

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 9

Privatheit in der Waagschale

**Instrumente
des datenschutzrechtlichen Interessenausgleichs
im Kontext sozialer Online-Netzwerke**

Von

Eva Beyvers



Duncker & Humblot · Berlin

EVA BEYVERS

Privatheit in der Waagschale

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 9

Privatheit in der Waagschale

Instrumente
des datenschutzrechtlichen Interessenausgleichs
im Kontext sozialer Online-Netzwerke

Von

Eva Beyvers



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau
hat diese Arbeit im Sommersemester 2017
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-15350-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55350-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85350-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinem Vater

Vorwort

Mit der Verabschiedung der europäischen Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) hat das Datenschutzrecht jüngst eine öffentlichkeitswirksame Neuerung erfahren, während sich auch die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen der Datenschutz Relevanz gewinnt, laufend verändern.

Unter diesen Vorzeichen widmet sich die vorliegende Arbeit einer der klassischen Fragestellungen des Datenschutzrechts – der Abwägung zwischen den Rechten und Interessen der an der Datenverarbeitung beteiligten Akteure – im Zusammenspiel mit dem Phänomen sozialer Online-Netzwerke. Deren gesellschaftliche, technologische und wirtschaftliche Implikationen rücken einerseits Fragen nach dem Schutz personenbezogener Daten im Verhältnis zu anderen Rechten und Interessen in den Mittelpunkt und beeinflussen andererseits selbst den Ausgleich dieser Rechtspositionen ganz maßgeblich.

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2016 fertiggestellt und im Sommersemester 2017 von der juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind im Wesentlichen auf dem Stand Dezember 2016. Verweise auf das erst nach Abgabe der Arbeit verabschiedete DSAnpUG-EU wurden nachträglich eingefügt. Lediglich vereinzelt konnten außerdem Rechtsprechung und Literatur bis August 2017 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Dirk Heckmann, der die Anregung zu diesem Projekt gab, danke ich sehr herzlich für die stets hervorragende Betreuung und für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe. Dank gebührt auch Prof. Dr. Kai von Lewinski für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großzügige finanzielle und umfangreiche ideelle Förderung erhielt mein Projekt zudem durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft im Rahmen des an der Universität Passau beheimateten Graduiertenkollegs Privatheit. Die dadurch erst ermöglichte interdisziplinäre Zusammenarbeit im Kolleg und die Teilnahme an vielfältigen Kolloquien, Seminaren und Konferenzen waren fachlich wie auch persönlich eine großartige Bereicherung.

Nicht zuletzt danke ich Familie, Freunden und Kollegen, die meinen Weg begleiten und mir immer mit Rat, Tat und Unterstützung zur Seite stehen.

Langenpreising, im August 2017

Eva Beyvers

Inhaltsübersicht

A. Problemaufriss und Ausgangsfragen	25
B. Gang der Untersuchung, Methodik, Rechtsquellen	29
I. Überblick	29
II. Rechtsquellen	30
III. Methodik für die Untersuchung des Interessenausgleichs	37
IV. Zusammenfassung	52
C. Instrumente des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht	54
I. Abwägungsbelange im Datenschutzrecht □	55
II. Mechanismen des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht △	57
III. Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht ○	83
IV. Exkurs: Interessenausgleich im deutschen Datenschutzrecht	115
V. Ergebnisse, Einordnung und Stellungnahme	134
D. Instrumente des datenschutzrechtlichen Interessenausgleichs im Umfeld sozialer Netzwerke	143
I. Netzwerkumgebung: Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	143
II. Interessengefüge und besondere Voraussetzungen für den Interessenausgleich im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	160
III. Datenschutzrechtliche Ausgleichsinstrumente (□△○) im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	191
IV. Ergebnisse, Einordnung und Stellungnahme	271
E. Anwendungsbeispiele	276
I. Beispiel: Verantwortlichkeit für Datenverarbeitungsvorgänge im Vorfeld der Auspielung von Werbung	276
II. Beispiel: Personenbeziehbarkeit hinsichtlich der für den Betrieb eines sozialen Plugins ausgetauschten Daten	279
III. Beispiel: Gesetzliche Erlaubnis für die Bereitstellung kommerzieller Inhalte auf der Startseite des Nutzers	281

IV. Beispiel: Gesetzliche Erlaubnis für die Verwendung öffentlich zugänglicher Netzwerkdaten zu Zwecken des Monitorings	288
V. Zusammenfassung und Stellungnahme	290
F. Ergebnisse, Stellungnahme und Ausblick	291
I. Zusammenfassung und Ergebnisse der Untersuchung der Ausgangsfragen	291
II. Einordnung der Ergebnisse	297
III. Abschließende Stellungnahme	312
IV. Ausblick	314
Rechtsgrundlagenverzeichnis	316
Literaturverzeichnis	319
Rechtsprechungsverzeichnis	355
Sachwortverzeichnis	359

