten handelt es sich in der Regel um „non-automated profiling“ bzw. „hand-made profiling“,²⁶ das hier ausgeblendet wird.

Mit der Beschränkung auf automatisierte Formen des Profilings fallen auch solche Sachverhalte aus dem Untersuchungsgegenstand, in denen Bürger privat durch die Nutzung des Internets, von Suchmaschinen und/oder Sozialen Netzwerken gezielt einzelne Informationen über eine Person zusammentragen,²⁷ z. B. Angaben über Wohnort, E-Mail-Adresse, Bilder, Schulbildung, Ausbildung oder Studium, Hobbys, sexuelle Orientierung, Familienstand, ggfs. Partner oder Familienangehörige, Gewohnheiten, Tagesablauf, Engagement in Vereinen, Parteien oder sonstigen Gruppen, politische Ansichten durch das Sammeln von Twitter- oder Facebook-Posts.²⁸ Das Anlegen von solchen Personendossiers wird zum Teil auch als „Doxing“²⁹ bezeichnet.³⁰ Es ist einer weiteren Öffentlichkeit bekannt geworden, nachdem ein hessischer Schüler im Dezember 2018 in einer Art „Adventskalender“ illegal kopierte und zusammengetragene Daten insbesondere von bekannten deutschen Politikern veröffentlichte.³¹ Er nutzte Twitter als Kanal zur Steigerung seiner Reichweite und postete dort jeweils Links zu Websites, auf denen die Daten der Politiker öffentlich einsehbar waren.³² Solche Formen der Datensammlung sind heute sehr viel leichter geworden,³³ da es u. a.

²⁴ Vgl. auch die Definition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO.

²⁵ Es existieren mehrere Ausprägungen des „criminal profiling“. Sofern dieses unter Einsatz von technisch-automatisierten Analysemethoden erfolgt, ist dies zwar als automated profiling zu qualifizieren. Es fielen jedoch nicht unter den Untersuchungsgegenstand der Arbeit, da dieses criminal profiling in der Regel von staatlichen Stellen eingesetzt werden wird.

²⁶ Vgl. zu dieser Bezeichnung und Unterscheidung, *Hildebrandt/Backhouse*, Descriptive analysis of Profiling, Fidis D7.2, S. 14 f.; *Hildebrandt*, Defining Profiling, S. 17, 23. Auch der Europarat schließt in seiner Empfehlung die kriminalistische Prognose und die operative Fallanalyse aus seiner Betrachtung des Profilings – jedoch ohne Begründung – aus, vgl. *Ministerkomitee*, Erläuternder Bericht zur Empfehlung CM/Rec(2010)13 on Profiling Rn. 42.

²⁷ EuGH Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 80 = GRUR 2014, 895 – Google Spain.

²⁸ Ausführliches Beispiel bei *Lindemann/Schneider*, Datenschutz-Fallrückzieher, heise v. 1/2011.

²⁹ Joan Donovan beschreibt Doxing als „Lowtech-Form des Hackings“, vgl. *Kühl*, Doxing, zeit.de v. 7.1.2019.

³⁰ *Kühl*, Doxing, zeit.de v. 7.1.2019.

³¹ *Biermann*, Schüler hackt das politische System, zeit.de v. 8.1.2019.

³² *Biermann*, Schüler hackt das politische System, zeit.de v. 8.1.2019.

³³ *Peifer*, JZ 2013, 853, 854, 855; *Peifer*, Medienrecht, Rn. 412.

über Soziale Netzwerke und andere Online-Plattformen einfacher denn je ist, möglichst viele Informationen über einzelne Personen zusammenzutragen.³⁴ In solchen Fällen stellen sich im Verhältnis Bürger–Bürger schwierige Fragen,³⁵ insbesondere wenn die gezielt gesammelten Daten veröffentlicht werden.

Diese Arbeit konzentriert sich gleichwohl auf unternehmerische Datenverarbeiter und die Regulierung des Profilings in diesem Zusammenhang. Dabei ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Verwendung der durch Profiling generierten Ergebnisse ein dem Profiling nachgelagerter Datenverarbeitungsprozess ist, der in der Arbeit zwar angesprochen, allerdings nicht vertieft untersucht wird.

