

Erster Teil: Das Transparenzgebot – Zukunftsweisende Grundlage oder obsoletes Relikt des Datenschutzrechts?

§1: Einleitung und Problemstellung	21
I. Unabhängiges Internet	21
II. Abhängiges Internet	22
§2: Eingrenzung des Themas	25
I. Offene Datenverarbeitung	25
II. Verdeckte Datenverarbeitung	26
III. Grenzfälle zwischen verdeckter und offener Datenverarbeitung	28
IV. Verdeckte Datenverarbeitung im Lichte des Transparenzgebots	30
V. Transparenz als Lösung für verdeckte Datenverarbeitung	31
VI. Grenzen des Transparenzgebots	31
§3: Forschungsstand	33
§4: Gang der weiteren Untersuchung	35
I. Grundlagen	35
II. Datenschutzrechtliche Beurteilung	36
III. Potenzial und Grenzen des Transparenzgebots	36

Zweiter Teil: Grundlagen

§5: Begriffsbestimmungen und Vorfragen	39
I. Eingrenzung des zu untersuchenden Rechts	39
II. Schutzziel(e) des Datenschutzrechts	39

III.	Transparenz	40
1.	Wortbedeutung	40
2.	Transparenz im datenschutzrechtlichen Kontext	41
a)	Worum es nicht geht	41
b)	Arbeitsdefinition	42
c)	Bezug des Transparenzgebots zum Verarbeitungszweck	42
d)	Erforderlichkeit Art. 7 lit. e) DSRL - Datensparsamkeit	45
e)	Verhältnis vom untersuchten Transparenzgebot und Auskunftsrechten	45
IV.	Informationen und Daten	47
V.	Datenrisiko	49
1.	Datenrisiko unter der DSGVO	49
2.	Kritik	53
§6:	Inhaltsbestimmung des Transparenzgebots	55
I.	Anwendbarkeit der untersuchten Normen	55
II.	Völkerrecht	56
1.	EMRK	56
a)	Entstehung und Einordnung der EMRK	56
b)	Unterschiede der unterschiedlichen Sprachfassungen	57
c)	Grundlagen des Art. 8 EMRK	57
aa)	Schutzbereich	58
bb)	Eingriff	60
aaa)	Allgemeines	60
bbb)	Eingriffe durch verdeckte Datenverarbeitung	60
cc)	Rechtfertigung	62
aaa)	Übereinstimmung mit dem Gesetz	63
bbb)	Legitimes Ziel	63
ccc)	Verhältnismäßigkeit	64
dd)	Schutzpflichten	64
ee)	Umfang und Grenzen von Art. 8 EMRK	65
d)	Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK	65
aa)	Telos des Art. 8 EMRK	65
bb)	Bestimmtheitsgebot	67
cc)	Berechtigte Erwartung	71
dd)	Kenntnis des Betroffenen	74

ee)	Keine Unterscheidung zwischen Inhaltsdaten und Metadaten	74
ff)	Bei Gelegenheit erlangte Daten	76
gg)	Ansätze eines Zweckbindungsgrundsatzes	76
hh)	Weitere Anspekte	77
ii)	Bezug zu anderen Rechtsnormen	78
e)	Zusammenfassung und Ergebnis	78
aa)	Allgemeine Beobachtungen zur Rechtsprechung	78
bb)	Auffälligkeiten von Art. 8 EMRK	79
cc)	Das Transparenzgebot nach Art. 8 EMRK und der Rechtsprechung des EGMR	80
2.	Datenschutzkonvention des Europarats	83
a)	Entwicklung und Bedeutung der Konvention	83
b)	Berücksichtigung der Regelungsrichtung der Konvention	83
c)	Transparenz in der ursprünglichen Datenschutzkonvention	84
aa)	Regelungen in Art. 8 lit. a. DSK-alt	84
bb)	Ausnahmen von Art. 8 lit. a. DSK-alt	85
d)	Das Transparenzgebot in der modernisierten Fassung	85
e)	Ausnahmeregelungen	87
aa)	Art. 9 DSK-Mod.	88
aaa)	Art. 9 lit. a. DSK-Mod.	89
bbb)	Art. 9 lit. b. DSK-Mod.	90
ccc)	Art. 9 lit. c. DSK-Mod.	90
ddd)	Art. 9 lit. d. DSK-Mod.	90
eee)	Art. 9 lit. e. DSK-Mod.	91
fff)	Art. 9 lit. f. DSK-Mod.	91
ggg)	Art. 9 lit. g. DSK-Mod.	91
bb)	Art. 10 DSK-Mod.	91
cc)	Art. 11 DSK-Mod.	92
f)	Zusammenfassung	94
aa)	Inhalt des Transparenzgebots	94
bb)	Bedeutung des Transparenzgebots	94
cc)	Durchsetzung des Transparenzgebots	95
dd)	Entwicklung des Transparenzgebots	95
3.	Weitere Rechtsquellen des Völkerrechts	96
III.	Unionsrecht	97
1.	Primärrecht	97

