

Raphael Hoffmann

Profilbildung unter der DSGVO

Digitale Persönlichkeitsprofile im Spannungsfeld zwischen
Unternehmensinteresse und Persönlichkeitsrecht



Nomos

Frankfurter Studien zum Datenschutz

Veröffentlichungen der Forschungsstelle
für Datenschutz an der Goethe-Universität
Frankfurt am Main

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h.c. Spiros Simitis
Prof. Dr. Indra Spiecker genannt Döhmann, LL.M.

Band 59

Raphael Hoffmann

Profilbildung unter der DSGVO

Digitale Persönlichkeitsprofile im Spannungsfeld zwischen
Unternehmensinteresse und Persönlichkeitsrecht



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Oldenburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6918-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-2165-3 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Paten Thomas und Uwe gewidmet

„Increasingly, each individual is living alongside a counterpart who exists in the world of computer databases, a digital person constructed not of flesh and blood but of bits and bytes of data.“¹

„Although privacy certainly protects individuals, this does not mean that privacy is an individualistic right. Understanding privacy as having a social value – the benefits it confers on society by enhancing and protecting certain aspects of selfhood – does not oppose the individual to the community or value privacy solely in terms of its benefits to particular individuals.“²

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten sollte im Dienste der Menschheit stehen. Das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten ist kein uneingeschränktes Recht; es muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden“ (ErwGr 4 S. 1, 2 DSGVO).

1 Solove 2008: 119.

2 Solove 2008: 92.

Vorwort

„Persönlichkeitsprofil“ und „Profilbildung“ sind gesellschaftliche Reizworte. Sie spiegeln die Sorge davor, gegenüber dem Staat bzw. Unternehmen zum „gläsernen“ Bürger bzw. Konsumenten, Arbeitnehmer oder Versicherten zu werden. Diese Sorge paart sich oftmals mit einer resignativen Haltung: Die Macht der großen Konzerne und/ oder des Staates lässt ein Aufbegehren gegen die Auswertung der eigenen Persönlichkeit als aussichtslos erscheinen. Neben Sorge und Resignation gesellt sich bei vielen Personen die vermeintliche Erkenntnis, dass es ohne Profilbildung nicht geht: Detaillierte fremdbestimmte Profilbildungen werden als Voraussetzung für den allseits gewünschten Wohlstand, die eigene Sicherheit und/ oder das Mithalten im globalen Wettlauf um die neuesten Technologien akzeptiert. Wer nicht mitmacht, ist schon „out“.

Datenschutz als mögliche Lösung unbestreitbar ausufernder Profilbildungen hat in der Trias aus Sorge, Resignation und Fortschrittsbekenntnis oft keinen Platz. Er wird vielerorts noch immer als Fortschrittsbremser empfunden.³ Eine solche Wahrnehmung basiert in der Regel jedoch auf einem unzureichenden und verkürzten Verständnis von Datenschutz. Es wird übersehen, dass Datenschutz teleologisch nicht einseitig Datenverarbeitungen verhindern möchte, sondern vielmehr einen Ausgleich zwischen wirtschaftlichen und/ oder staatlichen Interessen – u.a. an der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen – auf der einen Seite und dem iSBR des Betroffenen auf der anderen Seite anstrebt. *Datenschutz als Praxis* sollte insofern der Versuch sein, divergierende Grundrechte miteinander in Einklang zu bringen.⁴

3 Dazu sehr anschaulich Boehme-Neßler in IDPL 2016: 224f. Siehe auch Bitkom 05.05.2014: 26.

4 Sehr deutlich ErwGr 4 DSGVO. Eine andere Ansicht vertritt traditionell die DSAB Schleswig-Holstein, indem sie zur generellen „Datenaskese“ aufruft (z.B. in Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. [vzbv] 19.12.2003: 3 oder in DSAB Schleswig-Holstein 09.2010: 44). Die Behörde übersieht, dass eine umfangreiche Datenverarbeitung sehr wohl zulässig sein kann und auch nicht dem Datenminimierungs- und Erforderlichkeitsgrundsatz (II.4.4.2) widersprechen muss, wenn sie zur Erfüllung eines legitimen Zwecks erforderlich ist bzw. vom Betroffenen gewünscht wird.

Der Versuch, zwischen Persönlichkeitsrechten und Unternehmensinteressen zu vermitteln, erweist sich insb. bei der datenschutzrechtlichen Regulierung von Profilbildungen durch Unternehmen als große Herausforderung. Das Profil als zu einem Persönlichkeitsbild verdichtete Akkumulation von Daten ist wirtschaftlich vor allem dann interessant, wenn es möglichst reich an Daten aus möglichst vielen Quellen ist und detaillierte Rückschlüsse auf Verhaltensweisen, Vorlieben und/ oder Eigenschaften einer Person erlaubt (II.1.3.1). Für die Person selbst sind solche Persönlichkeitsprofile heute bereits in vielen Bereichen Sinnstifter, wissen sie doch vermeintlich mehr über das eigene Leben (z.B. über den Gesundheitszustand oder den aktuellen Inhalt des Kühlschranks), als sie selbst. Persönlichkeitsprofile geben Orientierung in einer zunehmend komplexen Welt. Auch wenn man in diesem Fremdprofilierungstrend mittels moderner Technologien eine Entmündigung der Person sehen möchte, so bleibt es in vielen Fällen doch unverkennbar diese selbst, die die Profilbildung aktiv initiiert.

In vielen Fällen hat die Person allerdings aufgrund fehlender Sachkompetenz nicht die Gefahren und Risiken vor Augen, die aus der Profilbildung für die Selbstbestimmung ihrer Persönlichkeit folgen können. Ziel des Datenschutzes muss es hier sein, die Entscheidungssituation und die Entscheidungskompetenz des Betroffenen zu gewährleisten, etwa durch Transparenzpflichten. Dort, wo sich dem Betroffenen eine Entscheidungssituation – etwa aufgrund wirtschaftlicher Zwänge – gar nicht stellt, muss der Datenschutz andere Wege finden, um den Ausgleich zwischen Persönlichkeitsrecht und Unternehmensinteressen sicherzustellen. Solche Wege können bestimmte von der Einbindung des Betroffenen unabhängige Vorgaben an die Datenverarbeitung sein, aber auch ein gänzlich Verarbeitungsverbot. In solchen *ausgleichenden* gesetzlichen Vorgaben ist keine „Bevormundung“ zu sehen (II.4.3.1).

Das Postulat eines stets selbstbestimmten Bürgers/ Konsumenten ist ebenso lebensfern wie der Versuch, dem Betroffenen jegliche Entscheidungsbefugnis über die Verarbeitung seiner Daten zu nehmen. Aus grundrechtlicher Sicht muss dem Betroffenen eine möglichst große Entscheidungsbefugnis über die eigenen Daten zukommen. Letztere sind nicht als Eigentum des Betroffenen anzusehen,⁵ sondern vielmehr als ein gesell-

5 Taeger in Taeger/ Gabel 2019: DSGVO, Art. 6, Rn. 25; Schneider/ Forgó/ Helfrich in Forgó et al. 2017: Rn. 32. Eine ausführliche Kritik an einer herrschaftsrechtlichen Schutzgut-Konzeption des Datenschutzrechts findet sich bei Marsch 2018: 99ff.

schaftliches Teilhabevehikel. Wer die eigenen Daten geschützt weiß, kann sich kreativ entfalten, Emotionen Ausdruck verleihen und Gesellschaft mitgestalten.⁶ Datenschutz als Vermittlung zwischen Persönlichkeitsrecht und Unternehmensinteressen ist insofern ein wichtiges Fundament der freien Entfaltung und Meinungsäußerung einer Person.

