

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 45

**Persönlichkeitsprofile
in der DS-GVO**

Zulässigkeit und deliktische Haftung

Von

Erik Brüggemann



Duncker & Humblot · Berlin

ERIK BRÜGGEMANN

Persönlichkeitsprofile in der DS-GVO

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von

Dirk Heckmann

Band 45

Persönlichkeitsprofile in der DS-GVO

Zulässigkeit und deliktische Haftung

Von

Erik Brüggemann



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg hat diese Arbeit
im Jahr 2022 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
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-18752-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58752-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Für Hans

Vorwort

Was sagt das Gesetz? Eine Antwort fällt nicht immer leicht. Es ergeben sich nur neue Fragen: Liegt die Antwort in der Wiederholung seiner Worte? Liegt sie in der Bestimmung dessen, was recht und gerecht ist? Dem Willen des Gesetzgebers? Was möchte überhaupt die Bevölkerung? Den Schutz der Grundrechte? Freiheit, Sicherheit oder wirtschaftlichen Erfolg? Wo wir schon dabei sind, in welcher Gesellschaft möchten wir eigentlich leben?

Die Rechtswissenschaft ist der aufregende Versuch, Fragen wie die obigen zu beantworten. Sie führt Antwortsuchende in Bibliotheken, auf Datenbanken und zu Personen, die sie bei der Suche unterstützen. In meinem Falle war das zuvorderst Frau Prof. Dr. Christine Budzikiewicz. Sie ließ mir die Freiheit, das Thema meiner Arbeit selbst zu suchen und half dann tatkräftig, Fragen zu durchdenken und Antworten zu finden. Im Austausch mit ihr konnte ich die Klarheit von Struktur und Aussagen schärfen. Zudem stand sie bei allen verwaltungstechnischen Begleiterscheinungen einer Dissertation mit Rat und Tat zur Seite. Ohne sie hätte das Projekt so nicht abgeschlossen werden können.

Für die Begutachtung der Arbeit bedanke ich mich herzlich bei Frau Prof. Dr. Monika Böhm und für die Übernahme des Vorsitzes der Disputation bei Herrn Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. Sie haben nicht nur großes Interesse gezeigt, sondern die Dissertation durch kritische Rückfragen aufgewertet.

Die Anfertigung der Doktorarbeit war zeitintensiv. Das Aufbringen der Zeit wäre ohne die Unterstützung meiner Partnerin Isabelle kaum möglich gewesen. Sie stand vom ersten bis zum letzten Augenblick hinter dem Projekt. Sie hat ermutigt, hinterfragt und sich unermüdlich (für sie) fachfremde Überlegungen angehört. Auch wenn dem ein Dankeswort nicht gerecht werden kann: Danke!

Häufig zu anderen Anlässen, aber mit kaum geringerem Aufwand hat mich meine (zu meinem Glück immer größer werdende) Familie, wie schon immer, in jeder Hinsicht unterstützt. Sie ist gleichermaßen Fundament wie Resonanzkörper, ohne die diese und jede Arbeit weder möglich wäre noch Freude bereiten würde. Auch an euch richte ich ein unzureichendes aber aus dem Tiefsten kommendes: Danke!

Für besonders tatkräftige Hilfestellung möchte ich mich (teilweise wiederholt) bei Evelyn, Isabelle, Martin, Michael und Rüdiger bedanken. Sie haben mit äußerster Gründlichkeit und unverdrossenem Zeitaufwand Gegen- und Korrekturgelesen. Die unschätzbare Bedeutung dessen wird jede Autor:in kennen.

Für die Finanzierung danke ich: Mama.

