

Inhaltsverzeichnis

<i>Erstes Kapitel: Einführung</i>	1
A. Motive und Zielrichtung der Untersuchung	1
I. Stand der Forschung	1
1. Bisherige Publikationen	2
2. Bisher unerforschte Fragestellungen	3
II. Schwerpunkt der Untersuchung	3
1. Referenzgebiete	4
a. Arbeitswelt	4
b. Neue Medien	5
c. Gesundheitsbereich	5
2. Äußere Einflüsse	5
a. EU-rechtliche Perspektive	5
b. Globale Perspektive	7
B. Gang der Untersuchung	8
<i>Zweites Kapitel: Grundstrukturen der Einwilligung</i>	10
A. Begriffsdefinition	10
B. Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung	11
I. Freiwilligkeit	12
1. Gefährdung durch vis absoluta und vis compulsiva	13
2. Gefährdung durch Drohung	13
3. Gefährdung durch Machtasymmetrie	14
4. Gefährdung durch Abhängigkeit von einem Produkt oder einer Dienstleistung	14
5. Gefährdung durch übermäßige Anreize	14
6. Gefährdung durch sozialen Druck	15
7. Zusammenfassung	16
II. Informiertheit	16
<i>Drittes Kapitel: Die datenschutzrechtliche Realität</i>	18
A. Allgemeines	18
I. Formularmäßige Einwilligungen	18

1. Definition von Opt-in und Opt-out	18
2. Verhalten der Betroffenen	20
II. Kommerzialisierung der Einwilligung	21
B. Referenzgebiete	21
I. Arbeitswelt	22
1. Machtasymmetrie aufgrund struktureller Unterlegenheit	22
2. Angewiesenheit des Betroffenen auf einen Arbeitsplatz	22
3. Legitimierung des Datenumgangs durch Betriebsvereinbarungen ..	23
II. Neue Medien	23
1. Digitale Datenverarbeitungsprozesse und deren Risiken	24
a. Big Data	24
(1) Definition	24
(2) Verarbeitungsmethode: Data Mining	25
(a) Definition	25
(b) Beispielfälle	26
(aa) Finanzsektor	26
(bb) Marketing	26
(cc) Kriminalitätsprävention	27
b. Cloud Computing	28
c. Datenverarbeitungen beim Internetsurfen	30
(1) Cookies	30
(2) Internetsuchmaschinen	30
(3) Behavioural Advertising	31
d. Verarbeitung von Geodaten	31
e. Vorschau: Ubiquitous Computing	33
2. Koppelung von Angeboten an die Einwilligung des Betroffenen ...	34
III. Gesundheitsbereich	34
<i>Viertes Kapitel: Rechtsrahmen</i>	36
A. Inter- und supranationale Vorgaben	36
I. Völkerrechtlicher Rechtsrahmen	36
II. Supranationaler Rechtsrahmen der EU	39
1. Primärrechtlicher Rechtsrahmen der EU	39
a. EU-Grundrechtecharta	39
b. EU-Gründungsverträge	39
2. Sekundärrechtlicher Rechtsrahmen der EU	40
a. Status Quo	40
(1) Mindeststandard oder Vollharmonisierung?	40
(2) Datenschutzrichtlinie 95/46/EG	43
(a) Wortlaut	43
(aa) „Ohne jeden Zweifel“	43
(bb) „Ohne Zwang“ und „in Kenntnis der Sachlage“ ...	44
(cc) „Ausdrücklich“	44

(b) Telos	45
(c) Genese	45
(d) Systematik	46
(3) Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG	47
(4) Konkretisierung durch die Rechtsprechung	49
(5) Zwischenergebnis	50
b. Novellierung	50
(1) Vorschlag der Kommission für eine Datenschutzgrundverordnung	51
(a) Wortlaut	51
(b) Telos	53
(c) Systematik	53
(aa) Allgemeines	53
(bb) Andere Legitimationsgrundlagen	55
(2) Reaktionen auf den Vorschlag der Kommission	55
(a) Reaktionen auf europäischer Ebene	55
(aa) Artikel-29-Datenschutzgruppe	55
(bb) Europäischer Datenschutzbeauftragter	56
(cc) Albrecht-Report	57
(b) Reaktionen der Mitgliedstaaten	58
(3) DSGVO-LIBE	59
(a) Abkehr vom Ungleichgewicht	60
(b) Koppelungsverbot und Zweckbindung	60
(c) Neufassung der Definition sensibler Daten	61
(d) Sonstige Neuerungen	61
c. Zwischenergebnis zum supranationalen Rechtsrahmen	62
B. Deutscher Rechtsrahmen	63
I. Verfassungsrecht	63
1. Bundesverfassungsrecht	64
a. Gesetzgebungskompetenz	64
b. Grundrechte	64
(1) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	65
(a) Das Volkszählungsurteil des BVerfG als Ausgangspunkt	65
(b) Schutzbereich	67
(c) Mittelbare Drittwirkung und Schutzpflichtendimension	68
(d) Eingriff	69
(e) Grundrechtliche Qualifikation der Einwilligung	70
(aa) Grundrechtsverzicht?	70
(bb) Grundrechtsausübung?	71
(2) Das „Computergrundrecht“	71
(a) Eingriff in den Schutzbereich	71