C. Stand der Forschung

Der Anwendungsbereich der Definition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO und die daraus zu ziehenden Konsequenzen wurden bisher nicht in der vorliegenden Form herausgearbeitet. Es finden sich aber erste wichtige Einschätzungen dazu bei *Kaltheuner/Bietti*,³⁶ *Härting*³⁷ und *Spiecker gen. Döhmann et al.*,³⁸ wobei letztere die Regulierung des Profilings auch rechtsvergleichend betrachten. Bei der Auslegung der Profiling-Definition sowie der geltenden Vorschriften konnte zudem ganz wesentlich auf die sog. Guidelines zur automatisierten Entscheidungsfindung und zum Profiling des Europäischen Datenschutzausschusses zurückgegriffen werden.³⁹

Da es sich bei dem Profiling nach der DSGVO um ein neues Regelungskonzept handelt, ist es in der Literatur bisher noch nicht ausführlich beleuchtet worden. Zwar wurde die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, das Profiling in der DSGVO nicht explizit zu regulieren, bereits mehrfach kritisiert.⁴⁰ So formuliert beispielsweise *Scholz*, dass die DSGVO keine eigenständige, risikoad-

³⁴ *Kühl*, Doxing, zeit.de v. 7.1.2019.

³⁵ *Peifer*, JZ 2013, 853, 854; *Hartzog/Selinger*, 66 Stan. L. Rev. Online 8 ff. (2013); für eine (eingeschränkte) Strafbarkeit von Persönlichkeitsprofilbildungen in Bereicherungs- und Schädigungsabsicht de lege ferenda *Golla* Straftatbestände der Datenschutzgesetze, S. 243 f.; *Wolff/Brink-BeckOK/von Lewinski*, Art. 22 Rn. 7.

³⁶ *Kaltheuner/Bietti*, IPR&P 2017 (2), 1.

³⁷ *Härting*, CR 2014, 528 ff.

³⁸ *Spiecker gen. Döhmann et al.*, EDPL 2016, 535 ff.

³⁹ *EDSA*, WP 251rev.01 – Leitlinien zum Profiling, revised.

⁴⁰ *Simitis/Scholz*, Art. 4 Nr. 4 Rn. 10; *Paal/Pauly/Martini*, Art. 22 Rn. 22; *Gola/Gola*, Einleitung Rn. 22, 37; *Richter*, DuD 2016, 581, 585; noch zu den DSGVO-Entwürfen *Härting*, CR 2014, 528 ff.; *Roßnagel/Richter/Nebel*, ZD 2013, 103, 108; *Roßnagel/Nebel*, DuD 2015, 455; *Venzke-Caprarese*, DSRITB 2015, 377, 388; kritisch auch *Maas*, DuD 2015, 579 f.

äquate Rechtsgrundlage für das Profiling enthält.⁴¹ *Härtig* wies bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur DSGVO auf die Unzulänglichkeiten der nach der DSGVO geplanten Profiling-Definition hin.⁴² Zudem werden einzelne problematische Aspekte in Bezug auf das Profiling aufgezeigt, wobei nicht immer von Profiling, sondern abstrakter auch von Big Data gesprochen wird.⁴³ So arbeitet beispielsweise *Schulz* heraus, dass eine Einwilligung in Big Data – gemeint ist auch Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO – aufgrund der neu entstehenden Daten Schwierigkeiten bereitet.⁴⁴ Eine umfassende Auseinandersetzung mit der Frage, ob Art. 6 Abs. 1 DSGVO der datenschutzrechtlichen Komplexität des Profilings ausreichend Rechnung trägt, liegt jedoch bisher nicht vor. Es gibt auch keine Untersuchung, die das Profiling umfassend in die Systematik der DSGVO einbettet und in seiner Gesamtsystematik bewertet.