Düsseldorf, im Oktober 2022

Erik Brüggemann

Inhaltsverzeichnis

A. Problematik der Persönlichkeitsprofile	19
I. Digitalisierung	19
II. Persönlichkeitsprofile	19
III. Deliktische Haftung	21
IV. Persönlichkeitsprofile in der Forschung	21
B. Akkumulation, Bildung und Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	23
I. Wirtschaftliche und politische Anreize	23
II. Akkumulierung durch Digitalisierung	25
1. Kontext	25
2. Techniken der Akkumulation	27
a) ISPs	27
b) Server	28
c) Cookies	28
d) Skripte	29
e) Plugins	30
f) Device Fingerprinting	31
g) Sound Beacon	32
3. Syntaktische und semantische Daten	33
III. Bildung von Persönlichkeitsprofilen	33
1. Herkömmliche Profildefinitionen	33
2. Persönlichkeitsprofile	34
a) Zusammenführung vieler verschiedener Daten	34
b) Verknüpfung von Daten	35
c) Generierung neuer Daten	35
d) Bewertung von Aspekten einer Person	36
e) Autopoietisches System	36
IV. Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	37
V. Einordnung als „Big Data“-Anwendung	38
C. Deliktische Haftung	40
I. Begründung und Rechtsfolge des Anspruchs nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO	40
1. Verstoß gegen die Verordnung	41
a) Personenbezogene Daten	41
aa) Definition der Voraussetzungen	41
(1) „Informationen“	41
(2) „beziehen“	42

(3) „identifizierte oder identifizierbare natürliche Person“ ..	43
(a) Der relativ-objektive Ansatz	43
(b) Beachtlichkeit einer rechtswidrigen Zusammenführung?	45
(c) Identifizierung bei 33 Bits Informationen	46
(d) Anerkannte Kategorien personenbezogener Daten ..	47
bb) Akkumulierung	49
(1) ISPs	50
(2) Server	50
(3) Cookies	50
(4) Plugins	51
(5) Skripte	51
(6) Device Fingerprinting und Sound Beacon	51
cc) Bildung und Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	51
b) Verarbeitungen personenbezogener Daten	52
aa) Akkumulierung personenbezogener Daten für Persönlichkeitsprofile	52
bb) Bildung von Persönlichkeitsprofilen	53
cc) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	54
dd) Einordnung als „Profiling“ im Sinne des Art. 4 Nr. 4 DS-GVO	54
(1) Definition von „Profiling“ in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO	55
(2) Akkumulierung der Daten für ein Persönlichkeitsprofil als Profiling	56
(3) Bildung eines Persönlichkeitsprofils als Profiling	56
(4) Verwendung eines Persönlichkeitsprofils als Profiling ..	57
(5) Zusammenfassung Einordnung als Profiling	57
c) Grundsätze der DS-GVO	57
aa) Rechtmäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 1 DS-GVO)	59
bb) Verarbeitung nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 2 DS-GVO)	59
(1) Anforderungen von „Treu und Glauben“	59
(a) Autonome Auslegung	59
(aa) Voraussetzungen autonomer Auslegung	60
(bb) Autonome Auslegung von „Treu und Glauben“?	61
(b) Ansicht der Literatur	62
(c) Wortlautauslegung	62
(d) Systematische Auslegung	63
(aa) ACQP	64
(bb) DCFR	64
(cc) PECL	65
(dd) Klausel-RL	65

(cc) GEK-VO-E	67
(e) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	67
(2) Akkumulierung der Daten für ein Persönlichkeitsprofil	67
(3) Bildung von Persönlichkeitsprofilen	68
(4) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als treuwidrig	69
(5) Zwischenergebnis des Treu und Glauben-Grundsatzes nach Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 2 DS-GVO	70
cc) Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 3 DS-GVO)	70
(1) Anforderungen des Transparenzgrundsatzes	70
(a) Ansicht der Literatur	70
(b) Auslegung des historischen Verordnungsgeberwillens	71
(c) Systematische Auslegung	71
(d) Auslegung nach Sinn und Zweck	72
(e) Zusammenfassung	72
(2) Akkumulierung der Daten für ein Persönlichkeitsprofil und „Transparenz“	73
(3) Bildung von Persönlichkeitsprofilen und „Transparenz“	74
(4) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen und „Transparenz“	75
(5) Zwischenergebnis zum Transparenzgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 3 DS-GVO	75
dd) Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b HS. 1 DS-GVO)	76
(1) Tatbestandsmerkmal „festgelegt“	76
(a) Anforderungen des Festlegungsmerkmals	77
(aa) Ansicht der Literatur	77
(bb) Wortlautauslegung	78
(cc) Auslegung nach Sinn und Zweck	78
(dd) Auslegung des historischen Verordnungsgeberwillens	79
(ee) Systematische Auslegung	79
(ff) Zusammenfassung der Anforderungen	80
(b) Akkumulierung der personenbezogenen Daten für ein Persönlichkeitsprofil als festgelegter Zweck	80
(c) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als festgelegter Zweck	81
(d) Verwendung der Persönlichkeitsprofile als festgelegter Zweck	81
(2) Tatbestandsmerkmal „eindeutig“	82
(a) Anforderungen des Eindeutigkeitsmerkmals	82
(aa) Ansicht der Literatur	82
(bb) Auslegung des Wortlauts	83
(cc) Auslegung nach Sinn und Zweck	83

