

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung und Gang der Untersuchung	25
A. Problemaufriss	25
B. Gang der Untersuchung	28
Kapitel 1: Grundlagen	31
A. Hinweis zur rechtlichen Terminologie	31
B. Soziale Netzwerke und zentrale Funktionen	33
I. Klassifikation der Plattformen	33
II. Vorstellung ausgewählter Plattformen	34
1. Facebook	35
2. Instagram	36
3. Twitter	36
4. Snapchat	37
C. Finanzierung sozialer Netzwerke	37
I. Finanzierung durch Werbung	38
II. Technische Trackingmethoden	40
1. Cookies	41
2. Fingerprinting	43
III. Zusammenfassung	43
D. Überblick über grundrechtliche Interessenpositionen	44
I. Betroffeneninteressen	44
1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	44
2. Schutz personenbezogener Daten	45
II. Verarbeiter- und Drittinteressen	46
1. Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit	46
2. Meinungs- und Informationsfreiheit	47
III. Zusammenfassung	48

Kapitel 2: Territorial anwendbares Recht	49
A. Problemaufriss	49
B. Datenschutzrechtliche Vorgaben der DSRL	51
I. Für die Verarbeitung Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Abs. 1 DSRL	53
1. Verantwortlichkeit bei mehreren Niederlassungen	54
2. Konsequenzen am Beispiel von <i>Facebook</i>	55
3. Zulässigkeit einer rechtlichen Zuweisung der Verantwortlichkeit	58
II. Niederlassung i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL	59
1. Merkmale des Niederlassungsbegriffs	60
a) Vorliegen einer festen Einrichtung	60
b) Effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit	61
c) Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL	62
2. Territorial anwendbares Recht innerhalb der EU bei mehreren Niederlassungen	64
a) Abgrenzung mitgliedstaatlicher Datenschutzregimes als Folgefrage	64
b) Übertragbarkeit der Auslegung des Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL auf rein innereuropäische Sachverhalte	65
aa) Keine Beschränkung auf Drittlandsachverhalte durch den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL	66
bb) Keine Beschränkung auf Drittlandsachverhalte durch die <i>EuGH</i> - Rechtsprechung	66
i) Keine Beschränkung durch <i>Google Spain</i> und <i>Weltimmo</i>	66
ii) Keine Beschränkung durch Verein für Konsumenteninformation	67
cc) Zwischenergebnis	69
c) Abgrenzung mitgliedstaatlicher Datenschutzregimes bei innereuropäischen Sachverhalten	69
aa) Anwendbarkeit nationaler Datenschutzbestimmungen mehrerer Mitgliedstaaten auf denselben Verantwortlichen	70
bb) Anwendbarkeit nationaler Datenschutzbestimmungen mehrerer Mitgliedstaaten auf denselben Verarbeitungsvorgang	72
i) Definition „desselben“ Verarbeitungsvorgangs	73

ii)	Abgrenzung anhand des Merkmals der „engsten Verknüpfung“	74
iii)	Die Ausrichtung auf den Mitgliedstaat als weiterer Anknüpfungspunkt	76
iv)	Konfligierende Datenschutzregimes	77
d)	Zwischenergebnis	78
III.	Rückgriff auf Mittel i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL	79
1.	Keine Niederlassung in der EU	79
2.	Rückgriff auf im Mitgliedstaat belegene Mittel	80
C.	Änderungen durch die DSGVO	83
I.	Verarbeitung personenbezogener Daten nach Vorgabe der DSGVO	83
II.	Keine spezifische Kollisionsnorm bei der Aktivierung von Öffnungsklauseln	85
D.	Territorial anwendbares Recht im Nutzer-Nutzer-Verhältnis	88
E.	Fazit	89
	Kapitel 3: Datenschutzrechtliche Bewertung der Verarbeitung personenbezogener Daten in sozialen Netzwerken	92
A.	Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Nutzer-Nutzer-Verhältnis	92
I.	Datenverarbeitung ausschließlich zu persönlichen oder familiären Tätigkeiten	93
1.	Öffentliche Inhalte	93
a)	BDSG bzw. DSRL	93
b)	DSGVO	94
2.	Beschränkung auf bestimmte Personengruppen	95
a)	BDSG bzw. DSRL	95
b)	DSGVO	96
3.	Datenverarbeitung mittels der Nutzung von Nachrichtenfunktionen	97
II.	Nutzer als Verantwortlicher	97
1.	Betreiber privater Profile	98
2.	Betreiber öffentlicher Profile	99
a)	Funktionsweise von öffentlichen Profilen am Beispiel von <i>Facebook</i>	100
b)	Verantwortlichkeit der Fanpage-Betreiber	101
aa)	Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit	102
bb)	Verantwortlichkeit i. S. d. TMG	103
c)	Fanpages als Form der Auftragsverarbeitung	104
d)	Fanpagebetreiber als Auswahlverantwortliche	105