Auch mit den Auswirkungen der Profiling-Definition auf den Profilbegriff hat die Literatur sich bisher nicht beschäftigt.⁴⁵ Augenscheinlich adressiert nur *Schantz* die Frage, in welchem Verhältnis das Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO zu dem in der deutschen Diskussion verbreiteten, insbesondere vom BVerfG geprägten Begriff des Persönlichkeitsprofils steht.⁴⁶ Seiner Ansicht nach sind das Profiling, das auf die Bewertung einer Person abzielt einerseits und Persönlichkeitsprofile, die die Breite der über eine Person gesammelten Daten beschreiben andererseits zu unterscheiden. Die Konzepte seien daher grundsätzlich unterschiedlicher Natur. Ob darüber hinaus ein eigenständiges europäisches Verständnis des Persönlichkeitsprofils existiert, wird nicht untersucht.

D. Gang der Darstellung

Im ersten Kapitel wird ein Überblick über die Anwendungsfelder von Profiling gegeben, um zu veranschaulichen, wie vielfältig die Technik des Profilings verwendet werden kann. Profiling wird zur Individualisierung und Personalisierung jeglicher Art eingesetzt; neben dem Marketingbereich wird Profiling insbesonde-

⁴¹ *Simitis/Scholz*, Art. 4 Nr. 4 Rn. 10.

⁴² *Härtig*, CR 2014, 528 ff.

⁴³ *Roßnagel*, ZD 2013, 562; *Roßnagel/Nebel*, DuD 2015, 455 ff.

⁴⁴ *Gola/Schulz*, Art. 7 Rn. 35.

⁴⁵ *Wenhold*, Nutzerprofilbildung, S. 44 ff. kritisiert zwar das Fehlen einer eindeutigen Definition der Profilbildung und fordert einen differenzierten Definitionsansatz, allerdings bezieht sie sich hier primär auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO. Im Abschnitt zur DSGVO setzt sie die Begriffe der Profilbildung bzw. des Profils nicht ins Verhältnis zum Profiling-Verständnis der DSGVO, sodass ihre Ausführungen den hiesigen Untersuchungsgegenstand nur am Rande betreffen.

⁴⁶ *Schantz/Wolff/Schantz*, Neues Datenschutzrecht, Rn. 730 ff.

re im Banken- und Versicherungsbereich sowie im Personalwesen verwendet. Anhand von drei Beispielen werden die heutigen Möglichkeiten des Profilings illustriert. Ebenfalls Teil des für die Lösung relevanten Sachverhalts ist die Darstellung der Faktoren, die die Entwicklung des Phänomens Profiling in seiner heutigen Form ermöglicht und begünstigt haben. Die Ausführungen zur rechtlichen Entwicklung sollen zeigen, dass – obwohl das Konzept des Profilings neu ist – die Diskussion um Profile, Persönlichkeitsabbilder und Persönlichkeitsprofile bis in die Anfänge des Datenschutzrechts zurückreicht.

Die beim Profiling ablaufenden technischen Prozesse sind Gegenstand des zweiten Kapitels. In einem Überblick werden zunächst die wesentlichen Eckpunkte herausgearbeitet. Beim Profiling kann danach differenziert werden, ob nur die gesammelten Daten eines einzigen Datensubjekts analysiert werden, hier als zweiphasiges Profiling bezeichnet, oder ob aus den Daten einer Vielzahl von anderen Datensubjekten abstrakte Wahrscheinlichkeitsaussagen abgeleitet und in einem mathematischen Modell zusammengefasst werden, das anschließend auf einzelne Datensubjekte angewendet wird. Diese Verfahrensweise wird in der Arbeit als dreiphasiges Profiling bezeichnet. Sie soll im Anschluss an den Überblick mit seinen technischen Besonderheiten ausführlicher dargelegt werden. Fokussiert werden dabei die mathematischen Methoden, die zur Erstellung der für das Profiling verwendeten Modelle herangezogen werden. Berücksichtigung finden aber auch die für die Erhebung der für das Profiling erforderlichen Datenmengen verwendeten technischen Instrumente, sog. Tracking.

Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit der Definition des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO. Es wird der Frage nachgegangen, wie die zuvor geschilderten technischen Sachverhalte in der Profiling-Definition der DSGVO abgebildet werden. Im Rahmen der Bestimmung von Anwendungsbereich und Reichweite der Definition wird die Vorgeschichte der Profiling-Definition im Gesetzgebungsverfahren dargelegt; insbesondere wird untersucht, inwieweit sich die Legaldefinition der DSGVO an der Profiling-Definition der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats⁴⁷ orientiert, auf welche sich der erste Vorschlag der Profiling-Definition durch die Art. 29-Gruppe bezog.⁴⁸ Darauf aufbauend werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Nr. 4 DSGVO beleuchtet.

⁴⁷ Vgl. die Profiling-Definition in Anhang 1 lit. e der Empfehlung CM/Rec(2010)13 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten über den Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Profiling v. 23.10.2010. Im Folgenden *Ministerkomitee*, Empfehlung CM/Rec(2010)13 on Profiling, abrufbar unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cdd0a (zuletzt abgerufen am 25.2.2020).

⁴⁸ *Art. 29-Gruppe*, Advice paper profiling, S. 2.

Profiling berührt die Begriffe des Profils und des Persönlichkeitsprofils, die auch schon vor Inkrafttreten der DSGVO eine Rolle spielten. Im Anschluss an die Definition wird das Verhältnis zum Profilbegriff untersucht und der von der DSGVO zugrunde gelegte Profilbegriff herausgearbeitet. Da die DSGVO auch den Begriff des Persönlichkeitsprofils behandelt, war zudem zu ermitteln, ob die DSGVO zwischen unterschiedlichen Profilbegriffen und damit zwischen unterschiedlichen Intensitäten von Profilen unterscheidet.

Das vierte Kapitel untersucht die Bestimmungen zur Rechtfertigung des Profilings in der DSGVO, insbesondere die mögliche Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO ebenso wie die den Datenverarbeiter treffenden Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO und die Rechte des Betroffenen, insbesondere das Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO. Dort wird anschließend auch die Verwendung der durch das Profiling erzeugten Erkenntnisse, also der Profile, untersucht, insbesondere wird auf Art. 22 DSGVO eingegangen. Diese Norm kann jedoch nicht den Datenverarbeitungsprozess des Profilings selbst rechtfertigen, sondern betrifft nur die dem Profiling nachgelagerte Verwendung von Profilen als Grundlage von Entscheidungen i. S. d. Art. 22 DSGVO.

Die Arbeit wird zeigen, dass die Definition des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO eng gefasst ist; es fallen daher nicht alle Datenverarbeitungen, die mit dem Profiling in technischer Hinsicht einhergehen, unter die Definition. Um ein vollständiges Bild über die Regulierung des Profilings zu erhalten, sind auch die für diese Phasen des Profilings geltenden Regeln darzustellen. Danach werden die den Mitgliedstaaten verbleibenden Regelungsspielräume im Bereich des Profilings untersucht.

Abschließend wird bewertet, ob der europäische Gesetzgeber interessengerechte Regelungen für das Profiling gefunden hat. Aufbauend auf den Ergebnissen dieser Bewertung werden einige Vorschläge zusammengestellt, wie die Regulierung des Profilings rechtssicherer gestaltet werden könnte. Das fünfte und letzte Kapitel trägt die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammen und schließt mit einem Ausblick.