(dd) Systematische Auslegung	84
(ee) Auslegung des historischen Verordnungsgeberwillens	84
(ff) Zusammenfassung der Anforderungen	85
(b) Akkumulierung der personenbezogenen Daten für ein Persönlichkeitsprofil als eindeutiger Zweck	86
(c) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als eindeutiger Zweck	87
(d) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als eindeutiger Zweck	87
(3) Tatbestandsmerkmal „legitim“	88
(a) Anforderungen des Legitimitätsmerkmals	88
(aa) Ansichten der Literatur	88
(bb) Autonome Auslegung von „legitim“?	89
(cc) Wortlautauslegung	90
(dd) Auslegung nach Sinn und Zweck	91
(ee) Systematische Auslegung	91
(ff) Historische Auslegung	92
(gg) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	93
(b) Akkumulierung der personenbezogenen Daten für ein Persönlichkeitsprofil als legitimer Zweck	93
(c) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als legitimer Zweck	94
(d) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als legitimer Zweck	95
(4) Zwischenergebnis Tatbestandsmerkmale Zweckbindung	96
(5) Zweckbindung und Weiterverarbeitung	97
(a) Konzept der Weiterverarbeitung	97
(aa) Ansichten der Literatur	98
(bb) Wortlautauslegung	100
(cc) Auslegung des historischen Verordnungsgeberwillens	101
(α) ErwG. 50 DS-GVO als Hinweis auf den Verordnungsgeberwillen	101
(β) Versionsgeschichte von ErwG. 50; Art. 5 Abs. 1 lit. b; 6 Abs. 4 DS-GVO	101
(γ) Analyse der Versionsgeschichte	102
(dd) Systematische Auslegung	103
(α) Privilegierung von zweckkompatiblen Verarbeitungen?	103
(β) Unterscheidung zwischen Art. 5 Abs. 1 lit. b HS. 1 DS-GVO und Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	105
(ee) Auslegung nach Sinn und Zweck	106

(ff) Zwischenergebnis Konzept der Weiterverarbeitung	106
(b) Vereinbarkeit der Verarbeitung mit Art. 5 Abs. 1 lit. b HS. 1 DS-GVO	107
(aa) Akkumulierung der personenbezogenen Daten für ein Persönlichkeitsprofil als Weiterverarbeitung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO	107
(bb) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als Weiterverarbeitung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO	108
(cc) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als Weiterverarbeitung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO	108
(dd) Zwischenergebnis Vereinbarkeit der Verarbeitung mit Art. 5 Abs. 1 lit. b HS. 1 DS-GVO	109
(ee) Privilegierte Zwecke	109
(c) Vereinbarkeit der Verarbeitung mit Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	110
(aa) Privilegierte Zweckänderungen	110
(bb) Kriterien des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	111
(α) Die Kriterien und ihre Bedeutung	111
(β) „Verbindung“	113
(γ) „Zusammenhang“	113
(δ) „Art“	114
(ε) „Folgen“	115
(ζ) „Garantien“	116
(cc) Akkumulierung der personenbezogenen Daten für ein Persönlichkeitsprofil als kompatibler Sekundärzweck nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	116
(α) Primärzwecke „Verbesserung der Nutzererfahrung“ und „Werbung“	117
(β) Primärzweck „Personalisierung“	117
(dd) Bildung eines Persönlichkeitsprofils als kompatibler Sekundärzweck nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	119
(α) Primärzwecke „Verbesserung der Nutzererfahrung“ und „Werbung“	119
(β) Primärzweck „Personalisierung“	119
(ee) Verwendung eines Persönlichkeitsprofils als kompatibler Sekundärzweck nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	120
(α) Primärzwecke „Verbesserung der Nutzererfahrung“ und „Werbung“	120
(β) Primärzweck „Personalisierung“	121
(ff) Zwischenergebnis Vereinbarkeit der Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO	121