aa)	Auswahlverantwortlichkeit als Teil der Auftragsverarbeitung	105
bb)	Grundrechtliche Implikationen der Auswahlverantwortlichkeit	107
cc)	Zumutbarkeit der Auswahlverantwortlichkeit	108
e)	Zusammenfassung	109
III.	Zulässigkeit der Verarbeitung von Informationen Anderer	110
1.	Rechtliche Einordnung	111
2.	Zulässigkeit des Hochladens bzw. Teilens von Informationen Anderer durch Erlaubnistatbestände	113
a)	Zulässigkeit nach dem BDSG	113
aa)	Abgrenzung zwischen § 28 und § 29 BDSG	113
i)	Übermittlung als Zweck der Verarbeitung	113
ii)	Geschäftsmäßigkeit des Hochladens und Teilens	114
iii)	Fehlen der Geschäftsmäßigkeit	115
(1)	Kein Rückgriff auf § 28 BDSG bei Fehlen der Geschäftsmäßigkeit	116
(2)	Anwendbarkeit des § 29 BDSG bei Fehlen der Geschäftsmäßigkeit	116
bb)	Erlaubnistatbestände in § 29 BDSG	117
i)	Allgemein zugängliche Beiträge, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG	117
ii)	Nicht allgemein zugängliche Beiträge, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG	119
iii)	Zulässigkeit der Übermittlung i. S. d. § 29 Abs. 2 BDSG	120
(1)	Historischer Ursprung der Norm	120
(2)	Verfassungskonforme Auslegung durch den BGH	121
(3)	Vereinbarkeit des § 29 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BDSG mit Art. 7 lit. f DSRL	122
(4)	Zwischenergebnis	123
iv)	Zusammenfassung	123
b)	Zulässigkeit nach der DSRL	123
c)	Zulässigkeit nach der DSGVO	125
aa)	Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO als umfassende Erlaubnisnorm	125
bb)	Maßstab des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO	127

i)	Berechtigtes Interesse des Datenverarbeiters oder eines Dritten	128
ii)	Betroffeneninteressen	128
iii)	Abwägung	129
3.	Zulässigkeit der Verarbeitung von Informationen Anderer durch Einwilligung	130
a)	Voraussetzungen der Zulässigkeit nach dem BDSG bzw. der DSRL	131
aa)	Freiwilligkeit	131
i)	Imagepflege durch Interaktion in sozialen Online-Netzwerken	132
ii)	Soziale Online-Netzwerke und Suchterkrankungen	134
iii)	Auswirkungen auf die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung	135
(1)	Auswirkungen von sozialem Druck auf die Wirksamkeit der Einwilligung	135
(2)	Auswirkungen von Abhängigkeitserkrankungen auf die Wirksamkeit der Einwilligung	136
iv)	Zwischenergebnis	137
bb)	Informiertheit und Bestimmtheit	138
cc)	Schriftformerfordernis	138
i)	Schriftformerfordernis als Grundsatz im BDSG	138
ii)	Vereinbarkeit des Schriftformerfordernisses mit den Vorgaben der DSRL	139
iii)	Nutzereinstellungen als konkludente Einwilligungserklärung	141
b)	Voraussetzungen der Zulässigkeit nach der DSGVO	142
IV.	Zulässigkeit der Verarbeitung von Fotos Anderer	143
1.	Divergierende Zulässigkeitsvoraussetzungen i. S. d. KUG und BDSG/DSRL sowie DSGVO	144
2.	Sachlicher Anwendungsbereich des KUG	145
a)	Bildnis	146
b)	Verbreiten oder öffentliches Zurschaustellen	146
aa)	Verbreiten	146
bb)	Öffentliches Zurschaustellen	147
3.	Verhältnis KUG und BDSG	149
a)	KUG als Spezialgesetz	149