Die vorliegende Arbeit wurde kurz nach dem Inkrafttreten der DSGVO am 24.05.2016 zu schreiben begonnen. Die Arbeit wurde damit in einer datenschutzrechtlichen Übergangs- und Umbruchszeit geschrieben. Die DSGVO und das neue BDSG sind inzwischen zwar geltendes Recht, jedoch verbleiben zu beiden Gesetzen viele Fragen an Bedeutung und Auswirkungen einzelner Normen. Auch das Verhältnis zu anderen europäischen und nationalen Vorschriften mit datenschutzrechtlichem Bezug ist teilweise noch ungeklärt. Aufgrund der teils noch jungen Rechtskommentierung in Literatur und Rechtsprechung wurde an manchen Stellen auf Literatur zum BDSG a.F. zurückgegriffen, soweit die angeführte Fundstelle vor dem Hintergrund des neuen Rechts als weiterhin gültig anzusehen ist.

Hinsichtlich des TMG wird die Auffassung vertreten, dass die Regelungen der §§ 11ff. TMG aufgrund der (partiellen) Fortgeltung der Richtlinie 2002/58/EG (Art. 95 DSGVO) teilweise, nämlich bzgl. Fragen der Verarbeitungserlaubnis beim Online-Profilings, auch nach dem 25.05.2018 wirksam geblieben sind und nicht von der DSGVO verdrängt werden.⁷ Unter III.2.7.2 werden Kriterien für eine sinnvolle Ausgestaltung der EPVO erörtert, die sich zum Einreichungszeitpunkt dieser Arbeit noch im Entwurfsstadium befand.⁸

6 Grundlegend zur psychosozialen Funktion des Datenschutzes: Boehme-Neßler in IDPL 2016: 225ff.

7 So auch Schmitz in Spindler et al. 2018: Abschnitt 4, Vorbemerkung, Rn. 14, 19, 22ff.; Hanloser in beck-community 10.07.2017. Zustimmend wohl auch Venzke-Caprarese in DuD 2018: 158. A.A. u.a. DSK 29.03.2019; Sydow in Sydow 2017: Einleitung, Rn. 43.

8 Zu einem Ausblick auf die weitere Entwicklung: Taeger in BB 2019: Heft 20, I.

Danksagung

Diese Arbeit wurde vollständig berufsbegleitend konzipiert und geschrieben. Daher gilt mein erster Dank meinen ehemaligen Arbeitgebern ISiCO Datenschutz GmbH (Frau RAin Simone Rosenthal, Frau RAin Kathrin Schürmann) und activeMind AG (Herr RA Klaus Foitzick), die mir über mehrere Jahre hinweg – selbst in stressigen DSGVO-Vorbereitungszeiten – die Arbeit in Teilzeit ermöglicht haben. Meinen ehemaligen Kollegen danke ich für den wertvollen fachlichen Austausch auch nach Feierabend.

Besonders großen Dank schulde ich jedoch meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Volker Boehme-Neßler, der mir die Umsetzung der Ziele dieser Arbeit von Anfang an zugetraut hat. Den Gesprächen mit ihm verdanke ich sehr wertvolle inhaltliche und methodische Impulse, aber auch viel Ansporn und Motivation. Seine stets entschiedene Ansage, weiter mit der Arbeit voranzuschreiten, über fachliche Grenzen hinauszudenken und eigene Gedanken zu entwickeln – all das hat sehr zum schnellen Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Herrn Prof. Dr. Prof. h. c. Jürgen Taeger danke ich sehr herzlich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Sehr erfreut bin ich zudem über die freundliche Aufnahme meiner Arbeit durch Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Spiros Simitis und Frau Prof. Dr. Indra Spiecker genannt Döhmann in ihre wunderbare Schriftenreihe – dafür sei auch ihnen herzlich gedankt.

Nicht zuletzt danke ich meinen Eltern, meinen Brüdern, meinen Paten und meinen Freunden, die mir durch ihre große Unterstützung in anderen Lebensbereichen den Rücken freigehalten haben.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	31
II. Die datenschutzrechtlichen Grundlagen von Profilbildungen	41
1. Definition des Persönlichkeitsprofils	41
2. Zugehörigkeit des Persönlichkeitsprofils	63
3. Bereitstellung des Persönlichkeitsprofils	78
4. Datenschutzrechtliche Brisanz der Profilbildung	102
5. Datenschutzrechtliche Mittel zur Steuerung der Profilbildung	137
III. Die datenschutzrechtlichen Grenzen von Profilbildungen	162
1. Das Profil als Produktionsgrundlage	163
2. Das Profil als Kommunikationsgrundlage	221
3. Das Profil als Kalkulationsgrundlage	274
4. Das Profil als Argumentationsgrundlage	336
IV. Zusammenfassung	387

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	11
Abkürzungen	25
I. Einleitung	31
1. Ziel und Perspektive der Arbeit	31
2. Terminologie der Arbeit	32
3. Thematische Einführung	34
3.1 Profilbildung als unverzichtbares Element der modernen Gesellschaft	34
3.2 Profilbildung als datenschutzrechtliche Herausforderung	35
4. Thematische Abgrenzung	37
5. Struktur der Arbeit	38
II. Die datenschutzrechtlichen Grundlagen von Profilbildungen	41
1. Definition des Persönlichkeitsprofils	41
1.1 Einleitung	41
1.2 Was ist ein Persönlichkeitsprofil?	41
1.2.1 Definition des Profildebegriffs	41
1.2.2 Phänomenologie des Profils	43
1.2.3 Abgrenzung zu profillosen Daten	45
1.2.4 Persönlichkeitsprofile	47
1.3 Wie werden Persönlichkeitsprofile wirtschaftlich genutzt?	49
1.3.1 Der wirtschaftliche Nutzen von Persönlichkeitsprofilen	49
1.3.2 Abgrenzung zur Rufbildung	53
1.3.3 Einzelne Arten von Wirtschaftsprofilen	56
1.4 Fazit	62

2. Zugehörigkeit des Persönlichkeitsprofils	63
2.1 Einleitung	63
2.2 (Wie) kann der Betroffene sein Profil verwerten?	64
2.2.1 Wirtschaftliches Verwertungsverlangen versus Datenschutzrecht	64
2.2.2 Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten	67
2.2.3 Datenschutzrechtliche Grundlage für die Einräumung von Nutzungsrechten	69
2.3 Lässt sich ein eigentumsrechtlicher Verfügungsschutz über Daten begründen?	74
2.4 Fazit	77
3. Bereitstellung des Persönlichkeitsprofils	78
3.1 Einleitung	78
3.2 Mit welchen Methoden kann ein Persönlichkeitsprofil bereitgestellt werden?	79
3.2.1 Observation	79
3.2.2 Kommunikation	80
3.2.3 Dokumentation	81
3.3 Auf welchen rechtlichen Grundlagen kann ein Persönlichkeitsprofil bereitgestellt werden?	81
3.3.1 Verarbeitungsgrundlagen (allgemein)	82
3.3.2 Bereitstellung auf Grundlage eines Vertrags (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO)	84
3.3.3 Bereitstellung auf Grundlage berechtigter Unternehmensinteressen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO)	86
3.3.4 Bereitstellung auf Grundlage einer Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO)	89
3.3.5 Transfergrundlagen (allgemein)	93
3.3.6 Datentransfer zu einem anderen Verantwortlichem	97
3.3.7 Auftragsverarbeitung	97
3.3.8 Verarbeitung unter gemeinsamer Verantwortung	100