(b) Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung	73
(3) Das Fernmeldegeheimnis	74
(a) Eingriff in den Schutzbereich	74
(b) Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung	76
2. Landesverfassungsrecht	77
II. Allgemeiner einfachgesetzlicher Rechtsrahmen	77
1. Bundesebene	78
a. § 4a Abs. 1 BDSG – Allgemeine Norm	78
(1) Wortlaut	78
(a) „Freie Entscheidung“	78
(aa) Gefährdung durch Machtasymmetrie	79
(bb) Gefährdung durch Abhängigkeit	81
(cc) Gefährdung durch übermäßige Anreize	82
(dd) Gefährdung durch sozialen Druck	87
(ee) Zusammenfassung	91
(b) Informationspflichten („hinzuweisen“)	92
(aa) Zweck des Datenumgangs	92
(bb) Folgen der Verweigerung	93
(c) „Schriftform“	93
(d) „Besonders hervorzuheben“	95
(2) Telos	96
(a) Freiwilligkeit	97
(aa) Ausschluss der Einwilligungsmöglichkeit	97
(bb) Widerruf	99
(cc) Koppelungsverbot	100
(dd) Beschränkung der Vertretungsmöglichkeit	102
(ee) Altersgrenze	102
(ff) Sonstige Instrumente	104
(b) Informiertheit	104
(c) Schriftform	106
(d) Besondere Hervorhebung	106
(e) Bestimmtheit	107
(3) Genese	108
(4) Systematik	109
(a) Schriftform	109
(aa) Keine Europarechtswidrigkeit	109
(bb) Elektronische Form	110
(cc) Rechtsfolge eines Verstoßes	111
(b) Besondere Hervorhebung	111
(c) Bestimmtheit	112
(d) Andere Legitimationsgrundlagen	113

(e) Anwendungsbereich	113
(aa) Übermittlung in unsichere Drittstaaten	114
(bb) Entfallen der Vorabkontrolle	115
(cc) Zweckänderung	115
(dd) Umgang mit gesperrten Daten	116
(ee) Veröffentlichung im Rahmen wissenschaftlicher Forschung	116
(f) Rechtsnatur der Einwilligung	117
(aa) Einseitige Erklärung oder schuldvertragliche Einwilligung?	117
(bb) Rechtsgeschäftliche Erklärung, geschäftsähnliche Handlung, Realakt?	120
(5) Auslegungsergebnis	122
b. § 4a Abs. 3 BDSG – Besondere Arten personenbezogener Daten ..	123
2. Länderebene	124
III. Rechtliche Regelungen in den Referenzgebieten	124
1. Arbeitswelt	125
a. Prekäre Freiwilligkeit aufgrund strukturellen Ungleichgewichts ..	125
(1) Äußerer Druck in Bewerbungssituation rechtlich irrelevant? ..	126
(2) Abhängigkeitsverhältnis rechtlich irrelevant?	127
(3) Zusammenhang zu Beschäftigungsverhältnis erforderlich? ..	127
(4) Parallele zum Fragerecht des Arbeitgebers?	128
(5) Das BAG-Urteil vom 11. 12. 2014	129
b. Legitimationsmöglichkeit durch Betriebsvereinbarung	130
(1) Betriebsvereinbarungen als „andere Rechtsvorschrift“ i. S. d. § 4 Abs. 1 BDSG?	130
(2) Zuungunstenabweichungsmöglichkeit?	131
(a) Auffassung des BAG	131
(b) Literaturmeinungen	132
c. Zwischenzeitlich geplante Novellierung des Beschäftigtendatenschutzes	134
2. Neue Medien	135
a. Gesetzliche Regelungen	136
(1) Telemediendatenschutz	136
(2) Telekommunikationsdatenschutz	137
(a) § 95 TKG – Bestandsdaten	138
(b) § 96 TKG – Verkehrsdaten	138
(c) § 98 TKG – Standortdaten	139
(d) § 105 Abs. 2 S. 2 TKG – Komfortauskunft	140
b. Konkretisierung durch die Rechtsprechung	140
(1) Die „Apple“-Entscheidung des LG Berlin	140
(2) Die „Google“-Entscheidung des LG Berlin	144
(3) Die „Facebook“-Entscheidung des KG Berlin	146