(d) Zwischenergebnis „Weiterverarbeitung“	122
(6) Zwischenergebnis Zweckbindungsgrundsatz	122
ee) Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO)	123
(1) Bezugspunkt der Tatbestandsmerkmale	123
(2) Verhältnis zum Zweckbindungsgrundsatz	124
(3) Tatbestandsmerkmal „angemessen“	124
(a) Anforderungen des Angemessenheitsmerkmals	124
(aa) Ansicht der Literatur	125
(bb) Wortlautauslegung	125
(cc) Auslegung nach Sinn und Zweck	126
(dd) Auslegung nach der Systematik	127
(ee) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	127
(b) Akkumulierung der Daten für ein Persönlichkeitsprofil als „angemessen“	127
(c) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als „angemessen“	128
(d) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als „angemessen“	128
(4) Tatbestandsmerkmal „erheblich“	129
(a) Anforderungen des Erheblichkeitsmerkmals	129
(aa) Ansicht der Literatur	129
(bb) Wortlautauslegung	130
(cc) Auslegung des historischen Gesetzgeberwillens	131
(dd) Auslegung nach Sinn und Zweck	131
(ee) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	131
(b) Akkumulierung der Daten für ein Persönlichkeitsprofil als „erheblich“	132
(aa) Besondere Relevanz einzelner Daten für die Akkumulierung	132
(bb) Besondere Relevanz von Datenkategorien für die Akkumulierung	132
(cc) Besondere Relevanz von Verarbeitungsvorgängen für die Akkumulierung	134
(dd) Besondere Relevanz bei festgelegtem Verwendungszweck des Persönlichkeitsprofils für die Akkumulierung	134
(ee) Zusammenfassung der Akkumulierung als „erheblich“	135
(c) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als „erheblich“	135
(d) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als „erheblich“	136
(5) Tatbestandsmerkmal „notwendige[s] Maß“	137
(a) Anforderungen des Merkmals des notwendigen Maßes	137

(aa)	Ansicht der Literatur	137
(bb)	Autonome Auslegung der Beschränkung auf das „notwendige Maß“?	138
(cc)	Wortlautauslegung	141
(dd)	Auslegung des historischen Verordnungsgeber- willens	142
(ee)	Teleologische Auslegung	143
(ff)	Systematische Auslegung	143
(gg)	Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse zum „notwendige[n] Maß“	145
(b)	Akkumulierung der Daten für ein Persönlichkeits- profil im Rahmen des „notwendige[n] Maß[es]“	145
(c)	Bildung von Persönlichkeitsprofilen im Rahmen des „notwendige[n] Maß[es]“	146
(d)	Verwendung von Persönlichkeitsprofilen im Rahmen des „notwendige[n] Maß[es]“	147
(6)	Zwischenergebnis Datenminimierungsgrundsatz	147
ff)	Zwischenergebnis Grundsätze	148
d)	Verstoß gegen spezielle Normen der DS-GVO	149
aa)	Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall, Art. 22 DS- GVO	149
(1)	Widerspruchsrecht oder Verbotsgesetz?	149
(2)	Anforderungen des Verbots	151
(a)	Grundsatz nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO	151
(aa)	Tatbestandsmerkmal der Verarbeitung	151
(bb)	Tatbestandsmerkmal der Entscheidung	152
(cc)	Tatbestandsmerkmal der Ausschließlichkeit	152
(dd)	Tatbestandsmerkmal des Unterworfenenseins	153
(ee)	Tatbestandsmerkmale der rechtlichen Wirkung und der Beeinträchtigung	154
(b)	Ausnahmen nach Art. 22 Abs. 2, 3 DS-GVO	156
(c)	Rückausnahme nach Art. 22 Abs. 4 DS-GVO	157
(3)	Rechtsfolgen für Persönlichkeitsprofile	157
(a)	Akkumulierung der Daten	157
(b)	Bildung von Persönlichkeitsprofilen	158
(c)	Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	159
(4)	Zusammenfassung Art. 22 DS-GVO	161
bb)	Widerspruchsrecht, Art. 21 DS-GVO	161
(1)	Anforderungen	162
(a)	Widerspruchsrecht nach Abs. 1	162
(aa)	Rechtsansprüche	162
(bb)	Mehrstufige Prüfung	163
(α)	Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e oder f DS-GVO	163