Sachregister

- Algorithmen 27, 65 f., 239–241, 355
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 145 ff.,
327 ff.
Anonymisierung 96 f., 98, 294–296, 300 f.
Anwendungsphase, *siehe* Inferenzphase
Anwendungsvorrang EU-Recht 31, 127,
140, 324, 328
Art. 29-Gruppe 81 f., 88 f., 100 f., 103 f.,
156, 160
Art. 7 GRCh 144, 202–204, 213, 257
Art. 8 GRCh 143 f., 178, 202–204, 213, 311
Assumption Driven Approach 36, 61 f.
Audio Beacons 51, 282 f.
Automatisierte Entscheidungsprozesse 30,
74, 93, 156 f., 196, 235 f., 259 ff., 322
- BGH 145, 241, 325, 330
Bewerbungsverfahren 23 f., 188, 197, 217 f.,
262 f.
Big Data/Big Data Analytics 25–27, 35,
58 f., 62–64, 225, 305–307, 315–319
Bonuspunkteverträge 53 f., 190, 301
BVerfG 136–140, 145–148, 205
- Cambridge Analytica 18–20, 56, 104, 110,
144, 150 f., 272
Clustering 65, 68
Cookies 48 f., 197, 281, 285–287, 326
Cross Device Tracking 50–52, 282 f.
- Data Mining 27, 30, 35, 60–64, 86, 161
Data Science 59 f., 64, 161, 289
Datenaggregation 33, 38 f., 42 ff., 92, 100 f.,
270, 276 ff.
Datenanreicherung 56 f., 237, 283
Datenhandel 56 f., 237, 283
Datenrichtigkeit 250, 317 f.
- Datenschutzgrundsätze 79, 156, 159–161,
315–318
Datenschutzkonferenz 127 f., 199, 210 f.,
279 f., 325 f.
Datenschutzrichtlinie 30, 78, 166, 192, 202,
259 f., 297
Device Fingerprint 49, 285
Discovery Driven Approach 36, 61 f., 316
Diskriminierung 29, 104 f., 207 f., 217 f.,
255–257
Dossier, *siehe* Personendossier
Doxing 6, 129, 331
- Emotional Targeting 15 f., 103, 150, 214,
256 f., 268, 342
EPrivacy-Richtlinie/-Verordnung 280,
284–288, 324–326
Erforderlichkeit, Art. 6 I b 172–175, 187 f.,
191, 301
Erwägungsgründe 107 f., 113 f., 117,
123–125, 133, 156 f., 236 f., 274, 289 f.,
308 f.
EuGH 130 f., 145, 149 f., 202 f., 205 f., 214,
299, 319
Europäischer Datenschutzausschuss 100 f.,
109, 117 f., 158 f., 162, 173, 187 f., 212 ff.,
228, 266 ff.
- Facebook-Verfahren 169 f., 277 f.
False positives/false negatives 73, 114–116,
219, 250 f., 257 f.
Freiwilligkeit 167 ff., 177, 277, 287
- Grey Data 63
Group Privacy 271 f., 303
Gruppenbildung 36, 68 f., 71, 87, 101, 209,
213