b)	Ansätze zur Auflösung des Spannungsverhältnisses	150
aa)	Übertragbarkeit der Grundsätze des BDSG auf das KUG und vice versa	150
bb)	Verfassungskonforme Auslegung des KUG	151
4.	Verhältnis KUG und DSGVO	152
V.	Zusammenfassung	153
B.	Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Anbieter-Nutzer-Verhältnis	154
I.	Gesetzliche Erlaubnistatbestände	154
1.	Sachlich anwendbares Recht	154
a)	Sachlich anwendbares Recht im deutschen Datenschutzrecht	154
aa)	Grundsätzliche Unterschiede der Zulässigkeitsnormen	155
bb)	Unvereinbarkeit der § 14 Abs. 1 und § 15 Abs. 1 TMG mit der DSRL	156
cc)	Konsequenzen der Unvereinbarkeit mit der DSRL	157
dd)	Klassifikation als Bestands-, Nutzungs-, oder Inhaltsdatum	158
i)	Bestandsdaten	159
ii)	Nutzungsdaten	160
iii)	Inhaltsdaten	160
ee)	Zwischenergebnis	162
b)	Sachlich anwendbares Recht unionsrechtlicher Normen	162
2.	Verarbeitung von Angaben durch den Nutzer selbst	163
a)	Registrierungsdaten	163
aa)	Zulässigkeit des Datenumgangs nach dem BDSG bzw. der DSRL	164
i)	Abgrenzung zwischen § 28 und § 29 BDSG	164
ii)	Zulässigkeit gem. § 28 Abs. 1 BDSG bzw. Art. 7 DSRL	164
bb)	Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach der DSGVO	167
b)	Weitere vom Nutzer selbst preisgegebene perso- nenbezogene Daten	169
aa)	Zulässigkeit nach dem BDSG	169
i)	Zulässigkeit zu Zwecken der Funktionalität des sozialen Netzwerks	170

ii)	Zulässigkeit der Datenverwendung zu Werbezwecken	170
(1)	Keine Generalerlaubnis durch § 28 Abs. 1 S. 1 BDSG	170
(2)	Privilegierung der Datenverwendung i. S. d. § 28 Abs. 3 BDSG	171
(a)	Verarbeitung und Nutzung bei Einwilligung	171
(b)	„Listenprivileg“ i. S. d. § 28 Abs. 3 S. 2 BDSG	171
(c)	Nutzung für fremde Angebote i. S. d. § 28 Abs. 3 S. 5 BDSG	172
(d)	Übermittlung an Dritte	173
bb)	Zulässigkeit nach der DSGVO	174
3.	Verarbeitung von mittels Tracking Tools erhobenen Daten	175
a)	RL 2002/136/EG bzw. RL 2009/136/EG	175
aa)	Sachlicher Anwendungsbereich hinsichtlich Cookies	176
bb)	Sachlicher Anwendungsbereich hinsichtlich anderer Tracking Tools	176
cc)	Vorgaben der ePrivacy-RL für den Einsatz von Tracking Tools	177
dd)	Umsetzung in deutsches Recht	178
b)	Entwurf einer ePrivacy-VO	180
II.	Zulässigkeit der Verarbeitung durch Einwilligung	182
1.	Inhaltliche Anforderungen	182
a)	Freiwilligkeit	182
aa)	Koppelungsverbot i. S. d. § 28 Abs. 3b BDSG	183
i)	Nutzerinteressen als Maßstab für die Gleichwertigkeit	183
ii)	Zumutbarkeit	184
iii)	Strenger Maßstab bei Minderjährigen	185
bb)	Koppelungsverbot i. S. d. Art. 7 Abs. 4 DSGVO als Auslegungskriterium	186
b)	Informiertheit und Bestimmtheit	189
2.	Anforderungen an die Form, insbesondere elektronische „opt-in“-Einwilligung	190
a)	Formvorgaben des TMG und BDSG	190
b)	Formvorgaben der DSGVO	191
c)	Formvorgaben bei Tracking Tools	192