(β) Gründe, die sich aus der besonderen Situation des Betroffenen ergeben	164
(γ) Zwingende schutzwürdige Gründe des Verantwortlichen	165
(δ) Abwägung	166
(b) Widerspruchsrecht nach Abs. 2, 3	166
(c) Widerspruchsrecht nach Abs. 6	168
(2) Rechtsfolgen für Persönlichkeitsprofile	168
(a) Akkumulierung der Daten	168
(b) Bildung von Persönlichkeitsprofilen	169
(c) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	170
(3) Zusammenfassung zu Art. 21 DS-GVO	172
cc) Besondere Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 DS-GVO)	172
dd) Zwischenergebnis Verstoß gegen spezielle Normen	173
e) Verstoß gegen die Erlaubnissätze des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO	173
aa) Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO)	174
(1) Bei Verweigerung oder Rücknahme kein Rückgriff auf andere Erlaubnistatbestände	175
(2) Anforderungen	176
(a) Form, Unmissverständlichkeit, Informiertheit und Bestimmtheit	177
(b) Freiwilligkeit	178
(c) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	180
(3) Einwilligung in Akkumulierung der Daten	180
(4) Einwilligung in Bildung von Persönlichkeitsprofilen	182
(5) Einwilligung in Verwendung von Persönlichkeitsprofilen	183
(6) Zusammenfassung zur Einwilligung und Persönlichkeitsprofile	184
bb) Vertragserforderlichkeit (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO)	184
(1) Anforderungen	185
(a) Erfüllung eines Vertrages	185
(b) Durchführung einer vorvertraglichen Maßnahme	185
(c) Erforderlichkeit	186
(aa) Zwischenschrittskriterium	186
(bb) Unabdingbarkeitskriterium	187
(cc) Kombination der Kriterien	188
(d) Berücksichtigung der Anforderungen anderer Erlaubnissätze?	188
(e) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	189
(2) Vertragserforderlichkeit der Akkumulierung	190
(3) Vertragserforderlichkeit der Profilbildung	191
(4) Vertragserforderlichkeit der Profilverwendung	192