Inhaltsverzeichnis

A. Problemaufriss und Ausgangsfragen	25
B. Gang der Untersuchung, Methodik, Rechtsquellen	29
I. Überblick	29
II. Rechtsquellen	30
1. Internationales Recht	30
2. Primärrecht der Europäischen Union	30
3. Sekundärrecht der Europäischen Union	33
4. Deutsches Datenschutzrecht	35
5. Übergang von der Richtlinie zur Verordnung	36
III. Methodik für die Untersuchung des Interessenausgleichs	37
1. Verbal-argumentative Strategien des Interessenausgleichs	40
2. Logisch-numerische Strategien des Interessenausgleichs	42
3. Ungeeignetheit beider Ansätze für die Untersuchung der Ausgangsfragen	45
4. Eigener Ansatz: Untersuchung der Funktionsweise der Abwägungsinstrumente	47
5. Möglichkeiten und Grenzen der gewählten Vorgehensweise	51
IV. Zusammenfassung	52
C. Instrumente des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht	54
I. Abwägungsbelange im Datenschutzrecht □	55
II. Mechanismen des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht △	57
1. Ausgewählte vom Gesetzgeber implementierte Mechanismen	57
a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz △	58
b) Ausdrücklich angeordnete Interessenabwägung △	59
c) Erforderlichkeitsklauseln △	60
d) Unbestimmte Begriffe und allgemeine Verarbeitungsgrundsätze	62
aa) „Persönliche[...] oder familiäre[...] Tätigkeiten“ △	62
bb) Personenbeziehbarkeit: „identifizierbare natürliche Person“ △	63
cc) Verantwortlichkeit: „über Zwecke und Mittel entscheide[n]“ △	64
dd) Verantwortlichkeit mehrerer: „gemeinsam“ Verantwortliche △	65

ee) Verarbeitung „im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung“ Δ	66
ff) Zweckbindungsgrundsatz Δ	67
e) Selbstbestimmungselemente Δ	68
f) Datenschutzrechtsspezifische Mechanismen	70
aa) Informationspflichten und Auskunftsrechte Δ	70
bb) Sonstige Betroffenenrechte: Widerspruch, Berichtigung, Löschung, Recht auf Vergessenwerden, Datenportabilität Δ	71
cc) Voreinstellungen, Garantien, technische und organisatorische Maßnahmen Δ	73
dd) Standardisierung und einheitliche Anwendung Δ	74
ee) Darlegungs-, Beweis-, Nachweis- und Dokumentationspflichten Δ	75
ff) Durchsetzung: Rechtsbehelfe, Haftung, Sanktionen Δ	76
gg) Überwachung der Einhaltung der Datenschutzvorschriften Δ	77
g) Tabellarische Übersicht der Ergebnisse	78
2. Ausgleichsmechanismen in der Rechtsprechung des EuGH und EGMR Δ	79
3. Zwischenergebnis: Mechanismen des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht	82
III. Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht \circ	83
1. Ausgewählte gesetzgeberische Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs	83
a) Arten und Kategorien von Daten	84
aa) Sensible Daten \circ	84
bb) Personenbezogene Daten \circ	85
cc) Veröffentlichte Daten \circ	86
b) Arten und Kategorien von Betroffenen \circ	87
c) Art und Weise der Datenverarbeitung	88
aa) Verwendung neuer Technologien \circ	89
bb) Profiling und Scoring \circ	89
cc) Verwendung von Tracking-Werkzeugen \circ	90
dd) Datenmenge und Betroffenenzahl \circ	91
ee) Datenverarbeitung im Rahmen von Direktwerbung \circ	91
ff) Datenverarbeitungsintensive Kerntätigkeit \circ	92
gg) Drittlandübermittlungen \circ	92
hh) Auftragsdatenverarbeitung \circ	93
d) Verhältnis zwischen Betroffenen und Datenverarbeitern	94
aa) Ausübung der informationellen Selbstbestimmung \circ	94
bb) Vertragsverhältnis \circ	97
cc) Beschäftigungsverhältnis \circ	98
dd) Anbieter-Nutzer-Verhältnis \circ	98

