

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 |

| | |
|--|----|
| I. 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) Beispiele | 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 Drittewirkung 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 Multioptionsgesellschaft | 210 |
| b. Freiwilligkeitsdefizite | 212 |
| (1) Problem: Verschiedene Einflüsse beeinträchtigen Freiwilligkeit | 212 |
| (2) Lösungsvorschläge | 212 |

| | |
|---|------------|
| (a) Abstimmung von Formularklauseln 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 |