(4) Zusammenfassung	147
3. Gesundheitsbereich	148
a. Geltung der allgemeinen Vorschriften	148
b. Sozialdatenschutz	149
c. Einzelfälle	150
(1) Behandlungssituation	150
(a) Hausärztliche Behandlung	150
(b) Integrierte Versorgung	151
(2) Outsourcing	152
(a) Outsourcing der Abrechnung bei Privatpatienten	152
(b) Outsourcing der Abrechnung bei gesetzlich Versicherten	154
(aa) Das BSG-Urteil vom 10.12.2008	154
(bb) Folgen des BSG-Urteils	155
(3) Medizinische Forschung	156
(a) Allgemeines Datenschutzrecht	156
(b) Spezialgesetzliche Normen	157
(c) Novellierung des EU-Rechtsrahmens	157
(4) Privates Versicherungsrecht	157
(5) E-Health	158
C. Ausgewählte ausländische Rechtsrahmen	158
I. Vereinigtes Königreich	158
1. Völkerrechtliche Quellen	159
2. Nationales Recht	159
a. The Data Protection Act 1998	160
(1) (Einfache) personenbezogene Daten	161
(a) Definition	161
(b) Informiertheit	161
(c) Freiwilligkeit	161
(aa) Druck und unbilliger Einfluss	162
(bb) Reluctant Consent	162
(aaa) Definition	162
(bbb) Abgrenzung	163
(cc) Zwischenergebnis zur Freiwilligkeit	164
(d) Form der Erklärung	164
(2) Sensible Daten („Sensitive Personal Data“)	166
b. The Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003	166
3. Anwendungspraxis	167
a. Bindungs- und Steuerungswirkung der ICO-Leitfäden	167
b. Auslegung der Einwilligung durch das ICO	168
(1) Allgemeines	168
(2) Einwilligung im Kontext des Arbeitslebens	168
4. Zusammenfassung	170

II. Vereinigte Staaten von Amerika	171
1. Verfassungsrecht	172
a. Bundesverfassungsrecht	172
(1) Vierter Verfassungszusatz	172
(2) Konkretisierung durch die Rechtsprechung	173
(a) Eingriff in den Schutzbereich	173
(b) Einwilligung	174
(aa) Freiwilligkeit	174
(bb) Informiertheit	175
(cc) Vertretungsmöglichkeit	176
b. Landesverfassungsrecht	176
2. Einfaches Recht	177
a. Grundsatz: Datenverarbeitung ohne Einwilligung zulässig	177
b. Gesetze, die eine Einwilligung erfordern	178
(1) Bundesrecht	178
(a) Privacy Act (1974)	178
(b) Driver's Privacy Protection Act (1994)	179
(c) Health Insurance Portability and Accountability Act (1996)	180
(d) Gramm-Leach-Bliley Act (1999)	181
(e) Electronic Communications Privacy Act (1986)	181
(f) Children's Online Privacy Protection Act (1998)	182
(g) Vorschau: Data Security and Breach Notification Act (2013)	182
(2) Landesrecht am Beispiel Kaliforniens	183
(a) California Medical Privacy Law	184
(aa) Anwendungsbereich	184
(bb) Grundsätzliches Einwilligungserfordernis	184
(cc) Besondere Einwilligungserfordernisse	184
(aaa) Sensible Daten	185
(bbb) Forschung	185
(ccc) Werbung	186
(cc) Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis	186
(b) California Online Privacy Protection Act	187
(aa) Möglichkeit für Minderjährige, Inhalte zu löschen ..	187
(bb) Geplante Vorgaben für Privacy Policies	187
c. Guidelines, die eine Einwilligung empfehlen	188
(1) Federal Trade Commission	188
(a) Aufgabenbereich	189
(b) Behavioural Advertising Principles der FTC	189
(2) Consumer Privacy Bill of Rights des Weißen Hauses	189
d. Common-Law-Rule: Invasion of Privacy	190
e. Zusammenfassung	191