e) Auswirkungen für den Betroffenen und berechnigte Erwartungen ○	99
f) Zeitliche Aspekte ○	100
g) Gesellschaftlicher oder rechtlicher Bezug der Datenverarbeitung und Grundrechtsgefüge	101
aa) Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen ○	101
bb) Öffentliche Interessen ○	101
cc) Gesundheit und Soziales ○	102
dd) Wissenschaft und Statistik ○	102
ee) Kollision mit den Rechten anderer ○	102
h) Tabellarische Übersicht der Ergebnisse	104
2. Kriterien des Interessenausgleichs in der Rechtsprechung des EuGH und EGMR	106
a) EuGH	106
aa) Kriterien mit Einfluss auf die Breite des Eingriffs ○	107
bb) Kriterien mit Einfluss auf die Tiefe des Eingriffs ○	108
cc) Zeitliche Komponente ○	109
dd) Sonstige Argumente und konkrete Wertungen ○	109
b) EGMR	110
aa) Kriterien mit Einfluss auf die Breite des Eingriffs ○	110
bb) Kriterien mit Einfluss auf die Tiefe des Eingriffs ○	111
cc) Zeitliche Komponente ○	112
c) Rezeption der gerichtlichen Abwägungspraxis	112
d) Tabellarische Übersicht der Ergebnisse	113
3. Zwischenergebnis: Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs im Datenschutzrecht	115
IV. Exkurs: Interessenausgleich im deutschen Datenschutzrecht	115
1. Ausgleichsbelange □	116
2. Mechanismen des Interessenausgleichs	117
a) Ausgewählte vom Gesetzgeber implementierte Mechanismen △	117
b) Ausgleichsmechanismen vor dem BVerfG △	118
3. Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs	120
a) Ausgewählte gesetzliche Kriterien und Wertungen ○	120
b) Ausgleichskriterien in der Rechtsprechung des BVerfG	122
aa) Kriterien mit Einfluss auf die Tiefe des Eingriffs ○	122
bb) Kriterien mit Einfluss auf die Breite des Eingriffs ○	125
cc) Zeitliche Komponente ○	127
dd) Auswirkungen für Betroffene oder Dritte ○	127
4. Inkurs: Umgang mit abweichenden Wertungsergebnissen	128

5. Zwischenergebnis: Instrumente des Interessenausgleichs im deutschen Datenschutzrecht	133
V. Ergebnisse, Einordnung und Stellungnahme	134
1. Instrumente des Interessenausgleichs	134
a) Belange, Mechanismen, Kriterien	134
b) Kombinierbarkeit und Kumulation	136
c) Wirkweise und Stoßrichtung der Ausgleichsinstrumente	139
2. Anwendung durch Akteure des Interessenausgleichs	139
3. Stellungnahme	141
D. Instrumente des datenschutzrechtlichen Interessenausgleichs im Umfeld sozialer Netzwerke	143
I. Netzwerkumgebung: Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	143
1. Begriffsdefinition: soziale Online-Netzwerke	143
2. Ebenen und Akteure	147
3. Entstehung und Verbreitung	147
4. Geschäftsmodelle	149
a) Anbieter	149
b) Weitere Akteure	153
5. Daten in sozialen Netzwerken	153
a) Datenkategorien	154
b) Zugriff, Gewinnung und Auswertung	156
II. Interessengefüge und besondere Voraussetzungen für den Interessenausgleich im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	160
1. Akteure und ihre Interessen	160
a) Nutzerinteressen	161
b) Unternehmerinteressen	162
aa) Marketing	163
bb) Werbung	164
cc) Public Relations und Imagepflege	165
dd) Feedback und Customer Relationship Management	165
ee) Recruiting und Human Resources	166
c) Anbieterinteressen	167
aa) Dienstleistung und Angebotsoptimierung	167
bb) Werbung	168
cc) Konzernstrukturen	169
dd) Don't be evil? Unbekannte, verschleierte und vorgeschobene Interessen	169

d) Interessen im Rahmen von wirtschaftlichen Kooperationen	171
e) Branchenspezifische Interessen	171
aa) Externe Anbieter für Statistik und Monitoring	171
bb) Kreditwirtschaft	172
cc) Versicherungen	173
dd) Datenhändler	174
ee) Forschung	174
2. Spezifische äußere Umstände	175
a) Technologische Faktoren	175
aa) Interaktive und integrative Nutzung	175
bb) Dynamische Entwicklung und Betaversionen	176
cc) Cloud-Strukturen	177
dd) Big Data	177
b) Ökonomische Faktoren	178
c) Gesellschaftliche Faktoren	179
d) Mediensoziologische Faktoren	180
3. Besonderheiten des Interessengefüges	183
a) Strukturelles Ungleichgewicht	183
b) Informationelles Ungleichgewicht	185
c) Vernetzung, Auflösung von Grenzen, normativen Rollen und analogen Zusammenhängen	187
d) Kollision privater Interessen	190
4. Zusammenfassung	191
III. Datenschutzrechtliche Ausgleichsinstrumente (□△○) im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	191
1. Datenschutzrechtliche Abwägungsbelange im Umfeld sozialer Netzwerke □ ..	191
a) Verfassungsrechtliche Belange □	192
b) Interessen und Belange unterhalb der Verfassungsebene □	195
2. Ausgewählte Mechanismen des Interessenausgleichs im Umfeld sozialer Online-Netzwerke △	195
a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz △	195
b) Ausdrücklich angeordnete Interessenabwägung △	196
c) Erforderlichkeitsklauseln △	198
d) Unbestimmte Begriffe	199
aa) „[P]ersönliche[...] oder familiäre[...] Tätigkeiten“ △	199
bb) Personenbeziehbarkeit: „identifizierbare natürliche Person“ △	201
cc) Verantwortlichkeit mehrerer: „gemeinsam“ Verantwortliche △	204