aa)	Formvorgabe durch die ePrivacy-RL als Ergänzung zur DSRL	192
bb)	Formvorgabe durch den ePrivacy-VO-E	193
3.	Einwilligung eines Kindes i. S. d. DSGVO	194
a)	„Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird“	195
b)	Prüfpflichten und Umsetzbarkeit	196
III.	Zusammenfassung	198
C.	Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Dritte am Beispiel von Social Plug-Ins	199
I.	Verantwortlichkeit der Websitebetreiber am Beispiel des „Like-Buttons“	201
1.	Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Verarbeitung	201
2.	Gewichtung des „Ob“ und „Wie“ der Verarbeitung	203
3.	Keine Auftragsverarbeitung durch den „Like-Button“	205
4.	Websitebetreiber und Plug-In-Anbieter als Diensteanbieter i. S. d. TMG	205
5.	Zwischenergebnis	206
II.	Zulässigkeit der Einbindung von Social Plug-Ins am Beispiel von <i>Facebooks</i> „Like-Button“	207
1.	Zulässigkeit durch gesetzlichen Erlaubnistatbestand	207
a)	Zulässigkeit nach dem BDSG und dem TMG	207
aa)	Zulässigkeit nach dem BDSG	208
bb)	Zulässigkeit nach dem TMG	209
b)	Zulässigkeit nach der DSGVO und dem ePrivacy-VO-E	210
2.	Erlaubnis durch Einwilligung	211
a)	Richtiger Empfänger der Einwilligungserklärung	211
b)	Keine Einwilligung durch <i>Facebooks</i> AGB	211
c)	Ausgestaltung der Einwilligungserklärungen	212
3.	Umfang der Betroffenenrechte	215
III.	Zusammenfassung	216
D.	Betroffenenrechte und Durchsetzbarkeit	216
I.	Betroffenenrechte im BDSG und Änderungen durch die DSGVO	216
1.	Betroffenenrechte im BDSG	216
2.	Änderungen durch die DSGVO	217
a)	Betroffenenrechte bei der Verarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO	217
aa)	Widerspruchsrecht, Art. 21 DSGVO	218

i)	Verschobener Abwägungsmaßstab, Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO	218
ii)	Widerspruchsgründe und entgegen- stehende Verarbeiterinteressen, Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO	218
iii)	Widerspruch bei Verarbeitung zu Zwecken der Direktwerbung, Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO	219
bb)	Löschpflichten, Art. 17 DSGVO	219
b)	Recht auf Datenübertragbarkeit	220
aa)	Zielsetzung des Art. 20 DSGVO	220
bb)	Schwierigkeiten der Umsetzbarkeit	221
i)	Unterschiedliche Strukturen der sozialen Netzwerke	221
ii)	Praktische Umsetzbarkeit hinsichtlich Daten Dritter	221
cc)	Art. 20 DSGVO als Erweiterung des Auskunfts- rechts	222
3.	Beschränkungen der DSGVO-Betroffenenrechte durch nationales Recht	223
a)	Änderungen im BDSG-neu	223
b)	Reichweite der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 DSGVO	225
II.	Durchsetzbarkeit des Datenschutzrechts	227
1.	Aufsichtsbehörden	227
a)	Rolle der Aufsichtsbehörden	227
b)	Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Sachver- halten	228
aa)	Zuständigkeit nach der DSRL	228
bb)	Zuständigkeit nach der DSGVO	229
2.	Sanktionen	230
3.	Datenschutz-Folgenabschätzung	230
4.	Zivilrechtliche Durchsetzung	232
a)	Durchsetzung im nationalen Recht	232
b)	Durchsetzung in der DSGVO	233
c)	Änderungen hinsichtlich der gerichtlichen Zu- ständigkeit	234
III.	Zusammenfassung	235

Kapitel 4: Rechtsvergleich mit den USA vor dem Hintergrund des Datentransfers in die USA	237
A. Verfassungsrechtliche Grundlagen	239
I. Das right to privacy und right to information privacy	239
1. Entwicklung des right to privacy	239
2. Das right to information privacy	241
II. Das vierte Amendement	243
1. Durchsuchung oder Beschlagnahme	243
a) Schutzobjekt des vierten Amendments	243
b) Reasonable expectation of privacy-Test	245
aa) Die third party-doctrine als Ausschlussgrund	245
bb) Schutz von Daten auf mobilen Endgeräten	246
2. Willkürliche („unreasonable“) Durchsuchung oder Beschlagnahme	248
a) Einwilligung durch den Gesprächspartner (misplaced trust-doctrine)	248
b) Einwilligung in die Durchsuchung	249
c) Weitere Ausnahmen	249
III. Das fünfte Amendement	250
1. Vergleichbarkeit mit Zeugenaussagen	251
2. Die foregone conclusion-doctrine als Ausschlussgrund	251
IV. Erstes Amendement	252
B. Einfachgesetzliche Regelungen	253
I. Datenschutzrechtliche Bestimmungen im Anbieter-Nutzer-Verhältnis	254
1. Datenschutzrechtliche Bestimmungen hinsichtlich Tracking Tools	255
a) Wiretap Act	255
aa) Datenerhebung mittels Tracking Tools	255
i) Kommunikationsbegriff (“communication“)	256
ii) Abfangen von Inhalten	257
(1) Abfangen	257
(2) Inhalte	257
iii) Die one consent-rule als Hindernis der Durchsetzbarkeit	258
bb) Datenverwendung und Datenweitergabe	259
b) Stored Communications Act	259
aa) Platzieren von Cookies	259
i) Einrichtung i. S. d. Norm	260
ii) Elektronische Speicherung	261