<i>Fünftes Kapitel: Probleme, offene Fragen und Lösungsvorschläge . . .</i>	192
A. Unzulänglichkeit des Rechtsrahmens in Anbetracht der Realität	192
I. Allgemeine Probleme	192
1. Strukturelle Unzulänglichkeiten	193
a. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	193
(1) Kritik am Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	193
(2) Stellungnahme	193
b. Kategorisierung nach Datentyp	194
(1) Problem: Kategorisierung nach Typus ist nicht überzeugend	194
(2) Lösungsvorschlag: Risikoabhängige Kategorisierung	196
(a) Vorstellung des Konzepts	196
(aa) Abstellen auf das Risiko einer Datenverarbeitung	196
(bb) Bildung von Kategorien	197
(aaa) Erster Schritt: Bildung von Risikostufen	198
(bbb) Zweiter Schritt: Zuweisung von Fallkonstellationen	199
(cc) Praktische Umsetzung	199
(b) Schwachstellen der risikoabhängigen Kategorisierung	200
(3) Zwischenergebnis	201
c. Verhältnis der verschiedenen Legitimationsgründe zueinander	201
(1) Problem: Verhältnis der Legitimationsgründe ist unklar	201
(a) Gleichrangigkeitsverhältnis ist problematisch	202
(b) Bisher vorgeschlagene Lösungswege	202
(c) Unzulänglichkeiten bisheriger Lösungsvorschläge	203
(2) Neuer Lösungsvorschlag: Subsidiarität der Einwilligung	204
(a) Vorstellung des Konzepts	204
(b) Plädoyer für diesen Ansatz	205
(aa) Meinung bereits ansatzweise im Vordringen	206
(bb) Beschränkung der Einwilligung ist positiver Effekt	206
(cc) Betroffener wird nicht entmündigt	207
(aaa) Alternative: Vertragsfreiheit	207
(bbb) Vorteile eines Alternativitätsverhältnisses zur Einwilligung	207
(c) Praktische Umsetzung	209
(3) Zwischenergebnis	209
2. Probleme bei der praktischen Umsetzung	210
a. Überforderung durch Überangebot in der Multioptionengesellschaft	210
b. Freiwilligkeitsdefizite	212
(1) Problem: Verschiedene Einflüsse beeinträchtigen Freiwilligkeit	212
(2) Lösungsvorschläge	212

(a) Abstimmung von Formulklauseln mit Aufsichtsbehörden	212
(b) Flächendeckendes Opt-in	213
(c) Zeitliche Befristung der Einwilligung	214
(d) Anerkennung des <i>reluctant consent</i>	215
(e) Anlegen eines objektiven Maßstabs	215
(aa) Vorstellung des Konzepts	215
(bb) Plädoyer für diesen Ansatz	216
(cc) Unzulänglichkeiten dieses Ansatzes	218
(dd) Zwischenergebnis	218
(f) Sektorspezifischer Teilausschluss der Einwilligungsmöglichkeit	219
(aa) Unterscheidung nach Lebens- oder Rechtsbereich ..	219
(bb) Unterscheidung nach Datentyp	220
(cc) Unterscheidung nach Risiko	220
(g) Vollständiger Ausschluss der Einwilligungsmöglichkeit .	220
(3) Zwischenergebnis	221
c. Informationsdefizite	221
d. Problem: Desinteresse	222
II. Spezielle Referenzgebiete	223
1. Arbeitswelt	223
a. Strukturelle Ungleichheit	223
b. Legitimationswirkung von Betriebsvereinbarungen	223
2. Neue Medien	225
a. Cookies	225
b. Standortdaten	227
c. Übermittlung in Drittstaaten	227
3. Gesundheitsbereich	229
a. Allgemeines strukturelles Problem	229
b. Zeitliche Entzerrung von Behandlung und Einwilligung als Lösung?	230
(1) Übermittlung an Abrechnungsstellen	230
(2) Teilnahme an Forschungsvorhaben	231
B. Gesamtlösungsvorschlag	232
I. Vorstellung eines ganzheitlichen Vorschlags	232
1. Beschränkung des Anwendungsbereichs	232
2. Verschärfung der Wirksamkeitsanforderungen	233
a. Einführung eines objektiven Maßstabs	233
b. Zeitliche Entzerrung der Einwilligungserklärung	233
c. Übrige Anforderungen	235
II. Analyse des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs	235
1. Restrukturierung der Legitimationsgrundlagen	235
2. Einführung eines objektiven Maßstabes	235

3. Zeitliche Entzerrung	236
4. Übrige Vorgaben	237
5. Formulierungsvorschlag	237
<i>Sechstes Kapitel: Fazit und Ausblick</i>	239
Literaturverzeichnis	243
Monographien und Aufsätze	243
Offizielle Dokumente	254
Nachrichtenbeiträge und Sonstiges	256
Stichwortverzeichnis	261