dd)	Verantwortlichkeit: „über Zwecke und Mittel [...] entscheide[n]“ Δ . . .	205
ee)	Verarbeitung „im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung“ Δ	207
ff)	Zweckbindungsgrundsatz Δ	209
e)	Selbstbestimmungselemente Δ	211
f)	Datenschutzspezifische Mechanismen	212
aa)	Auskunfts- und Informationsrechte und -pflichten Δ	212
bb)	Sonstige Betroffenenrechte	213
(1)	Datenportabilität Δ	213
(2)	Recht auf Vergessenwerden Δ	214
cc)	Voreinstellungen, Garantien, technische und organisatorische Maßnahmen	215
(1)	Privacy by Default und Privacy by Design Δ	215
(2)	Schutzvorkehrungen und Garantien Δ	217
dd)	Standardisierung und einheitliche Anwendung Δ	219
ee)	Durchsetzung und Überwachung der Einhaltung Δ	220
g)	Tabellarische Übersicht der Ergebnisse	221
3.	Ausgewählte Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs im Umfeld sozialer Online-Netzwerke \circ	224
a)	Arten und Kategorien von Daten	224
aa)	Sensible Daten \circ	224
bb)	Personenbezogene Daten \circ	226
cc)	Veröffentlichte Daten \circ	228
b)	Arten und Kategorien von Betroffenen \circ	232
c)	Art und Weise der Datenverarbeitung	235
aa)	Verwendung neuer Technologien \circ	235
bb)	Profiling und Scoring \circ	236
cc)	Verwendung von Tracking-Werkzeugen \circ	238
dd)	Datenmenge und Betroffenenzahl \circ	239
ee)	Direktwerbung \circ	240
ff)	Datenverarbeitungsintensive Kerntätigkeit \circ	242
gg)	Drittlandübermittlungen \circ	242
hh)	Auftragsdatenverarbeitung \circ	243
d)	Verhältnis zwischen Betroffenen und Datenverarbeitern	244
aa)	Ausübung der informationellen Selbstbestimmung \circ	244
bb)	Vertragsverhältnis \circ	252
cc)	Beschäftigungsverhältnis \circ	256
dd)	Anbieter-Nutzer-Verhältnis \circ	257
e)	Auswirkungen für Betroffene und berechtigte Erwartungen \circ	257
f)	Zeitliche Aspekte: Ablauf einer Zeitspanne, Recht auf Vergessenwerden \circ	259

g) Gesellschaftlicher oder rechtlicher Bezug der Datenverarbeitung, Integration in das Grundrechtsgefüge	259
aa) Rechtekollision: Konflikt mit der Meinungsfreiheit ○	260
bb) Rechtekollision: Konflikt zwischen Betroffeneninteresse an Privatheit und Informationsinteresse von Internetnutzern ○	262
h) Tabellarische Übersicht der Ergebnisse	262
4. Exkurs: Abwägungsinstrumente des deutschen Datenschutzrechts im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	267
a) Grundrechtlicher Schutzzumfang und Menschenwürdekern □	267
b) Eigener Geschäftszweck und geschäftsmäßige Übermittlung ○	269
IV. Ergebnisse, Einordnung und Stellungnahme	271
1. Ergebnisse und Einordnung	271
2. Zusammenspiel und Wechselwirkungen	274
3. Stellungnahme	275
E. Anwendungsbeispiele	276
I. Beispiel: Verantwortlichkeit für Datenverarbeitungsvorgänge im Vorfeld der Auspielung von Werbung	276
1. Einordnung	277
2. Bewertung	278
II. Beispiel: Personenbeziehbarkeit hinsichtlich der für den Betrieb eines sozialen Plugins ausgetauschten Daten	279
1. Einordnung	279
2. Bewertung	281
III. Beispiel: Gesetzliche Erlaubnis für die Bereitstellung kommerzieller Inhalte auf der Startseite des Nutzers	281
1. Einordnung	282
a) Einschlägigkeit: Inwieweit war eine Ausübung der Privatautonomie beachtlich?	284
b) Beschränkungen des Kriteriums: Müssen Einwilligungsregeln zur Anwendung kommen?	285
c) Sonstige zu berücksichtigende Kriterien	286
2. Bewertung	287
IV. Beispiel: Gesetzliche Erlaubnis für die Verwendung öffentlich zugänglicher Netzwerkdaten zu Zwecken des Monitorings	288
1. Einordnung	288
2. Bewertung	289