a)	Vorüberlegungen	97
b)	Datenschutzrechtliche Bedeutung der GrCh	99
aa)	Einführung	99
bb)	Art. 7 GrCh	99
cc)	Art. 8 GrCh	101
dd)	Zusammenfassung zur GrCh	102
c)	AEUV und EUV	103
d)	Rechtsprechung des EuGH	103
aa)	Vorüberlegungen und Einführung	103
bb)	Vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon	104
cc)	Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon	107
dd)	Verhältnis zur EMRK	122
e)	Zusammenfassung	122
aa)	Verhältnis von Art. 7 und 8 GrCh	125
bb)	Rolle der EMRK in der Rechtsprechung des EuGH	126
cc)	Rolle der GrCh in der Rechtsprechung des EuGH	127
dd)	Erkenntnisse für das Transparenzgebot	129
ee)	Rolle gegenüber Privaten	130
2.	Sekundärrecht	131
a)	Richtlinie 95/46/EG	131
aa)	Erwägungsgründe	132
bb)	Operativer Teil	135
cc)	Zusammenfassung	137
b)	Weitere Richtlinien	138
c)	Die DSGVO	141
aa)	Erwägungsgründe	142
bb)	Operativer Teil	148
cc)	Zusammenfassung	159
d)	Die ePrivacyVO-E	161
e)	Zusammenfassung	163
IV.	Nationales Recht	165
1.	Datenschutz im Grundgesetz	165
a)	Informationelle Selbstbestimmung	165
b)	Entscheidungen vor dem Volkszählungsurteil	166
c)	Das Volkszählungsurteil	167

d)	Entwicklungen der Rechtsprechung nach dem Volkszählungsurteil	169
	aa) Rasterfahndung	170
	bb) Großer Lauschangriff	172
	cc) Vorratsdatenspeicherung	174
	dd) Telekommunikationsgesetz	177
	ee) Weitere Erkenntnisse aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	179
e)	Linien der Literatur zur Rechtsentwicklung	185
f)	Weitere Rechtsprechung zum Datenschutzrecht	189
g)	Zusammenfassung	191
	aa) Das Transparenzgebot jenseits der informationellen Selbstbestimmung	192
	bb) Entwicklung des Transparenzgebots	192
	cc) Entwicklung im Lichte des technischen Fortschritts	195
	dd) Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen von Privaten	195
2.	Entwicklungen im Bundesdatenschutzgesetz	196
a)	Bundesdatenschutzgesetz vor der DSGVO	196
	aa) § 4 Abs. 2 BDSG-alt	196
	bb) § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG-alt	198
	cc) § 6 Abs. 2 Satz 1 BDSG-alt	199
	dd) § 6a Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 BDSG-alt	199
	ee) § 28 BDSG-alt	200
	ff) § 29 Abs. 7 BDSG-alt	200
	gg) § 33 BDSG-alt	201
	hh) § 42a BDSG-alt	201
b)	BDSG-Novelle zur Umsetzung der DSGVO	201
c)	Zusammenfassung	205
3.	TMG	205
V.	Ergebnis	207
1.	Der „unbekannte blinde Fleck“ der Rechtsprechung	207
2.	Unterschiede beim Schutzzweck des Transparenzgebots	208
	a) Völkerrecht	208
	b) Unionsgrundrechte	208
	c) BDSG und DSGVO	209
3.	Inhaltsbestimmung des Transparenzgebots	209
4.	Funktionen des Transparenzgebots	211