3.4	Fazit	101
4.	Datenschutzrechtliche Brisanz der Profilbildung	102
4.1	Einleitung	102
4.2	Wann findet Datenschutzrecht Anwendung?	103
4.2.1	Vorliegen personenbezogener Daten	103
4.2.2	Besondere Kategorien personenbezogener Daten	111
4.2.3	Keine Anwendbarkeit trotz Personenbezug	113
4.3	Was schützt das Datenschutzrecht?	115
4.3.1	Schutz vor einer Persönlichkeitsbeeinträchtigung	115
4.3.2	Schutz des freien (Wirtschafts-)Verkehrs personenzbezogener Daten	120
4.4	Mit welchen (ehemaligen) Datenschutzgrundsätzen konflicieren Profilbildungen?	123
4.4.1	Direkterhebungsgrundsatz (§ 4 Abs. 2 S. 1 BDSG a.F.)	123
4.4.2	Datenminimierungs- und Erforderlichkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO)	125
4.4.3	Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO)	127
4.4.4	Speicherbegrenzungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO)	129
4.4.5	Vertraulichkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO)	131
4.4.6	Transparenzgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO)	132
4.4.7	Datenrichtigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO)	134
4.5	Fazit	135
5.	Datenschutzrechtliche Mittel zur Steuerung der Profilbildung	137
5.1	Einleitung	137
5.2	Was erfordert die Einführung einer Profilbildung?	139
5.2.1	Prüfung und Konsultation	139
5.2.2	Datenausschluss/ Datenvielfalt	142

5.2.3	Schutzmaßnahmen	143
5.2.4	Automatisierungsvorbehalt	145
5.2.5	Information des Betroffenen	148
5.3	Was ist bei der Durchführung einer Profilbildung zu beachten?	151
5.3.1	Auskunftsrecht	151
5.3.2	Berichtigungs-, Einschränkungs- und Löschungsrecht	154
5.3.3	Eingriffsrecht bei automatisierter Einzelentscheidung	156
5.3.4	Widerspruchs- und Widerrufsrecht	157
5.3.5	Benachrichtigung bei Datenschutzverletzung	158
5.4	Fazit	160
III.	Die datenschutzrechtlichen Grenzen von Profilbildungen	162
1.	Das Profil als Produktionsgrundlage	163
1.1	Einleitung	163
1.2	Bereitstellungszwecke	165
1.2.1	Angebot eines sozialen Netzwerkes	165
1.2.2	Angebot einer Auskunftstätigkeit	168
1.2.3	Angebot einer Werbeplatzauktion	171
1.2.4	Angebot eines Online-Spieles	173
1.3	Bereitstellungskonstellation I: Angebot eines sozialen Netzwerkes	175
1.3.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	175
1.3.2	Verantwortlichkeit	180
1.4	Bereitstellungskonstellation II: Angebot einer Auskunftstätigkeit	183
1.4.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	183
1.4.2	Verantwortlichkeit	183
1.5	Bereitstellungskonstellation III: Angebot einer Werbeplatzauktion	184
1.5.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	184

1.5.2	Verantwortlichkeit	186
1.6	Bereitstellungskonstellation III: Angebot eines Online-Spieles	187
1.6.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	187
1.6.2	Verantwortlichkeit	189
1.7	Bereitstellungszulässigkeit I: Angebot eines sozialen Netzwerkes	191
1.7.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	191
1.7.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	192
1.8	Bereitstellungszulässigkeit II: Angebot einer Auskunftstätigkeit	201
1.8.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	201
1.8.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	202
1.9	Bereitstellungszulässigkeit III: Angebot einer Werbeplatzauktion	210
1.9.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	210
1.9.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	211
1.10	Bereitstellungszulässigkeit IV: Angebot eines Online-Spieles	214
1.10.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	214
1.10.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	215
1.11	Fazit	220
2.	Das Profil als Kommunikationsgrundlage	221
2.1	Einleitung	221
2.2	Bereitstellungszwecke	222
2.2.1	Information über auf Webseiten gezeigte Interessen	222
2.2.2	Information über in Apps gezeigte Interessen	224
2.2.3	Information über vor Ort gezeigte Interessen	226
2.2.4	Information über angefragte Auswertungsergebnisse	227

2.3	Bereitstellungskonstellation I: Information über auf Webseiten gezeigte Interessen	230
2.3.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	230
2.3.2	Verantwortlichkeit	234
2.4	Bereitstellungskonstellation II: Information über in Apps gezeigte Interessen	235
2.4.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	235
2.4.2	Verantwortlichkeit	236
2.5	Bereitstellungskonstellation III: Information über vor Ort gezeigte Interessen	237
2.5.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	237
2.5.2	Verantwortlichkeit	239
2.6	Bereitstellungskonstellation IV: Information über angefragte Auswertungsergebnisse	240
2.6.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	240
2.6.2	Verantwortlichkeit	241
2.7	Bereitstellungszulässigkeit I: Information über auf Webseiten gezeigte Interessen	242
2.7.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	242
2.7.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	244
2.8	Bereitstellungszulässigkeit II: Information über in Apps gezeigte Interessen	250
2.8.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	250
2.8.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	252
2.9	Bereitstellungszulässigkeit III: Information über vor Ort gezeigte Interessen	258
2.9.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	258
2.9.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	259
2.10	Bereitstellungszulässigkeit IV: Information über angefragte Auswertungsergebnisse	263
2.10.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	263
2.10.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	266

2.11 Fazit	273
3. Das Profil als Kalkulationsgrundlage	274
3.1 Einleitung	274
3.2 Bereitstellungszwecke	276
3.2.1 Angebot einer Arbeitsstelle	276
3.2.2 Angebot eines Geldkredites	278
3.2.3 Angebot eines Warenkredites	282
3.2.4 Angebot eines Versicherungstarifs	284
3.3 Bereitstellungskonstellation I: Angebot einer Arbeitsstelle	287
3.3.1 Bereitstellungsrollen & Datentransfers	287
3.3.2 Verantwortlichkeit	287
3.4 Bereitstellungskonstellation II: Angebot eines Geldkredites	288
3.4.1 Bereitstellungsrollen & Datentransfers	288
3.4.2 Verantwortlichkeit	289
3.5 Bereitstellungskonstellation III: Angebot eines Warenkredites	290
3.5.1 Bereitstellungsrollen & Datentransfers	290
3.5.2 Verantwortlichkeit	291
3.6 Bereitstellungskonstellation IV: Angebot eines Versicherungstarifs	291
3.6.1 Bereitstellungsrollen & Datentransfers	291
3.6.2 Verantwortlichkeit	294
3.7 Bereitstellungszulässigkeit I: Angebot einer Arbeitsstelle	295
3.7.1 Sensitivität der Datenverarbeitung	295
3.7.2 Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	297
3.8 Bereitstellungszulässigkeit II: Angebot eines Geldkredites	307
3.8.1 Sensitivität der Datenverarbeitung	307
3.8.2 Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	310