V. Zusammenfassung und Stellungnahme	290
F. Ergebnisse, Stellungnahme und Ausblick	291
I. Zusammenfassung und Ergebnisse der Untersuchung der Ausgangsfragen	291
1. Methodischer Zugang zur Untersuchung der Funktionsweise von Ausgleichs-	
instrumenten	291
2. Analyse der Funktionsweise von Abwägungsinstrumenten im Datenschutzrecht	292
3. Analyse der Funktionsweise von datenschutzrechtlichen Abwägungsinstru-	
menten im Kontext sozialer Online-Netzwerke	293
4. Überprüfung der Resultate anhand von Beispielen	296
5. Zusammenfassende Thesen	296
II. Einordnung der Ergebnisse	297
1. Ursachen	297
2. Konsequenzen	298
3. Lösungsansätze	299
a) Schaffung adäquater Ausgleichsinstrumente im Rahmen von Spezialnormen	300
b) Schärfung der Ausgleichsinstrumente durch die stärkere Berücksichtigung	
ökonomischer, gesellschaftlicher und technologischer Gegebenheiten	301
aa) Daten als Wirtschaftsgut auf dem Datenmarkt	301
bb) Datenschutz als Gesellschaftsgut	304
cc) Weiterentwicklung risikobasierter Ansätze	306
dd) Umkehrung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, Post Privacy	309
c) ‚Nicht-legislative‘ technologische Ausgleichsinstrumente	310
d) Zusammenfassung	312
III. Abschließende Stellungnahme	312
IV. Ausblick	314
Rechtsgrundlagenverzeichnis	316
Literaturverzeichnis	319
Rechtsprechungsverzeichnis	355
Sachwortverzeichnis	359

Tabellen- und Abbildungsverzeichnis

Tabelle 1:	Instrumente des Interessenausgleichs	48
Tabelle 2:	Funktionsweise der Ausgleichsmechanismen im europäischen Datenschutzrecht	78
Tabelle 3:	Datenschutzrechtliche Ausgleichsmechanismen in der Rechtsprechung ..	82
Tabelle 4:	Kriterien und Wertungen des europäischen Datenschutzrechts	104
Tabelle 5:	Datenschutzrechtliche Kriterien und Wertungen in der Rechtsprechung ..	113
Tabelle 6:	Datenschutzrechtliche Ausgleichsmechanismen im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	221
Tabelle 7:	Datenschutzrechtliche Kriterien und Wertungen im Umfeld sozialer Online-Netzwerke	262
Tabelle 8:	Ergebnisse und Einordnung	273
	[Quelle: jeweils eigene Darstellung]	
Formel 1:	Gewichtsformel	43
	[Quelle: Darstellung nach <i>Alexy</i> , in: Jickeli/Kreutz/Reuter et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771 (790).]	
Abbildung 1:	Instrumente des datenschutzrechtlichen Interessenausgleichs	48
	[Quelle: eigene Darstellung]	

Abkürzungsverzeichnis

△	Mechanismen des Interessenausgleichs
□	Belange des Interessenausgleichs
○	Kriterien und Wertungen des Interessenausgleichs
a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz, Absatz
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Ajax	Asynchronous Java Script and XML
AJS	American Journal of Sociology
API	Application Programming Interface
App.	Application
ArbAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Art. 29 DSGr.	Artikel 29-Datenschutzgruppe
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Beil.	Beilage
bevh	Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e. V.
BfDI	Bundesbeauftragte(r) für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt, Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BH	Business Horizons
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.
BMI	Bundesministerium des Innern
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CILJ	Cornell International Law Journal
CLSR	Computer Law & Security Report
CNIL	Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés
CookieRL	Cookie-Richtlinie
CR	Computer und Recht
CRi	Computer Law Review International
CYELP	Croatian Yearbook of European Law and Policy
d. h.	das heißt
DatenSR	Datenschutzrecht
DIVSI	Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet
DLJ	Duke Law Journal
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DPC	Data Protection Commissioner
Drs.	Drucksache
DSAnpUG-EU	Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DS-RL	Datenschutz-Richtlinie
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVÜ-Rat	Datenverarbeitungsübereinkommen des Europarates
e. V.	eingetragener Verein
ECL	European Constitutional Law Review
EDPL	European Data Protection Law Review
EDRi	European Digital Rights
EG	Europäische Gemeinschaft
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJRR	European Journal of Risk Regulation
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ENISA	European Union Agency for Network and Information Security
E-PrivacyRL	E-Privacy-Richtlinie
Ergl.	Ergänzungslieferung
Erwgr.	Erwägungsgrund
et al.	et aliter
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FRA	EU Agency for Fundamental Rights
GastG	Gaststättengesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grdsl.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H. i. O.	Hervorhebung im Original
Hdb.	Handbuch
HFR	Humboldt Forum Recht
HmbBfDI	Hamburgische(r) Beauftragte(r) für Datenschutz und Informationsfreiheit
HPI	Hasso-Plattner-Institut
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HTML	Hypertext Markup Language
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
I/S	Journal of Law and Policy for the Information Society
ICO	Information Commissioner's Office
IDPL	International Data Privacy Law
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IJCL	International Journal of Constitutional Law
IJNPL	The International Journal of Not-for-Profit Law
ILJ	Indiana Law Journal
Inc.	Incorporated
InfoR	Informationsrecht
insbes.	insbesondere
ITRB	IT-Rechts-Berater
iX	Magazin für professionelle Informationstechnik
JCMC	Journal of Computer-Mediated Communication
Jg.	Jahrgang
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KR-RL	Kommunikationsdienste-Rahmenrichtlinie
KUG	Kunsturhebergesetz
LG	Landgericht
LLC	Limited Liability Company
LSP-OECD	Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten der OECD
Ltd.	Limited
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. W. v.	mit Wirkung vom
MedienR	Medienrecht
Mio.	Million(en)
MMR	MultiMedia und Recht
MP	Media Perspektiven
mpfs	Medienpädagogischer Forschungsschwerpunkt Südwest
Mrd.	Milliarde(n)
MS	Management Science