iii)	Ausschluss durch die one consent-rule	261
bb)	Weitergabe von gespeicherten Nachrichten	262
c)	Deliktsrecht	263
aa)	Intrusion upon seclusion	263
bb)	Appropriation of name or likeness	264
2.	Datenschutzrechtliche Bestimmungen hinsichtlich vom Nutzer selbst bereitgestellter Daten	265
3.	Regulierung durch die Federal Trade Commission	267
a)	„Unfair and deceptive“	268
b)	Datenschutzrechtliche Durchsetzung durch die FTC	268
c)	Einwilligung nach den fair information practice-Grundsätzen	269
4.	Weitere datenschützende Normen	271
a)	Computer Fraud and Abuse Act	271
b)	Regelungen für Kinder: Children's Online Privacy Protection Act	272
II.	Datenschutzrechtliche Bestimmungen im Nutzer-Nutzer-Verhältnis	273
1.	Public disclosure of private facts	273
2.	Stored Communicatios Act	275
III.	Zusammenfassung	275
C.	Datentransfer in die USA	276
I.	Die Angemessenheit des Schutzniveaus	277
1.	Auslegung durch den <i>EuGH</i>	277
2.	Konsequenzen der Auslegung durch den <i>EuGH</i>	278
3.	Beurteilungsmaßstab der DSGVO	278
II.	Regelungen für den Transfer in die USA	279
1.	Safe Harbor-Entscheidung der Kommission	280
a)	System der Selbstzertifizierung	280
b)	Grundsätze und Ungültigkeit	281
2.	EU-U.S.-Privacy Shield	282
a)	Grundsätze	282
b)	Kritische Würdigung der Änderungen durch das EU-U.S.-Privacy Shield	283
aa)	Ausnahmen vom EU-U.S.-Privacy Shield und Begrenzung behördlicher Zugriffe	283
bb)	Wirksame Rechtsbehelfe	284
cc)	Anforderungen des Art. 25 Abs. 6 DSRL	285
III.	Zusammenfassung	286
1.	Keine Datentransfers in die USA als drohende Konsequenz	286
2.	Notwendigkeit ausgewogener Interessenabwägungen	287

3.	Achtung gegenseitiger Interessen bei bilateralen Vereinbarungen	288
D.	Fazit	288
Schlussbetrachtungen		290
A.	Entterritorialisierte Sachverhalte als Herausforderung des Datenschutzrechts 290	
I.	Einführung des Marktortprinzips in der DSGVO	290
II.	Datenfluss in die USA als Folge der Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken	291
B.	Der Nutzer als Verantwortlicher (nur) für die eigene Datenverarbeitung	293
C.	Die DSGVO als Pfadbereiter für ein vollzugstarkes Datenschutzrecht 294	
I.	Von der DSRL zur DSGVO: Altbekannte Prinzipien mit neuen Vollzugsmöglichkeiten	294
II.	Vom deutschen Datenschutzrecht zur DSGVO	295
1.	Ende der bereichsspezifischen Zersplitterung bei Datenverarbeitungen durch Private	295
2.	Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO als allumfassender Legitimationstatbestand	296
3.	Gleichbleibende Bedeutung der Einwilligung	297
III.	Modifikationen der DSGVO-Regelungen durch das BDSG-neu	298
IV.	Ablösung der ePrivacy-RL durch eine ePrivacy-VO	299
V.	Ausblick: Notwendigkeit einer raschen Konturierung der Zulässigkeitstatbestände	300
D.	Datenschutzrecht zwischen Privaten als multipolares Grundrechtsgefüge	301
Literaturverzeichnis		302