(5) Zusammenfassung zur Vertragserforderlichkeit	193
cc) Berechtigtes Interesse (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO)	194
(1) Stellung im Normgefüges des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO . .	194
(2) Anforderungen	195
(a) Verarbeitungsinteresse	195
(aa) Weite Auslegung des berechtigten Interesses?	195
(bb) Welche Verarbeitungsinteressen sind umfasst?	196
(cc) Berechtigung des Interesses	197
(b) Erforderlichkeit der Verarbeitung für das Verarbeitungsinteresse	198
(c) Betroffenengründe	200
(d) Abwägung des Verarbeitungsinteresses mit den Betroffenengründen	200
(aa) Formelle Abwägungskriterien	201
(bb) Vorhersehbarkeit der Verarbeitung	202
(cc) Beziehung zwischen den Beteiligten	202
(dd) Schutzmaßnahmen	203
(ee) Intensität der Verarbeitung	204
(e) Zusammenfassung der Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO	205
(3) Die Akkumulierung personenbezogener Daten als berechtigtes Interesse	205
(4) Bildung von Persönlichkeitsprofilen als berechtigtes Interesse	207
(a) Verarbeitungsinteresse, Erforderlichkeit und Betroffenengründe	207
(b) Abwägung des Verarbeitungsinteresses mit den Betroffenengründen	209
(aa) Vorhersehbarkeit der Verarbeitung	209
(bb) Beziehung zwischen den Beteiligten	210
(cc) Schutzmaßnahmen	211
(dd) Intensität der Verarbeitung	211
(ee) Ergebnis zur Bildung von Persönlichkeitsprofilen als berechtigtes Interesse	212
(5) Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als berechtigtes Interesse	212
(a) Verarbeitungsinteresse, Erforderlichkeit und Betroffenengründe	212
(b) Abwägung des Verarbeitungsinteresses mit den Betroffenengründen	214
(aa) Die Vorhersehbarkeit der Verarbeitung	214
(bb) Beziehungen zwischen den Beteiligten	214
(cc) Schutzmaßnahmen	215
(dd) Intensität der Verarbeitung	216

(cc) Ergebnis zur Verwendung von Persönlichkeitsprofilen als berechtigtes Interesse	217
(6) Zusammenfassung zum berechtigten Interesse und Persönlichkeitsprofile	218
dd) Übrige Erlaubnisnormen	218
(1) Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO)	218
(2) Lebenswichtige Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. d DS-GVO)	219
(3) Aufgabe im öffentlichen Interesse (Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO)	219
ee) Zwischenergebnis Verstoß gegen die Erlaubnissätze des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO	219
f) Verstoß gegen die Betroffenenrechte der Art. 12 bis 20 DS-GVO	220
g) Zwischenergebnis Verstoß gegen die Verordnung und Persönlichkeitsprofile	220
2. Schaden	222
a) Anforderungen	222
b) Anwendung auf Akkumulierung, Bildung und Verwendung	224
3. Kausalzusammenhang zwischen Verstoß und Schaden	225
a) Anforderungen	225
b) Anwendung auf Akkumulierung, Bildung und Verwendung	227
4. Anspruchsberechtigter	228
a) Anforderungen	228
b) Anwendung auf Akkumulierung, Bildung und Verwendung	229
5. Anspruchsverpflichteter	229
a) Anforderungen	229
b) Anwendung auf Akkumulierung, Bildung und Verwendung	231
6. Exkulpationsmöglichkeit nach Art. 82 Abs. 3 DS-GVO	232
a) Anforderungen	232
aa) Maßstab	232
bb) Beweislastumkehr	234
cc) Beschränkung auf mehrere Verantwortliche?	235
b) Anwendung auf akkumulierte Persönlichkeitsprofile	235
7. Rechtsfolge	236
a) Grundlagen	236
b) Anwendung auf Akkumulierung, Bildung und Verwendung	237
8. Zusammenfassung	238
II. Gesamtergebnis	238
D. Fazit	239
Literaturverzeichnis	241

A. Problematik der Persönlichkeitsprofile

I. Digitalisierung

Lebensbereiche werden zunehmend digitalisiert. Alles wird mit Nullen und Einsen ersetzt, dargestellt und erweitert. Weil Zahlen keine Grenzen haben und sich die Rechenkapazität gemäß des Mooreschen Gesetzes regelmäßig verdoppelt,¹ kennt diese neue, binäre Welt täglich mehr von unserem privaten und gesellschaftlich-öffentlichen Leben. Das „Internet der Dinge“, das schon heute Milliarden Gegenstände umfasst, sammelt durch Sensoren wie GPS-Module Daten aller Art und in großen Mengen. Durch diese Digitalisierung wird die digitale Welt so allgegenwärtig wie nie zuvor. Das Internet wird derart ubiquitär, dass es verschwinden, beziehungsweise nicht mehr wahrnehmbar sein wird.² Je unsichtbarer das Internet aber ist, desto geringer wird das Bewusstsein, sich in ihm zu bewegen. Durch diese bewusste und unbewusste, ständige, internetbasierte Kommunikation gibt man kontinuierlich Daten preis.³ Diese Daten sind, gerade in ihrer Masse, wertvoll.⁴ Unternehmen wie Facebook, Amazon, Apple, Netflix und Alphabet („FAANG“) haben sehr erfolgreich ihr Geschäft auf der Verwertung von Daten aufgebaut und erwirtschafteten 2021 einen Umsatz von 1.256 Mrd. US-Dollar.⁵