n. F.	neue Fassung
NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotations
NIST	National Institute of Standards and Technology
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYSE	New York Stock Exchange
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. ä.	oder ähnlich
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OE DS-VO	Datenschutz-Verordnung für die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
PinG	Privacy in Germany
PJ DS-RL	Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Justiz
RdA	Recht der Arbeit
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RJ	Ratio Juris
Rn.	Randnummer
Rom-II-VO	Rom-II-Verordnung
Rom-I-VO	Rom-I-Verordnung
s.	siehe
S.	Seite
SCHUFA	Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung
SCLR	Southern California Law Review
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte(r)/(s)
StGB	Strafgesetzbuch
TKG	Telekommunikationsgesetz
TLR	Texas Law Review
TMG	Telemediengesetz
u. a.	unter anderem, und andere
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
ULR	Utrecht Law Review
UN	United Nations
UN-RL	Richtlinien über personenbezogene Daten der Vereinten Nationen
UNSWL	University of New South Wales Law Journal
USA	United States of America
v.	vom
v. a.	vor allem
Var.	Variante
VDS-RL	Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
vs.	versus

VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WD	Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages
YLJ	The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZfD	Zeitschrift für Datenschutz
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

A. Problemaufriss und Ausgangsfragen

Datenschutz ist eines der großen gesellschaftlichen und politischen Themen des 21. Jahrhunderts. Kaum ein Gegenstand wird gegenwärtig derart breit und kontrovers diskutiert¹ – äußerst passend ist daher Bruce Schneiers Vergleich des Datenschutzes mit der in den vorangegangenen Jahrzehnten ähnlich lebhaft geführten Umweltschutzdebatte: „Data is the pollution problem of the information age, and protecting privacy is the environmental challenge.“² Betroffen ist die Gesellschaft als Ganzes, aber auch jedes einzelne Individuum, unlösbar scheinen die aufgeworfenen Probleme zu sein, unvereinbar die gegensätzlichen Positionen. Besonders eindrucksvoll zeigten sich in der jüngeren Vergangenheit die wachsende Kluft zwischen Recht und Technik und die kontroversen Positionen verschiedener Interessenträger im Zusammenhang mit der Erscheinungsform sozialer Netzwerke, wo fortschrittliche Datenverarbeitungstechnologien auf einen veralteten Rechtsrahmen trafen und private Kommunikationsinteressen auf kommerzielle Absichten prallten.

Während das Bundesverfassungsgericht von einem der Menschenwürde nahestehenden „Recht auf ‚informationelle Selbstbestimmung‘“³ spricht und der europäische Gerichtshof die Bedeutung der Grundrechte auf die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten betont⁴, verlangt die Wirtschaft nach umfangreichem Handlungsspielraum, um Datenverarbeitungen monetär aus-