5. Bedeutung des Transparenzgebots	212
6. Rolle des Transparenzgebots zwischen Privaten	213

Dritter Teil:
Rechtliche Bewertung der Transparenz der Datenverarbeitung

§7: Einführung zu den Beispielen	217
I. Weitere Themeneingrenzung	217
1. Keine Relevanz der Auftragsverarbeitung	217
2. Das Internet als gemeinsamer Nenner aller Beispiele	219
3. Informationspflicht und Auskunftsrecht	219
4. Windows 10	219
II. Zur Wahl der Beispiele	220
§8: Eingebundene Inhalte Dritter	221
I. Art und Weise der Datenverarbeitung	221
1. Verdeckte und offene Datenverarbeitung	221
2. Technische Details der Datenverarbeitung	222
II. Risiko der Daten	223
III. Praktische Relevanz eingebundener Inhalte	225
1. Allgemeines	225
2. Google Fonts und Wordpress	225
3. Ähnliche Problemkonstellationen	226
IV. Rechtslage vor der DSGVO	227
1. Dienstbietereigenschaft des Webseitenbetreibers	227
2. Nutzungsdaten und Erforderlichkeit	229
3. Personenbezug	231
4. Rechtsfolgen des Personenbezugs	232
5. Transparenzpflichten des Dienstbieters	234
a) Grundsätzliches	234
b) Datenerhebung durch den Dienstbieter bei Drittinhalten	235
c) Umfang der Transparenz am Beispiel	239
d) Umsetzung der Transparenz	239
V. Rechtslage nach der DSGVO	240
1. Die EDSRL und die DSGVO	241
2. Anwendbarkeit der DSGVO	242

3.	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	244
a)	Allgemeines	244
b)	Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO	245
aa)	Berechtigtes Interesse	245
bb)	Erforderlichkeit	247
cc)	Interessenabwägung	248
4.	Rechtsfolgen für die Verantwortliche	250
a)	Informations- und weitere Transparenzpflichten	250
b)	Pflichtenkatalog im Vergleich zum TMG	251
c)	Der Verantwortliche	251
VI.	Grenzen und Wirkung der Transparenz	252
1.	Transparenz	252
2.	Umsetzung von Transparenz	253
a)	Wordpress	253
b)	Google	253
c)	Webseitenbetreiber	255
3.	Wirksamkeit des Transparenzgebots	255
a)	Kenntnisnahmemöglichkeiten durch Betroffene	256
b)	Bewertung unter Berücksichtigung der Ergebnisse zum Transparenzgebot	257
c)	Ergebnis	258
VII.	Weitere Überlegungen zu eingebundenen Inhalten	259
1.	Transparenz durch Datenschutzerklärungen	259
2.	Datenschutz und Hyperlinks - Parallele Problemlagen	260
3.	Neue Störerhaftung im Datenschutzrecht	261
§9:	Nutzerverfolgung	263
I.	Eine kleine und nicht umfassende Geschichte und ein Ausblick auf die Nutzerverfolgung im WWW	265
II.	Art und Weise der Datenverarbeitung	267
1.	Auf die Session beschränkte Methoden	269
2.	Persistente Methoden	269
a)	Methoden unter Verwendung des lokalen Speichers des Betroffenen	270
aa)	Konventionelle Browser-Cookies	270
bb)	Flashcookies	271
b)	HTML5	272
c)	Methoden unter Verwendung des Browsercaches	272
d)	Methoden ohne lokale Speicherung	275

III. Risiko der Daten	278
1. Akteure	280
a) Allgemeine Einordnung	280
b) Versuchsbeschreibung	281
c) Stichprobengruppe 1 - Tageszeitungen	282
d) Stichprobengruppe 2 - Universitäten	286
e) Stichprobengruppe 3 - Internetkaufhäuser	286
f) Zusammenfassung	286
g) Entwarnung durch technischen Datenschutz?	287
2. Pseudonymisierung und Anonymisierung	288
a) Inhaltsbestimmung von „Anonymität“	289
aa) Natürlicher Sprachgebrauch	289
bb) Negative Definition anhand von Pseudonymität	290
cc) Datenschutzrechtlicher Begriff	291
dd) Zusammenfassung	291
b) Anonymität aus datenschutzrechtlicher und technischer Sicht	291
aa) Zur tatsächlichen Anonymität - Forschung zur Funktionalität von Anonymisierung bei großen Datenbeständen	292
bb) Zur rechtlichen Anonymität - Anonymität aus datenschutzrechtlicher Sicht	297
c) Zwischenergebnis	301
d) Schlussfolgerungen für das Datenschutzrecht	302
aa) De lege lata	302
bb) De lege ferenda	304
e) Zusammenfassung	306
IV. Anzuwendendes Datenschutzrecht	306
1. Trackingcookies	307
a) Alte Rechtslage gemäß TMG	308
aa) Personenbezug der Daten	308
bb) Widersprüchliche Normwortlaute	309
cc) Dienstanbieter und verantwortliche Stelle	310
dd) Erforderlichkeit von Cookies	311
ee) Einwilligung zum Cookie	311
ff) Bestehen und Umfang von Transparenzpflichten	311
b) Rechtsänderung durch DSGVO und ePrivacyVO-E	312
aa) DSGVO	313