3.9	Bereitstellungszulässigkeit III: Angebot eines Warenkredites	321
3.9.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	321
3.9.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	322
3.10	Bereitstellungszulässigkeit IV: Angebot eines Versicherungstarifs	326
3.10.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	326
3.10.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	327
3.11	Fazit	336
4.	Das Profil als Argumentationsgrundlage	336
4.1	Einleitung	336
4.2	Bereitstellungszwecke	339
4.2.1	Kontrolle der Integrität eines Mitarbeiters	339
4.2.2	Kontrolle der Arbeitsleistung eines Mitarbeiters	341
4.2.3	Kontrolle der Arbeitsbereitschaft eines Mitarbeiters	344
4.2.4	Kontrolle der Schadensfallleistungen bei Versicherten	345
4.3	Bereitstellungskonstellation I: Kontrolle der Integrität eines Mitarbeiters	346
4.3.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	346
4.3.2	Verantwortlichkeit	349
4.4	Bereitstellungskonstellation II: Kontrolle der Arbeitsleistung eines Mitarbeiters	349
4.4.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	349
4.4.2	Verantwortlichkeit	350
4.5	Bereitstellungskonstellation III: Kontrolle der Arbeitsbereitschaft eines Mitarbeiters	351
4.5.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	351
4.5.2	Verantwortlichkeit	352

4.6	Bereitstellungskonstellation IV: Kontrolle der Schadensfallleistungen bei Versicherten	352
4.6.1	Bereitstellungsrollen & Datentransfers	352
4.6.2	Verantwortlichkeit	353
4.7	Bereitstellungszulässigkeit I: Kontrolle der Integrität eines Mitarbeiters	353
4.7.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	353
4.7.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	356
4.8	Bereitstellungszulässigkeit II: Kontrolle der Arbeitsleistung eines Mitarbeiters	364
4.8.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	364
4.8.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	365
4.9	Bereitstellungszulässigkeit III: Kontrolle der Arbeitsbereitschaft eines Mitarbeiters	373
4.9.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	373
4.9.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	374
4.10	Bereitstellungszulässigkeit IV: Kontrolle der Schadensfallleistungen bei Versicherten	378
4.10.1	Sensitivität der Datenverarbeitung	378
4.10.2	Verarbeitungs- und Transfergrundlagen	379
4.11	Fazit	386
IV.	Zusammenfassung	387
	Quellenverzeichnis	389
	Journalistische Quellen	389
	Fachliteraturquellen	391
	Verhaltenskodizes	408
	Behördenstellungnahmen	408
	Gerichtsentscheidungen	412

Abkürzungen

Die jeweilige Abkürzung wird im Fließtext für sämtliche Deklinationen des abgekürzten Textes verwendet.

a.A.	anderer Ansicht
Abb.	Abbildung
ACD	Automatic Call Distribution
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkungen
AP	Arbeitsrechtliche Praxis [Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts]
API	application programming interface
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater [Zeitschrift]
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) [Geltung ab 25.05.2018]
BDSG a.F.	Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) [Geltung bis 25.05.2018]
BeckRS	Elektronische Entscheidungsdatenbank in Beck-Online [On-line-Portal]
Beil.	Beilage
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMG	Bundesmeldegesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

Abkürzungen

BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister
CR	Computer und Recht [Zeitschrift]
CRM	Customer Relationship Management
DIN-EN-ISO	Deutsches Institut für Normung-Europäische Norm-International Organization for Standardization
DSAB [ggf. + Staat/ Bundesland]	Datenschutzaufsichtsbehörde [des jeweiligen Staates/ Bundeslandes]
DSB	Datenschutzbeauftragter
DSFA	Datenschutz-Folgenabschätzung
DSGVO	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)
DSK	Datenschutzkonferenz der Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder
DSP	Demand Side Plattform
DSRL	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
DuD	Datenschutz und Datensicherheit [Zeitschrift]
ebd. [mit Seitenzahl]	die unmittelbar zuvor angeführte Fundstelle auf einer anderen Seite
ebd. [ohne Seitenzahl]	die unmittelbar zuvor angeführte Fundstelle auf derselben Seite
EDPB	European Data Protection Board
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPVO-E	E-Privacy-Verordnung-Entwurf
ErwGr	Erwägungsgrund
et al.	et alii [und andere]
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
eV	englische Version
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
FN	Fußnote
GDV	Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
gen.	genannt
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPS	Global Positioning System
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [Zeitschrift]
GSM	Global System for Mobile Communications
GWG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten
HMD	HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik [Zeitschrift]
HTML	Hypertext Markup Language
IDFA	Identifier for Advertising [Apple-Werbe-ID]
IDPL	International Data Privacy Law [Zeitschrift]
IMEI	International Mobile Equipment Identity
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
IoT	Internet of Things
IP	[je nach Sinn entweder:] Intellectual Property [oder:] Internet Protocol
iSB(R)	(Recht auf) informationelle Selbstbestimmung
iSv	im Sinne von
ITRB	IT-Rechtsberater [Zeitschrift]
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter [Zeitschrift]
JuS	Juristische Schulung [Zeitschrift]
K&R	Kommunikation & Recht [Zeitschrift]
Kfz	Kraftfahrzeug
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LBS	Location Based Services

Abkürzungen

LG	Landgericht
lit.	littera [Buchstabe]
MAC	Media Access Control
MMR	MultiMedia und Recht [Zeitschrift]
MSISDN	Mobile Subscriber ISDN Number
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NFC	Near Field Communication
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.g.	oben genannt
o.J.	ohne Jahresangabe
o.S.	ohne Seitenzahlangebe
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OBA	Online Behavioral Advertising
OLG	Oberlandesgericht
pb(D)	personenbezogenes (Datum)
PinG	Privacy in Germany [Zeitschrift]
r+s	recht und schaden [Zeitschrift]
RdA	Recht der Arbeit [Zeitschrift]
RDV	Recht der Datenverarbeitung [Zeitschrift]
RFID	Radio Frequency Identification
RH	Raphael Hoffmann [Autor dieser Arbeit]
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungs-Report
RS	Rechtsprechung
S.	Satz
s.o.	siehe oben [Verweis auf eine oberhalb liegende Stelle im selben Abschnitt]
s.u.	siehe unten [Verweis auf eine unterhalb liegende Stelle im selben Abschnitt]
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen –

SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung –
sic	sic erat scriptum [so stand es geschrieben]
SIM	subscriber identity module
SSP	Sellside/ Supply Side Plattform
StGB	Strafgesetzbuch
tA	technischer Ansprechpartner
TB	Tätigkeitsbericht
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
Tz.	Textziffer
UDID	Unique Device ID [Gerätenummer eines Apple-Gerätes]
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
USB	Universal Serial Bus
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VPA	Verhaltensprofilanalyse
VuR	Verbraucher und Recht [Zeitschrift]
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VW	Versicherungswirtschaft [Zeitschrift]
WI	Wirtschaftsinformatik [Zeitschrift]
WLAN	Wireless Local Area Network
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis [Zeitschrift]
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

I. Einleitung

1. Ziel und Perspektive der Arbeit

Mit dem Begriff „Profiling“⁹ werden in der DSGVO erstmals gesetzlich Prozesse erfasst, die die systematische Auswertung der Persönlichkeit einer natürlichen Person zum Gegenstand haben. Eine gesonderte Regulierung erfolgt dagegen nicht.¹⁰ Als Profiling beschreibt die DSGVO konkret „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, insb. um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“ (Art. 4 Nr. 4 DSGVO).¹¹ Mit dieser sehr weiten¹² Definition sind Datenverarbeitungen ganz unterschiedlicher Wirtschaftsbereiche erfasst.¹³ Diese wurden in der Literatur bisher meist getrennt voneinander behandelt. Die neue integrative Perspektive der DSGVO animiert dazu, Profilbildungen unterschiedlicher Façon unter einem Dach, also unter einer – noch auszubildenden – „Profilbildungsperspektive“ zu behandeln.