¹ Es wäre allerdings verfehlt, den Datenschutzdiskurs als bloße Modeerscheinung zu befehlen. Zwar ist das Schlüsselement der ‚Daten‘ in diesem Zusammenhang erst mit der durch technologische Entwicklungen ermöglichten automatisierten Verarbeitung selbiger in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt. Ein ausgedehnter Diskurs über die Grundfragen der Gestaltung, Abgrenzung und Beschreibung der Privatsphäre von Individuen sowie eine ganze Reihe damit zusammenhängender Theorien (vgl. etwa: die Dreiteilung des Privatheitsbegriffs bei *Rössler*, *Der Wert des Privaten*, S. 144–304, die Annahme einer Begriffsdichotomie zwischen Privatheit und Öffentlichkeit bei *Bobbio*, *Democracy and Dictatorship*, S. 1–21, oder die Theorie der Kontextualität von Privatheit bei *Nissenbaum*, *Privacy in Context*), welche auch jeder Auseinandersetzung mit der Preisgabe und Verwendung von oder dem Zugriff auf persönliche Daten zugrunde liegen müssen, reicht in der Geschichte jedoch weit zurück – vgl. dazu etwa *Beyvers/Helm/Hennig/Kreknin/Keckeis/Püschel*, in: *Beyvers/Helm/Hennig et al.* (Hrsg.), *Räume und Kulturen des Privaten*, S. 1 (1).

² *Schneier*, *Data and Goliath*, S. 238.

³ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83, BVerfGE, 65, 1 (43).

⁴ Vgl. nur die Verfahren EuGH, Urt. v. 14.05.2014 – C-131/12; EuGH, Urt. v. 08.04.2014 – C-293/12, C-594/12; EuGH, Urt. v. 06.10.2015 – C-362/14, in denen sich das Gericht jeweils umfangreich schützend vor die betroffenen Grundrechte gestellt hat.

zuschlachten⁵. Die Technologie setzt indessen unumstößliche Fakten: Datenverarbeitungen sind in großem Umfang zu geringen Kosten, in fast beliebiger Komplexität und zu beliebigen Zwecken möglich.⁶ Aus einer Anwendung von Lawrence Lessigs Annahme „Code is Law“⁴⁷ auf den Datenschutz ließe sich daher folgern, dass diese fast unbegrenzten Möglichkeiten der datenverarbeitenden Technologien im Stande sind, jeglichen tatsächlichen und rechtlichen Rahmen aufzulösen. Demgegenüber fordern zahlreiche Interessengemeinschaften sowie Vertreter aus Gesellschaft und Politik eine schärfere Regulierung von Datenverarbeitungen, insbesondere der Privatwirtschaft.⁸ Die Thematisierung von Datenschutzkonflikten im gesellschaftspolitischen Diskurs hat schließlich dazu geführt, dass in der Bevölkerung ein Bewusstsein für Datenschutzproblematiken entstanden ist, so dass sogar bisweilen Konsumententscheidungen unter Berücksichtigung von Datenschutzaspekten getroffen werden.⁹

In scheinbarem Gegensatz dazu steht die noch immer anhaltende weite Verbreitung der Nutzung sozialer Medien. Trotz ihres zweifelhaften Rufes im Hinblick auf den Datenschutz¹⁰ haben sie eine wichtige Position im Privat-, Sozial- und Berufsleben ihrer stets wachsenden Nutzerschaft inne. Sie sind gleichermaßen Kommunikationsmittel unter Freunden, Quelle für Informationen aller Art, Medium des lockeren Kontakts mit Bekannten sowie Plattform für Selbstdarstellung im privaten wie beruflichen Umfeld. Dieser Kontrast zwischen dem vorhandenen

⁵ Vgl. beispielhaft die Forderungen des *BITKOM*, Stellungnahme zum Vorschlag der EU-Kommission für eine EU-Datenschutz-Grundverordnung vom 25.01.2012, S. 2: „Erforderliche Datenverarbeitung im wirtschaftlichen Umfeld“ müsse „unkompliziert – d. h. auf der Basis von Interessenabwägung (auch zugunsten von Dritten) – möglich sein“. Anforderungen an die Einwilligung dürften nicht „zu formalistisch“ geraten, eine Einwilligung müsse überdies „mit Blick auf zukünftige Produkte“ auch implizit erteilbar sein. Gefordert wird außerdem ein Konzernprivileg sowie die ausdrückliche Gestattung der Profilbildung.

⁶ Die flexible, effiziente und zugleich kostengünstige Verfügbarkeit von Rechenleistung und Anwendungen ist insbesondere den Fortschritten beim Cloud Computing – dazu näher unter D. II. 2. a) cc) – sowie der stetigen Optimierung der verwendeten Algorithmen zu verdanken.

⁷ *Lessig*, Code, S. 5, mit Rückverweis auf *Reidenberg*, TLR 1998, 553; *Mitchell*, City of Bits, S. 111 („code is the law“); *Wagner*, SCLR 2005, 457 (457) („software code as complementary to law“).

⁸ Vgl. z. B. die Forderungen der Bürger- und Menschenrechtsorganisation *EDRI*, Position on the Regulation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation).