II. Persönlichkeitsprofile

Dem Datenschutz kommt bei stetig zunehmender Digitalisierung eine immer größere Bedeutung zu. In der digitalisierten Welt sind Daten leicht verfügbar und können mit vernachlässigbaren Transaktionskosten an jeden Ort der Erde gesendet und praktisch beliebig oft kopiert werden. Die einzigen

¹ https://de.wikipedia.org/wiki/Mooresches_Gesetz, zuletzt abgerufen am 17.05.2022.

² So *Eric Schmidt*, Executive Chairman von Google Inc. am 23.01.2015 auf dem Weltwirtschaftsforum in Davos.

³ Vgl. Wybitul DS-GVO/Draf, Art. 21, 22 Rn. 3; *Weichert*, ZD 2013, 251, 252.

⁴ Siehe zum Wert eines Profils den Financial-Times-Rechner unter <http://www.ft.com/cms/s/2/927ca86e-d29b-11e2-88ed-00144feab7de.html#axzz2z2agBB6R>, zuletzt abgerufen am 17.05.2022.

⁵ https://de.wikipedia.org/wiki/Alphabet_Inc, <https://de.wikipedia.org/wiki/Amazon.com>, <https://de.wikipedia.org/wiki/Apple>, https://de.wikipedia.org/wiki/Facebook_Inc, <https://de.wikipedia.org/wiki/Netflix>, alle zuletzt abgerufen am 17.05.2022.

Grenzen sind die des Rechts. Der Datenschutz hat zum Ziel, personenbezogene Daten vor unbefugtem Zugriff zu schützen, damit aus der privaten Sphäre keine öffentliche wird. Die Privatsphäre ist essentiell für das Zusammenleben in unserer Gesellschaft.⁶ Nur hier lassen sich Persönlichkeiten bilden und Beziehungen zu Mitmenschen aufbauen. Sie ist die Keimzelle für grundlegende gesellschaftliche Partizipationsrechte, wie die Teilnahme an Versammlungen oder Bürgerinitiativen⁷. Würde die Sphäre der Öffentlichkeit grenzenlos ausgedehnt, würde sie dem Menschen das Menschsein diktieren. Für die Gesundheit des Einzelnen ebenso wie die der Gesellschaft muss die Privatsphäre geschützt werden. Schützen bedeutet, sie weniger einsehbar zu machen. Wenn Außenstehende ein umfassendes Bild von einem Menschen und seiner Privatsphäre haben, ist sie aufgelöst.⁸ Ein solches umfassendes Bild ist ein Profil der Persönlichkeit. In den Gesetzen zum Datenschutz ist es allerdings kaum direkt geregelt.

Dabei stehen Persönlichkeitsprofile bereits mit der Menschenwürde im Konflikt.⁹ Nicht nur, weil bereits die Anhäufung des entsprechenden Wissens und die Analyse der gesamten Persönlichkeit des Betroffenen¹⁰ der Rechtfertigung bedarf. Mit der Auswertung eines Menschen werden seine Wünsche und Bedürfnisse offenbar. Dies ermöglicht es, sie schnell und genau zu erfüllen. Der entsprechende ökonomische Anreiz wird mit dem Satz „Daten sind das neue Öl“ plakativ beschrieben. Denkt man diesen Prozess radikal zu Ende, ermöglicht es auch, Wünsche durch gezielte Anreize zu beeinflussen. In einer solchen Werbeblase wird nur noch wahrgenommen, was einem gefällt und was einem gefällt, kann extern beeinflusst werden. Der Kontakt zu Elementen, die außerhalb einer gesetzten Wunsch-Grenze liegen, verringert sich. Dabei lässt sich immer schwieriger feststellen, ob dem Betroffenen noch die Kontrolle über die Grenzsetzung verbleibt. Wenn aber die Befriedigung von allem Verlangten angeboten und gleichzeitig das Verlangen kontrolliert wird, gefährdet das die Vielfältigkeit der Gesellschaft als Ganzes sowie das Entwicklungspotenzial des Einzelnen. Der betroffene Mensch

⁶ Vgl. BVerfG Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Online-Durchsuchung), RZ. 271; Sinn und Unsinn/*Bull.*, S. 56 f., 76 f.

⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 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 (Volkszählungsurteil), RZ. 148.

⁸ Vgl. BVerfGE 27, 1, 6 (Mikrozensus). BVerfG, Urteil vom 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 (Volkszählungsurteil), RZ. 146 ff.; *Jandt/Laue*, K&R 2006, 316, 316 f.

⁹ Vgl. *Surveillance Capitalism/Zuboff*, S. 46.

¹⁰ Die Verwendung des generischen Maskulinums in dieser Arbeit dient dem Gleichlaut mit den gesetzlichen Formulierungen. Selbstverständlich sollen alle Menschen angesprochen sein.

würde bloßes Objekt und damit, in letzter Konsequenz, seiner Würde beraubt.¹¹

Um einer solchen Entwicklung vorzubeugen, wurden Datenschutzgesetze geschaffen. Sie bestimmen, welche Verarbeitungen welcher personenbezogenen Daten wann zulässig sind. Hierbei gibt es zwei Ansätze. Einerseits gehen Datenschutzgesetze davon aus, dass die Betroffenen in der Lage sind, Umfang und Tragweite der Verarbeitungen ihrer Daten zu verstehen und dass deren Einwilligung über die Zulässigkeit entscheidet. Andererseits tarieren die Gesetze aus, welche Verarbeitungsvorgänge dem Betroffenen zugemutet werden können. Für Persönlichkeitsprofile sind möglichst viele Verarbeitungen nötig. Eine Untersuchung ihrer Rechtmäßigkeit ist daher denkbar umfangreich. Sie erfordert festzustellen, was personenbezogene Daten sind und wie sie verarbeitet werden. Anschließend ist zu prüfen, ob Persönlichkeitsprofile mit den Datenschutzgrundsätzen vereinbar sind. Erst dann lassen sie sich an den Erlaubnistatbeständen und sonstigen Spezialnormen messen.

III. Deliktische Haftung

Angesichts des steigenden Umfangs von Digitalisierung und Profilbildung stellt sich nicht nur verstärkt die Frage nach deren Rechtmäßigkeit. Für die Betroffenen ist insbesondere von Bedeutung, ob die Erstellung und die Verwendung von Persönlichkeitsprofilen gleichspflichtig sind. Angesprochen sind damit sowohl eventuelle Unterlassungsansprüche als auch Ansprüche auf Schadensersatz. Mit einem Haftungsrisiko würde der Datenverarbeitungsindustrie ein Anreiz gesetzt werden, ihre Standards zu erhöhen. Die DS-GVO sieht in Art. 82 Abs. 1 eine deliktische Haftung für Verletzungen ihrer materiellen Normen vor. Dies setzt voraus, dass Persönlichkeitsprofile gegen die Verordnung verstoßen, dass daraus ein Schaden entstanden ist, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Ordnungsverstoß und dem Schaden besteht, dass Anspruchsberechtigter und -verpflichteter bestimmt werden können und dass keine Exkulpation möglich ist. Daraus ergeben sich schließlich mögliche Rechtsfolgen.

IV. Persönlichkeitsprofile in der Forschung

Die datenschutzrechtliche Bewertung von Profilen wird häufig angesprochen, aber selten eingehender behandelt. Inwieweit sie geltendem Recht zuwiderlaufen, ist ebenso wenig umfassend erforscht wie die Frage nach delik-

¹¹ Vgl. *Jandt/Laue*, K&R 2006, 316, 319; *Individualisierung und Datenschutz/Schwenke*, S. 131.