Voraussetzung dafür ist zunächst eine klare Vorstellung davon, was konkret unter Profilbildung zu verstehen ist und worin Unterschiede zu „normalen“ Datenverarbeitungen bestehen. Daran anknüpfend stellen sich Fra-

9 Die Begriffe „Profiling“ und „Profilbildung“ werden in dieser Arbeit synonym verwendet.

10 Der Europarat (CM/Rec[2010]13) hatte eine Regulierung empfohlen.

11 Vgl. die – schon ältere – Definition des schweizerischen Bundesgesetzes über den Datenschutz, wonach unter einem Persönlichkeitsprofil „eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt“ zu verstehen ist (Art. 3 lit. d). Vgl. auch die Profildefinition bei Rammos (in Taeger 2011: 495): „Als Profil wird die zielgerichtete Verknüpfung von Daten bezeichnet, die einer Person zugeordnet sind und zumindest die Wiedergabe des Teilabbilds der Persönlichkeit ermöglichen.“ Auch für Schnabel (2009: 178ff.) ist die *Verknüpfung* von Daten ein zentrales Element des Persönlichkeitsprofils.

12 Taeger in RDV 2017: 4; Härting in ITRB 2016: 209.

13 Martini in Paal/ Pauly 2017: Art. 22, Rn. 21.

I. Einleitung

gen der Zugehörigkeit eines Profils, seiner Bereitstellung, seiner datenschutzrechtlichen Brisanz und der Möglichkeiten, Profilbildung zu regulieren. Erstes Ziel der Arbeit war es somit, ein rechtswissenschaftliches Fundament für die datenschutzrechtliche Profilforschung zu schaffen (II). Zweites Ziel der Arbeit war es, eine konsistente „Profilbildungsperspektive“ zu entwickeln und anzuwenden, mit der, so die These, potentiell sämtliche in der Wirtschaft auffindbare Profilbildungen erfassbar, analysierbar und bereichsübergreifend systematisierbar sind (III). So dienen Persönlichkeitsprofile Unternehmen heute als *Produktions-*, als *Kommunikations-*, als *Kalkulations-* und/ oder als *Argumentationsgrundlage*. Unter diesen vier Kategorien (Teloi) werden in dieser Arbeit jeweils vier aktuelle Profilbildungen exemplarisch analysiert (zur Auswahl der Profilbildungszwecke siehe III).

Die Bildung von Persönlichkeitsprofilen lässt sich aus unterschiedlichen Perspektiven betrachten. In dieser Arbeit wird versucht, die Perspektive des profilbildungsinitiiierenden bzw. -mitinitiiierenden Unternehmens einzunehmen. Wird in der Folge von „dem Unternehmen“ gesprochen, so ist damit stets das Unternehmen gemeint, das die Datenverarbeitung – etwa durch Implementieren eines Skriptes in die eigene Website – initiiert (2).

2. Terminologie der Arbeit

Manche in dieser Arbeit verwendeten Begriffe haben eine wichtige strukturelle Funktion und sollen daher an dieser Stelle etwas ausführlicher erläutert werden:

So sollen mit dem Begriff der *Bereitstellung*¹⁴ sämtliche Datenverarbeitungen erfasst werden, die der „Komprimierungsphase“ einer Profilbildung zuzuordnen sind. Die Komprimierungsphase beinhaltet die Erstellung und das Vorhalten des Profils, das sich jedoch erst in der „Kondensierungsphase“ als ein solches praktisch zeigt, in einem bestimmten Auswertungszusammenhang entfaltet und vollendet wird (ausführlich dazu II.1.2.2).

14 Der Begriff ist in der DSGVO nicht definiert. In Art. 4 Nr. 2 DSGVO ist er als eine Ausprägung des Verarbeitens pbD erwähnt. Auch in Art. 13 Abs. 2 lit. e DSGVO ist vom Bereitstellen pbD die Rede. Der Begriff wird in der DSGVO vielerorts als Auffangbegriff für den Transfer von Daten genutzt, so z.B. auch in Art. 20 Abs. 1 DSGVO.

An einer Bereitstellung von Persönlichkeitsprofilen können außer dem Unternehmen (zum Begriff des „Unternehmens“ siehe 1) noch andere Unternehmen und der Betroffene beteiligt sein. In diesem Fall wirken also verschiedene „Rollen“ an der Bereitstellung mit:

Beim *Bereitstellungsinitiator* handelt es sich um das Unternehmen, das den konkreten Anlass der Profilbildung schafft, also die Entscheidung trifft, dass eine Profilbildung stattfinden soll. Dabei soll es unbedeutend sein, ob das initiiierende Unternehmen Zugriff auf die Daten oder die vollendeten Profile nehmen kann.

Demgegenüber ist der *Bereitstellungsadressat* das Unternehmen, das Zugriff auf das erstellte Profil erhält. Hierbei kann es sich auch um mehrere Unternehmen bzw. Stellen und auch den Betroffenen handeln.

Bei dem *Bereitstellenden* eines Profils handelt es sich um diese Instanz, die Daten zur Profilbildung beisteuert. Dies können der Betroffene und/oder ein oder mehrere Unternehmen sein. Als Bereitstellender in die Datenverarbeitung eingebunden ist der Betroffene im Sinne dieser Arbeit dann *nicht*, wenn er lediglich Kenntnis von der Datenverarbeitung hat.¹⁵ Der Betroffene ist erst dann Bereitstellender, wenn er aktiv darauf hinwirkt, dass Daten seiner Person vom Unternehmen erhoben bzw. erfasst werden.

Ein aktives Verhalten kann etwa die Eingabe von Daten in eine Website-Maske sein, wohingegen das pure Dulden einer Datenverarbeitung den Betroffenen noch nicht zum Bereitstellenden macht. Aktives Verhalten liegt auch dann vor, wenn der Betroffene zwar in einem Abhängigkeitsverhältnis steht (z.B. zu seinem Arbeitgeber), aber aufgrund eines faktisch bestehenden Handlungsspielraumes – also dem Fehlen eines konkreten Ausführungszwangs – darüber entscheiden kann, ob er Daten über sich erhebt oder dies unterlässt. Es genügt also, wenn ein Mitarbeiter (1) die faktische Gelegenheit hat, darüber zu entscheiden, ob sein Verhalten erfasst wird oder nicht und (2) sein Verhalten aufgrund fehlender bzw. unkonkreter Vorgaben variieren kann, z.B. einen bestimmten E-Mailtext ausformulieren kann (FN 1202). Ein im datenschutzrechtlichen Sinne *freies* Agieren wird in Abhängigkeitsverhältnissen dagegen regelmäßig zu verneinen sein, ganz gleich, in welcher Bereitstellungsrolle der Betroffene agiert (II.3.3.4).

15 Vgl. ErwGr 32 S. 2, 3 DSGVO, wonach eine Einwilligung des Betroffenen u.a. durch „Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft“ erfolgen kann, nicht jedoch durch „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person“.