bb) ePrivacyVO-E	314
2. Fingerprintingtechnik im Lichte der DSGVO	316
a) Personenbezug eines Fingerprints	318
b) Verantwortliche Stelle	319
3. Kenntnisnahmemöglichkeiten durch Betroffene	319
4. Zusammenfassung	320
V. Praktische Relevanz der Nutzerverfolgung	321
1. Forschung zum Einsatz von Tracking	321
a) Hintergründe zum Einsatz von Tracking	321
b) Zielsetzungen	324
2. Verbreitung von Tracking	325
3. Quantitative Erstuntersuchung 01.03.2018	326
a) Tageszeitung	326
b) Internetkaufhaus	329
c) Universität	329
4. Nachuntersuchung am 25.05.2018	330
5. Zusammenfassung	331
VI. Ergebnis	332
1. Folgeprobleme von Tracking	333
2. Kenntnisnahmemöglichkeiten durch Betroffene	333
3. Bewertung unter Berücksichtigung der Ergebnisse zum Transparenzgebot	334
§10: Betriebssysteme und integrierte Geräte	335
I. Untersuchungsgegenstand	335
1. Art und Weise der Datenerhebung	335
a) Betriebssysteme	336
b) Smartphones	337
c) Integrierte Geräte	337
d) Zusammenfassung	338
2. Risiko der Daten	338
3. Praktische Relevanz	339
4. Zusammenfassung	340
II. Umsetzung der Informationspflichten	340
1. Datenschutzerklärung	340
2. Allgemeine Datenschutzhinweise und Allgemeine Hinweise zu Windows 10	342
3. Hinweise zu Positionsdiensten und Spracherkennung	347
III. Betriebssystem und DSGVO	352

1. Landesdatenschutzbeauftragte Bayern zu Windows 10	352
2. Niederländische Datenschutzaufsicht zu Windows 10	353
3. Weitere Landesdatenschutzbeauftragte zu Windows 10	354
4. Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO	354
IV. Ergebnis	355
1. Kenntnisnahmemöglichkeiten durch Betroffene (Transparenzgebot)	355
2. Bewertung unter Berücksichtigung der Ergebnisse zum Transparenzgebot	356
§11: Zwischenergebnis	357
I. Datenschutzerklärung als Hindernis für informierte Entscheidungen	357
II. Informationelle Selbstbestimmung und Ressourcenbindung	358
III. Verfahrensgestaltung und Kontrolle	359
IV. Unreflektierte Transparenz in Standarderklärungen	362

**Vierter Teil:
Grenzen und Potenzial des Transparenzgebots**

§12: Grenzen des Transparenzgebots	367
I. Datenschutzerklärungen	367
1. Sinn und Zweck de lege lata	367
2. Sinn und Zweck anhand der praktischen Umsetzung	368
3. Grenzen	371
4. Nutzungsgewohnheiten und Medienkompetenz als relevante Faktoren	373
5. Abwägungstransparenz am Beispiel von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO	376
II. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit	376
III. Einfache Sprache	377
IV. Transparenz bei Beeinträchtigungen durch Dritte	378
V. Technische Transparenz	380
VI. Unzumutbarkeit technischer Transparenz	381
VII. Transparenz als Ursprung informationeller Selbstbestimmung	382
VIII. Datenschutz jenseits statischer Sachverhalte	383

IX. Datenschutz jenseits von Transparenz	384
§13: Potenzial des Transparenzgebots	387
I. Transparenz als Mittel zur Komplexitätsreduktion	387
II. Berechtigte Erwartungshaltung und die Relevanz von Informationen	388
1. Perspektive - Wessen Erwartung ist maßgeblich?	389
2. Maßstab - Wann ist die Erwartung berechtigt?	389
3. Maßstab	391
III. Darstellung aller weiteren Verantwortlichen	391
IV. Mehr als Techniktransparenz	392
1. Technikneutrale Transparenz ohne Techniktransparenz	392
2. Transparenz mit technischen Gegenmaßnahmen?	393
3. Zumutbarkeit für die Verantwortlichen	394
4. Darstellung technischer Widerspruchsmöglichkeiten	396
5. Reaktionserfordernis oder nur Möglichkeit einer Reaktion - Anforderungen an Transparenz	397
V. Verhaltenstransparenz	398
§14: Zusammenfassung und Ausblick	399
I. Die Weiterentwicklung des Transparenzgebots	399
1. Datenschutzrecht ohne Transparenz?	400
2. Beschränkung der Informationspflichten de lege ferenda	401
3. Datenschutz jenseits individueller Rechte	404
4. Individualrechtlicher Datenschutz	405
5. Notwendigkeit von materiell-rechtlicher Transparenz	407
6. Synthese: Mehr Transparenz über Verantwortliche	407
II. Offene Fragen jenseits dieser Arbeit	408
III. Zusammenfassung	409
IV. Thesen	410
Literatur- und Quellenverzeichnis	413
Abbildungsverzeichnis	447