⁹ Für ganze 69 Prozent der Befragten einer Studie der *Tomorrow Focus Media* gelten die Privatsphäreinstellungen eines sozialen Netzwerkanbieters als Auswahlkriterium: *Tomorrow Focus Media*, Social Trends Studie, S. 15.

¹⁰ Wiederholt war den Anbietern sozialer Medien Nachlässigkeit und sogar Ignoranz im Umgang mit Datenschutzvorschriften unterstellt worden, vgl. etwa *Roosendaal*, in: *Camenisch/Crispo/Fischer-Hübner et al.* (Hrsg.), *Privacy and Identity Management for Life*, S. 274 (279–281). Jüngst drängte sich das ‚Negativ-Image‘ durch die Beteiligung mehrerer großer Anbieter (u. a. Google, Facebook und YouTube) als ‚Provider‘ des Spionage Programms ‚PRISM‘ erneut in das Bewusstsein der Öffentlichkeit: *Unbekannter Autor*, NSA slides explain the PRISM data-collection program, Artikel v. 06.06.2013, *The Washington Post* [Online].

Problembewusstsein und einer zumindest in der Theorie kritischen Haltung auf der einen Seite, jedoch scheinbar unreflektierter faktischer Nutzung der vorhandenen Technologie unter Inkaufnahme sämtlicher Risiken auf der anderen Seite, ist dabei nicht nur typisch für die Nutzung sozialer Medien, sondern kennzeichnet generell das Verhältnis großer Teile der Bevölkerung zu unterschiedlichsten datenverarbeitungsintensiven Technologien und Anwendungen.¹¹

Der europäische Gesetzgeber reagierte auf die veränderten Anforderungen im Datenschutz und dessen gesteigerte Bedeutung mit Reformbestrebungen. Aus jahrelangem Ringen¹² um die Ausgestaltung eines europäischen Rechtsrahmens für den Datenschutz ging schließlich ein Regelwerk hervor, das neben altbekannten Prinzipien (etwa Rechtmäßigkeit, Transparenz oder Zweckbindung) auch neue Denkansätze (beispielsweise ein sogenanntes Recht auf Vergessenwerden, risikobasierte Ansätze sowie die Herstellung von diensteübergreifender Datenportabilität) etabliert. Die ‚Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG‘ ist jedoch mehr als nur ein simpler Kompromiss; ihre Bestimmungen wurden über Jahre hinweg vielfach überarbeitet, kontrovers diskutiert, in Frage gestellt, revidiert und novelliert¹³ und dabei durch eine der größten Lobbyismus-Kampagnen der europäischen Geschichte¹⁴ von politischen und wirtschaftlichen Interessenträgern maßgeblich beeinflusst.

Das über allen Detailkonflikten stehende Anliegen des europäischen Gesetzgebers bleibt es dennoch, mit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) einen zeitgemäßen und zukunftsfähigen Rechtsrahmen für den Datenschutz zu implementieren, der im Stande sein soll, die unterschiedlichen Interessenlagen über die von den technologischen Gegebenheiten geschaffenen Fakten hinweg im Sinne des europäischen Grundrechtskatalogs und der Ziele der Union auszugleichen (vgl. Erwgr. 1–7 DS-GVO). Das Prinzip des Interessenausgleichs zieht sich dabei wie ein roter Faden durch das gesamte Regelwerk: Sämtliche Regelungen der Verordnung – von dem einleitenden Bekenntnis zum Ziel des Interessenausgleichs („Das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten ist kein uneingeschränktes Recht; es muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und unter Wah-

¹¹ Sog. ‚Privacy Paradox‘, dazu näher unter D. II. 2. d).

¹² Der Berichterstatter des europäischen Parlaments, *Albrecht*, CRi 2016, 33 (33), spricht von „long and dogged negotiations“. Von der Einbringung des Kommissionsentwurfs der DS-GVO am 25.01.2012 bis zur Bekanntmachung der endgültigen Fassung am 04.05.2016 vergingen mehr als vier Jahre.

¹³ Eine Übersicht über den Verfahrensgang und sämtliche zugehörigen Arbeitsdokumente finden sich bei *EUR-Lex*, Webseite ‚Procedure 2012/0011/COD‘.

¹⁴ Dazu: *McNamee*, Vote on Data Protection and Passenger Name Record Package, Pressemeldung v. 13.04.2016; *Albrecht*, CRi 2016, 33 (34) („unprecedented extent of the influence of interest groups“); *Roßnagel*, in: Roßnagel (Hrsg.), DS-GVO, § 1 Einleitung: Das neue Datenschutzrecht, Rdnr. 15. Einen Überblick über die verschiedenen Positionen, einflussnehmende Organisationen und diverse Dokumente bezüglich der europäischen Datenschutzreform werden bereitgestellt durch: *LobbyPlag*, Webseite ‚Homepage‘.