I. Einleitung

Betroffener und Unternehmen können auch gemeinsam das Persönlichkeitsprofil bereitstellen, etwa durch die Zusammenführung eines vom Betroffenen erstellten Profils in einem sozialen Netzwerk mit Interessen- und/ oder Kontaktprofilen zum Betroffenen, die das Netzwerk anlegt, während der Betroffene sich in diesem bewegt (sog. Schattenprofil, III.1.7.1). In diesem Fall sind sowohl das Unternehmen als auch der Betroffene als Bereitstellende anzusehen.

Der Betroffene ist schließlich *Bereitstellungsquelle* einer Profilbildung, wenn ein Profil auf Basis einer Beobachtung seines Verhaltens (II.3.2.1) entsteht. Ein Profil über den Betroffenen kann jedoch auch unabhängig vom realen Verhalten/ von den realen Eigenschaften des Betroffenen – z.B. in Form von Gerüchten – über den Betroffenen erstellt werden. In diesem Fall handelt es sich um entsprechend andere Quellen (z.B. Bekannte des Betroffenen).

3. Thematische Einführung

3.1 Profilbildung als unverzichtbares Element der modernen Gesellschaft

Persönlichkeitsprofile werden seit vielen Jahren in sehr unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen erstellt. Im öffentlichen Bewusstsein angekommen sind vor allem Profile im Marketing, auch aufgrund eines zunehmend präsenter werdenden Online-Marketings, sei es über Website, App oder neue Ausgabe-/ Aufnahmegeräte („smart devices“).¹⁶ Auch der Handel mit Persönlichkeitsprofilen hat sich angesichts zahlreicher Datenschutz-Skandale¹⁷ im öffentlichen Bewusstsein verankert. Präsent, jedoch in der eigenen Reflexion oftmals zurückgestellt, ist auch die Profilbildung am Arbeitsplatz: ausführliche Persönlichkeitsprofile erweisen sich in einer fragmentierten Arbeitswelt (III.4.2.1) oftmals als zuverlässige und scheinbar unvermeidbare Grundlage einer Leistungsbeurteilung und/ oder einer Integritätsüberwachung. Wie auch beim Marketing und beim Handel geht es hier darum, Verhaltensweisen und/ oder Eigenschaften des Betroffenen zu erfassen und für einen bestimmten Zweck auszuwerten. Profilbildung wird heute schließlich in immer mehr Bereichen wissend oder unwissend „in Kauf genommen“, da sie mehr oder weniger fester Bestandteil eines er-

16 Zu den steigenden Investitionen der Unternehmen in das Online-Marketing: Adzine 17.10.2017.

17 Ein Überblick findet sich bei PC-Welt (Marsan) 13.10.2019.

worbenen Gebrauchsgegenstandes ist. Zu nennen sind hier z.B. der smarte Fernseher oder der smarte Kühlschrank. Der Einsatz eines solchen smarten Gerätes ohne Profilbildung wäre ein Widerspruch in sich. Smart ist heute nur noch, was pbD verarbeitet.

In den Bereichen, in denen Profilbildung Anwendung findet, erweist sie sich in der Regel als wirtschaftlich effektiv, erfolgversprechend und/ oder effizient, liefert sie doch (vermeintliches) Wissen, das ohne sie nicht oder nur sehr schwer zu erlangen wäre: Je gläserner der Interessent, der Kunde, der Bewerber, der Mitarbeiter oder der Versicherte, desto einfacher und „bedarfsgerechter“ kann er bedient/ behandelt werden. Profilbildung beinhaltet daher regelmäßig eine erhebliche Komplexitätsreduktion in der Kommunikation. Komplexitätsreduktion beinhaltet aus wirtschaftlicher Sicht wiederum Kosten- und Zeitersparnisse. Profilbildung ist somit von erheblichem wirtschaftlichem Wert – sie ist ein Katalysator der Digitalisierung und der Globalisierung.¹⁸

Wirtschaftliche Interaktion wird jedoch nicht nur von (kapitalgenerierenden) Unternehmen, sondern auch von (kapitalsuchenden) Einzelpersonen, etwa Stellenbewerbern, initiiert. Auch für diese birgt die Möglichkeit der Profilbildung wirtschaftliche Chancen, etwa in Form eines beruflichen sozialen Netzwerkes oder eines „bunten“ Lebenslaufes, der bewusst über mehr informiert, als für die zu besetzende Stelle eigentlich erforderlich wäre. Profilbildung dient hier der grundrechtlich geschützten Entfaltung der Persönlichkeit. Der (teils ungehemmte) Entfaltungswunsch zeigt sich besonders in Kommunikation mittels des symbolisch generalisierten Kommunikationsmediums Liebe¹⁹, sei es in Partnerbörsen oder auch auf Facebook, dem mitgliederstärksten sozialen Netzwerk. Die Profilbildung erscheint hier als geradezu unverzichtbares Element digitaler Interaktion mit Freunden und/ oder Partnern.

3.2 Profilbildung als datenschutzrechtliche Herausforderung

Dort, wo die Freiwilligkeit einer Persönlichkeitsentfaltung – hier in Form einer Profilbildung – aufgrund wirtschaftlicher Zwänge bzw. starker sozialer Anreize zumindest fraglich erscheint („Alle meine Freunde sind bei Facebook“), bedarf es rechtlicher Schutzmaßnahmen, z.B. ausdrücklicher

¹⁸ Vgl. Liberty Global/ The Boston Consulting Group 11.2012.

¹⁹ Zu den systemischen Grundlagen dieses Kommunikationsmediums siehe Luhmann 1994.

Hinweise, Einverständniserfordernisse oder gesetzlicher Einschränkungen bzw. Verbote (vgl. Vorwort). Die (wirtschaftliche) Unverzichtbarkeit einer Profilbildung ist aus datenschutzrechtlicher Sicht also ein klares Indiz dafür, dass es einer rechtlichen Regulierung bedarf. Dies gilt vor allem dann, wenn die Existenz der Profilbildung dem Betroffenen nicht oder nur partiell bewusst ist.²⁰ Die zunehmende Bereitschaft des Betroffenen, Profile über sich erstellen zu lassen bzw. diese selbst zu erstellen mindert somit nicht den Datenschutzbedarf, sondern erhöht diesen vielmehr. Moderne Profilbildungstechnologien stellen nicht die Frage des „Ob“ des Datenschutzes, sondern des „Wie“: Profilbildungen sind bereits jetzt in der Praxis so vielfältig, dass ihnen in rechtlich adäquater Weise nicht mit einheitlichen Datenschutzmaßnahmen begegnet werden kann.²¹

Da Profilbildung ein Trend ist, der aus unterschiedlichen grundrechtlichen Motiven sowohl für Einzelpersonen als auch für Unternehmen von erheblicher Bedeutung ist (3.1), kann es aus datenschutzrechtlicher Sicht weniger um Verbote einzelner Profilbildungen gehen, als um Wege, diese im Einklang mit den betroffenen Grundrechten auszugestalten. Vor dem Hintergrund des risikobasierten Ansatzes (Art. 24 Abs. 1 DSGVO)²² geht es darum, die Sensibilität einzelner Datenverarbeitungsvorgänge zu ermitteln, um darauf aufbauend grundrechtsverträgliche und zugleich praktikable Rahmenbedingungen für die einzelne Datenverarbeitung zu finden.