- Gruppenprofil 68 f., 84–86, 88, 92 f., 117–120, 241
- Hand-made profiling 6, 129
- IBM Personality Insights 17 f., 56, 104, 110, 150 f., 214, 216 f., 220
- Identitätskern GG 140
- Individualität, *siehe* Persönlichkeit
- Inferenzphase 35, 61, 72, 86 f., 98, 100 f., 107, 159 ff.
- Informationelle Selbstbestimmung 143 f., 146 f., 176, 184, 209, 327
- Informiertheit 163 f., 167 f., 177, 180 ff., 233, 252 f., 254, 302
- Input-Daten, *siehe* Rohdaten
- Internet of Things 25, 43, 45
- Keystroke Dynamics 16, 37, 24
- Kompatibilitätstest 307, 312–314
- Kopplungsverbot 170 ff., 190, 277
- Kredit-Scorewert 112, 115, 125, 216, 220, 248 f., 251, 256
- Kredit-Scoring 20–22, 71, 110, 114 f., 191, 220, 241, 243, 263, 321–323, 336, 345
- Leitlinien EDSA 158 f.
- Leitlinien Profiling 100 f., 103, 109, 117, 124
- Machine Learning 23, 35, 64
- Manipulation 29, 207 f., 217 f., 255–257
- Manuelles Profiling, *siehe* hand-made profiling
- Microtargeting 18, 272 f.
- Ministerkomitee des Europarats 82 f., 85–89, 93, 107, 117
- Mobile Computing 26, 43, 48, 55
- Modellierungsphase 35, 59 ff., 84 f., 98 f., 101, 106 f., 218 f., 288 ff.
- Nutzerprofil 48, 124, 126 f., 134, 200, 279, 324 f.
- Observed Data 44–47, 54, 73, 249
- Offline-Tracking 54 f., 286
- Öffnungsklauseln 274, 320 ff., 328 f.
- Opt-Out/Opt-In 167, 324 f.
- Output-Daten 30, 34, 37 f., 72 f., 91, 112–116, 120–125, 147 f., 183–185, 227 f., 248 f., 252 ff.
- Payback-Programm, *siehe* Bonuspunkteverträge
- Personenbezug 96 f., 113–116, 201, 291, 297–299, 302, 328
- Personendossier 6, 28 f., 129, 205
- Persönlichkeit 16 f., 25, 29, 82, 103 f., 141–143, 151, 202 f., 204, 214
- Persönlichkeitsanalysen 17 ff., 23, 151
- Persönlichkeitsaspekte 35 f., 100 f., 103 f., 162, 185
- Persönlichkeitsbewertung 100 ff., 162
- Persönlichkeitsprofil 28 f., 130 ff., 188, 214, 217, 229, 257, 327–329
- ~definition 151 f.
- verfassungsrechtliches ~ 28 f., 136 ff., Persönlichkeitsprofil 152, 229
- Persönlichkeitsrelevanz von Daten 143, 150 f., 204, 213–215, 225, 269
- Predictive Analytics 12, 60, 62
- Privacy Paradox 177
- Privatleben 143 f., 145–148, 202, 205, 214
- Privatsphäre 143 f., 145–148, 151, 177, 202, 205, 214, 327
- Profil 118 ff., 123–126, 189, 205 f., 213 ff., 218, 277
- ~bildung 122 f., 125, 127, 205 f., 210 f.
- ~definition 116 f., 123–126
- Pseudonymisierung 96 f., 219, 291–293, 303, 312
- Psycholinguistik 17, 23
- Psychometrik 16 f., 150 f.
- Regelungsspielraum 320, 323, 329
- Re-Identifizierung 97, 294 ff., 300
- Right to Explanation 248, 274
- Rohdaten 29 f., 73, 75, 120–125, 127 f., 139 f., 147, 182–184, 205 f., 208, 219 f., 227 f., 249, 277
- Rohdatensammlung 124 f., 128 f., 277, 281 f.
- Scoring 36, 70 f., 110
- *siehe auch* Kredit-Scoring
- Schadensersatzanspruch 246, 328, 330 f.

- Schufa 191, 241
 – *siehe auch* Kredit-Scoring
- Sensible Daten 148 f., 188, 213 f., 224 ff., 274
- Social Plug-ins 48 f.
- Social Scoring 22, 220
- Sphärentheorie 145–149, 214
- Target-Fall 14 f., 36 f., 53, 109 f., 144, 163, 182, 185, 209, 220, 268
- Telemediengesetz 126 f., 280, 324 ff.
- Tracking 47–50, 120, 127, 269 f., 278–282, 284–287
- Transparenz/-grundsatz S.164, 198 f., 207, 232, 238
- Trilog 94, 132, 286, 310
- Ubiquitous Computing 26, 46, 55, 296, 300
- Verarbeitungszweck 159–161, 181, 234, 247, 302, 316
- *siehe auch* Zweckbindung
- Volkszählungsurteil 136 f., 146
- Volunteered Data 44, 54, 73, 249
- Web-Tracking, *siehe* Tracking
- Werbung
 – Direkt~ 195, 196 f., 222, 252, 280
 – personalisierte ~ 13 f., 174, 189, 216, 256 f., 265 ff.
 – politische ~ 18, 272 f.
- Widerspruchsrecht S.195 f., 199, 211, 221 f., 255, 271
- Zweckänderung 167, 228, 242, 305 f., 307 ff., 323
- Zweckbindung 159–161, 168, 201, 242, 238, 305 f., 307 ff., 316