

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

3. Kapitel: Definition des Profilings und Profilbegriffs nach der DSGVO	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
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
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
5. Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick	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>	<i>1</i>
<i>B. Untersuchungsgegenstand</i>	<i>3</i>
<i>C. Stand der Forschung</i>	<i>7</i>
<i>D. Gang der Darstellung</i>	<i>8</i>
1. Kapitel: Profiling als Lebenssachverhalt	11
<i>A. Typische Anwendungsfelder von Profiling</i>	<i>11</i>
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>	<i>25</i>
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>	<i>33</i>
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
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
A. Überblick	78
B. Die Definition des Profiling in Art. 4 Nr. 4 DSGVO	79
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
cc) 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 berechnigte 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) Berechnigte Interessen des Datenverarbeiters	194
(a) Grundsätzlich	194
(b) Profiling i. e. S. als berechnigtes 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 Profilings 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 Datenschutzsausschusses	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
<i>B. Nutzung der generierten Output-Daten nach der DSGVO</i>	<i>252</i>
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 berechnete 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
C. Für das Profiling im weiteren Sinne geltende Vorschriften	276
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 berechtigte 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 Profilings 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 Profilings 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 Profilings	342
III. Zusammenfassung	342
IV. Konkretisierungsvorschläge	343

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