Dem Datenschutzrecht kommt hier eine auch wirtschaftlich nicht zu unterschätzende *Mittlerrolle* zu. Das Datenschutzrecht konkretisiert (wenn auch oftmals in allgemeiner Weise) abstrakte grundrechtliche Leitlinien, an denen sich Unternehmen orientieren müssen, wenn sie langfristig tragfähige Geschäftsmodelle betreiben wollen. Datenschutz kann wirtschaftliche Orientierung stiften, wenn er klare Grenzen und Voraussetzungen für Datenverarbeitungen aufzeigt. Die Einhaltung datenschutzrechtlicher Regeln mindert dann die Wahrscheinlichkeit einer aufsichtsbehördlichen Beanstandung, einer Klage und/ oder eines öffentlichkeitswirksamen Skandals. Werden Profilbildungen von Anfang an datenschutzkonform ausgestaltet, können zudem teure Anpassungs- bzw. Behebungskosten vermieden werden. *Dokumentierter* Datenschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 DSGVO kann so zum Schutzschild des Unternehmens gegen vermeintli-

20 Härtling in CR 2014: 530.

21 Der Profilbildungsvielfalt soll die vorliegende Arbeit Rechnung tragen, indem nur solche Rechtsfragen „vor die Klammer“ gezogen werden (II), die sich weitgehend unabhängig von der einzelnen Profilbildung (III) beantworten lassen.

22 Dazu Veil in ZD 2015: 347.

che Rechtsansprüche und/ oder journalistische Angriffe werden.²³ Die Pflege und Umsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben erweist sich damit als elementarer Bestandteil des betrieblichen Risikomanagements, dessen wirtschaftliche Bedeutung insb. bei Verarbeitungen von Endkundendaten nicht unterschätzt werden sollte.

Das Datenschutzrecht hält verschiedene Instrumente bereit, mit denen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen wirksam begrenzt bzw. gehemmt werden können (II.5). Hierzu gehören z.B. Vorgaben zur Datenzusammensetzung oder zur Datentrennung (II.5.2.2, II.5.2.3). Oftmals stehen diese Vorgaben – zumindest auf den ersten Blick – in krassem Widerspruch zur jeweiligen Profilbildungsstrategie, z.B. wenn es um den Ausschluss bestimmter Datenkategorien geht. Der Datenschutz erscheint dann (unzutreffend) oftmals als „Bremser“ (vgl. Vorwort).

4. Thematische Abgrenzung

Profilbildung wird in dieser Arbeit als hermeneutischer Prozess verstanden, der sich aus einer gezielten, zumindest teilweise automatisierten,²⁴ Zusammenstellung von Daten („Komprimierung“) und einer folgenden Interpretation („Kondensierung“) zusammensetzt (ausführlich II.1.2.2). Damit unterscheidet sich die Profilbildung vom (Big-Data-gesteuerten) Screening, bei dem es (primär) nicht darum geht, ein Persönlichkeitsbild zu erzeugen, sondern vielmehr anhand verschiedener Suchkriterien die Zugehörigkeit einer Person zu einer bestimmten Gruppe (mittels entsprechender Algorithmen), z.B. im Rahmen von Compliance-Maßnahmen, zu ermitteln.²⁵ Ein Screening kann jedoch eine Profilbildung zur Folge haben, wenn einzelne „Treffer“ individualisiert werden, also z.B. ein Verdachtsprofil mit weiteren Informationen zum Betroffenen erstellt wird.

Profilbildung im Sinne dieser Arbeit beinhaltet sodann ausschließlich die Bildung des Profils (= Komprimierung und Kondensierung), nicht jedoch ihre weitere Verarbeitung, sofern diese nicht wiederum eine (erneute) Profilbildung beinhaltet. So ist der Prozess der Profilbildung im Sinne

23 Zur Umsetzung der in Art. 5 Abs. 2 DSGVO verankerten Rechenschaftspflicht siehe z.B. den Praxisleitfaden von Wybitul (2016: insb. 24, 32ff.).

24 Zu diesem Tatbestandsmerkmal des Art. 4 Nr. 4 DSGVO siehe Arning/ Rothkegel in Taeger/ Gabel 2019: DSGVO, Art. 4, Rn. 110.

25 Zur Abgrenzung siehe auch Härting in ITRB 2016: 209; Arning/ Rothkegel in Taeger/ Gabel 2019: DSGVO, Art. 4, Rn. 113.

I. Einleitung

dieser Arbeit abgeschlossen, wenn eine Auskunftsei als Bereitstellungsinitiator ein Persönlichkeitsprofil in Form einer Einmeldung eines angeschlossenen Unternehmens über den Betroffenen erlangt hat (III.1.2.2). Ein davon unabhängiger Profilbildungsprozess kann sich anschließen, wenn die Auskunftsei Daten des „eingemeldeten“ Profils nutzt, um anfragenden Unternehmen ihrerseits die Bildung eines Profils (z.B. in Form eines Scorewertes) zum Betroffenen zu ermöglichen (III.3.2.2, III.3.2.3).

Die integrative Perspektive der Arbeit (1) beschränkt sich auf Profilbildungssituationen und deren Zulässigkeit nach europäischem Recht. Besonderheiten beim Datentransfer in ein Drittland können nicht angesprochen werden. Schon aus Platzgründen müssen zudem mögliche Rechtsfolgen rechtswidriger Profilbildungen unbehandelt bleiben. Im Lichte der Arbeit soll die jeweilige typisierte Profilbildung stehen – für einzelfallbezogene Detailfragen wird auf einschlägige Fachliteratur referenziert. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich schließlich auf die Erörterung datenschutzrechtlicher Fragen im engeren Sinn; Fragen der jeweiligen Randgebiete (Arbeitsrecht, Antidiskriminierungsrecht, Lauterkeitsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Versicherungsrecht, Strafrecht etc.) werden nur dann behandelt, wenn die datenschutzrechtliche Klärung des Sachverhalts dies unmittelbar erfordert.

5. Struktur der Arbeit

Teil II der Arbeit beinhaltet all das, was sich rechtlich gegenüber Teil III „vor die Klammer ziehen“ lässt. Hierzu gehört zunächst die Frage, was unter einem Persönlichkeitsprofil zu verstehen ist. Auch, wenn in der Wirtschaftspraxis sehr unterschiedliche Persönlichkeitsprofile zu finden sind, lassen sich doch für die rechtliche Diskussion wichtige Gemeinsamkeiten herausfiltern. Unter II.1.3 soll sodann die wirtschaftliche Funktion von Persönlichkeitsprofilen herausgestellt werden, auch im Vergleich zur alternativen Personalisierungsstrategie der Rufbildung. Es wird versucht, unterschiedliche Persönlichkeitsprofile gegeneinander abzugrenzen (II.1.3.3).

Anschließend (II.2) stellt sich die Frage nach der Zugehörigkeit des Profils: Gehören Persönlichkeitsprofile dem Betroffenen? Kann dieser sein Profil veräußern bzw. Rechte daran abtreten? Des Weiteren (II.3) stellt sich die Frage nach den Methoden, über die eine Profilbildung erfolgen kann. Es werden zudem die Wege in den Blick genommen, über die eine Profilbildung aus datenschutzrechtlicher Sicht möglich ist.

Persönlichkeitsprofile sind von erheblicher Datenschutzrelevanz. Ziel des Kapitels II.4 ist es, diese Brisanz zu verdeutlichen. Hierzu wird zunächst erläutert, wann Datenschutzrecht Anwendung findet und wozu es dient. Anschließend wird der Konflikt aufgezeigt, der zwischen Persönlichkeitsrecht und Profilbildungen besteht bzw. bestehen kann. Wie kann dieser Konflikt datenschutzrechtlich gelöst werden? Unter II.5 wird auf die gesetzlichen Mittel zur Steuerung von Profilbildungen eingegangen.

In Teil III werden diese Instrumente auf ausgewählte wirtschaftlich bedeutsame Profilbildungen angewandt. Der rechtliche Schutz richtet sich (auch) nach dem Zweck einer Bereitstellung. Jedes Kapitel öffnet daher mit einer Erläuterung der ausgewählten und vom jeweiligen Profilbildungstelos umfassten Verarbeitungsmotive.²⁶ Als wirtschaftliche Profilbildungs-Teloi wurden ermittelt: die Produktionsabsicht, die Kalkulationsabsicht, die Kommunikationsabsicht sowie die Argumentationsabsicht. Diesen Teloi können die ausgewählten Bereitstellungszwecke (z.B. „Angebot eines Geldkredites“, „Kontrolle der Arbeitsleistung eines Mitarbeiters“) zugeordnet werden.

Zum Verständnis der jeweiligen Profilbildung bedarf es neben der Erläuterung des Zwecks einer gründlichen Analyse der Verarbeitungskonstellation. Zur Konstellation gehört das Wissen über die an der Bereitstellung Beteiligten, die verwendete Technik sowie den Verarbeitungsablauf. Die Analyse der Bereitstellungskonstellation schließt jeweils mit einer Zuordnung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit.

Zur rechtlichen Wertung der Bereitstellungszulässigkeit ist im Sinne der Risikoperspektive der DSGVO (Art. 24 Abs. 1 DSGVO) eine vorausgehende Sensitivitätsbeurteilung sinnvoll. Eine Datenverarbeitung kann aus sehr unterschiedlichen Gründen als sensitiv anzusehen sein. Sensitiv kann z.B. der Datenverarbeitungskontext, die Datenart oder auch die verwendete Verarbeitungstechnik sein.²⁷ Die Sensitivitätsprüfung ermöglicht ein frühes Gespür für die persönlichkeitsrechtliche Brisanz der Profilbildung. Mit diesem Gespür lassen sich in der Folge die evtl. Erlaubnistatbestände leicht-

26 Unter „Bereitstellungszwecke“ werden nicht nur die wirtschaftlichen Ziele der jeweiligen Profilbildung erläutert, sondern auch grundlegende rechtliche Motive skizziert, sodass es hier im Einzelfall bereits zu einer Nennung von Rechtsgrundlagen (insb. grundrechtlicher Art) kommt. Der konkreten Einschlägigkeit einfachgesetzlicher Grundlagen wird unter „Bereitstellungszulässigkeit“ nachgegangen.

27 Ein alleiniges Abstellen auf die (kontextfreie) Sensitivität der Datenart ist dagegen wenig sinnvoll und auch nicht im Sinne des Gesetzes. Frenzel in Paal/ Pauly 2017: Art. 9, Rn. 6. Siehe ausführlich II.4.2.2.

I. Einleitung

ter handhaben und erforderliche Schutz- bzw. Korrekturmaßnahmen schneller identifizieren.

II. Die datenschutzrechtlichen Grundlagen von Profilbildungen

1. *Definition des Persönlichkeitsprofils*

1.1 Einleitung

Dieses Kapitel soll den Gegenstandsbereich der Arbeit – das Persönlichkeitsprofil – konturieren. Beim Persönlichkeitsprofil handelt es sich um ein soziales Phänomen mit einer tiefen sozialen Dimension, die sich nicht allein aus rechtlicher Perspektive erschließt. Es wäre daher vermessen und verengt, zur Definition des Begriffs allein auf rechtswissenschaftliche Grundlagen zurückzugreifen. Fruchtbarer für eine anschließende rechtsdogmatische Einordnung von Persönlichkeitsprofilen ist der hier gewählte systemisch-phänomenologische Zugang. Nachdem die Profileigenschaft geklärt ist, kann die gesellschaftliche – konkret: die wirtschaftliche – Funktion von Persönlichkeitsprofilen in den Blick genommen werden. Mit der Person als Bezugspunkt lassen sich schließlich verschiedene Arten von wirtschaftlich relevanten Persönlichkeitsprofilen voneinander unterscheiden.

1.2 Was ist ein Persönlichkeitsprofil?

1.2.1 Definition des Profilbegriffs

Das Etymologische Wörterbuch des Deutschen beschreibt den Begriff „Profil“ markant als „charakteristisches Erscheinungsbild“²⁸. Der Vorgang des Profilierens meint dementsprechend „einer Sache, sich eine charakteristische Gestalt, Prägung geben“²⁹. Merkmal des Profils ist damit zunächst seine Äußerlichkeit („Erscheinungsbild“). Diese ist charakteristisch. Den Begriff Charakter definiert das Wörterbuch als „Gesamtheit der Wesenszüge, Eigenart eines Menschen oder einer Sache“³⁰. Den Charakter zeichnet

28 Pfeifer 2005: 1046.

29 Pfeifer 2005: 1046.

30 Pfeifer 2005: 190.

somit aus, dass er – zumindest in einem bestimmten Kontext – eigenartig und in diesem Sinn einmalig ist. Darüber hinaus ist der Charakter aber auch „das dem Menschen ‚Eingeritzte, Eingeprägte‘ an psychischen und geistigen Eigenschaften“³¹.

In dieser Beschreibung wird einerseits das passive Element der Entstehung bzw. Entwicklung des Charakters deutlich, andererseits aber auch das Bleibende, Unwiderrufliche („das dem Menschen ‚Eingeritzte, Eingeprägte‘“). Zu den wichtigsten Merkmalen des Charakters gehören damit seine Einmaligkeit, sein passives Entstehen und seine Nachhaltigkeit.

Um die Definition des Charakters nun auf die Definition des Profils anzuwenden, muss die Definition des Charakters um das Zurechnungselement „Mensch“ gekürzt werden. Denn Profile können sowohl von Sachen als auch von Menschen erstellt werden. Es ist das Erscheinungsbild einer Sache oder eines Menschen, das im Profil charakteristisch wird. Werden nun die übrigen Merkmale des Charakters – Einmaligkeit, Passivität und Nachhaltigkeit – auf dieses Erscheinungsbild bezogen, folgt daraus, dass

1. das Profil ein unverwechselbares Kondensat an Eigenschaften und Merkmalen ist, die einer Person oder einer Sache zugerechnet werden (Einmaligkeit des Profils).
2. das Profil von seinem Träger zwar mitbeeinflusst werden kann, es aber stets ein gewisses passives Element birgt, das der Träger nicht kontrollieren kann. Was zum Profil eines Profilträgers gehört und was nicht, darüber entscheidet niemals nur dieser selbst (etwa als Versuch der Selbstinszenierung oder dem Versuch, innere Widersprüche auszumerzen), sondern stets auch und gerade diejenigen, die das Profil als solches anerkennen und damit vollenden (dazu ausführlich 1.2.2) Der Wunsch nach Selbstinszenierung, wie er sich heute besonders in sozialen Netzwerken artikuliert (III.1.2.1), birgt für den Betroffenen daher auch immer das Risiko einer unbeabsichtigten Profilbildung durch andere (Passivität des Profils).
3. das Profil mit seinen einzelnen Facetten aufgrund der Zurechnung zu einer Sache oder Person nicht einfach „überschrieben“ oder ausgelöscht, sondern allenfalls erweitert oder umgestaltet werden kann (Nachhaltigkeit des Profils).

31 Pfeifer 2005: 191.