

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| Abbildungsverzeichnis | XVI |
| Prolegomena | 1 |
| Kapitel 1: Einleitung | 3 |
| Kapitel 2: Methodischer Zugang | 13 |
| Kapitel 3: Die rechtsfunktionale Rationalität der Einwilligung | 21 |
| Kapitel 4: Die spieltheoretische Rationalität der Einwilligung | 125 |
| Kapitel 5: Die empirische Rationalität der Einwilligung | 227 |
| Kapitel 6: Die Rationalität der normativen Selbstbindung | 319 |
| Kapitel 7: Grenzen der experimentalökonomischen Datenschutzrechtswissenschaft | 343 |
| Kapitel 8: Grundlagen eines rationalitätsfördernden Datenschutzrechts .. | 357 |
| Kapitel 9: Schlussbetrachtung | 382 |
| Literaturverzeichnis | 389 |
| Sach- und Personenregister | 431 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Abbildungsverzeichnis | XVI |
| Prolegomena | 1 |
| Kapitel 1: Einleitung | 3 |
| <i>A. Ziel der Untersuchung</i> | 4 |
| <i>B. Gang der Untersuchung</i> | 7 |
| Kapitel 2: Methodischer Zugang | 13 |
| <i>A. Interne und externe Perspektive</i> | 13 |
| <i>B. Theoretische und empirische Perspektive</i> | 17 |
| Kapitel 3: Die rechtsfunktionale Rationalität der Einwilligung | 21 |
| <i>A. Grundrechtliche Funktionsbestimmung</i> | 21 |
| 1. Rechtsvergleichende Verortung des Datenschutzrechts | 21 |
| a) US-amerikanisches Recht: Schutz der Privatheit | 22 |
| b) Deutsches Recht: Schutz der Persönlichkeit | 24 |
| c) Europäisches Unionsrecht: Datenschutzgrundrecht | 28 |
| 2. Schutz der informationellen Selbstbestimmung als Persönlichkeitsschutz | 31 |
| a) Dogmatische Rückanbindung an die Persönlichkeitsentfaltung | 31 |
| b) Dogmatische Rückanbindung an die Selbstdarstellung | 35 |
| c) Dogmatische Entkoppelung vom Privatsphärenschutz | 38 |
| 3. Schutz der informationellen Selbstbestimmung als Risikovorsorge ... | 39 |
| a) Umgang mit Unsicherheit | 40 |
| b) Vorsorge gegen Abschreckungseffekte (chilling effects) | 41 |
| c) Vorsorge gegen diffuse Risiken | 44 |
| 4. Dekonstruktion des verfassungsrechtlichen Vorsorgegedankens | 45 |
| a) Fehlen empirischer Nachweise | 45 |

| | |
|--|------------|
| b) Erforderlichkeit empirischer Nachweise | 48 |
| c) Sozialwissenschaftliche Fundierung des grundrechtlichen Abschreckungsarguments | 52 |
| <i>B. Schutz der informationellen Selbstbestimmung im Privatrecht</i> | <i>54</i> |
| 1. Voraussetzungen objektivrechtlichen Schutzes | 55 |
| a) Gefährdungen der Verhaltensfreiheit | 58 |
| b) Gefährdungen der Einwilligungsfreiheit | 61 |
| 2. Rechtsfolgen objektivrechtlichen Schutzes | 63 |
| a) Regulierung der Informationsverwendung (Datenverarbeiterverhalten) | 63 |
| b) Regulierung der Informationspreisgabe (Nutzerverhalten) | 67 |
| 3. Gewährleistung der Einwilligungsfreiheit | 69 |
| a) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als freiheitliche Autonomiegarantie . | 71 |
| b) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als paternalistische Datenschutzfürsorge | 72 |
| c) Kommerzialisierung der Einwilligung | 75 |
| 4. Informiertheit als erster Fiktionstatbestand der Einwilligungsdogmatik | 77 |
| a) Rechtsdogmatische Konzeptionalisierung | 77 |
| b) Theoretische und empirische Schwachstellen | 81 |
| c) Rechtspraktische Probleme | 82 |
| 5. Freiwilligkeit als zweiter Fiktionstatbestand der Einwilligungsdogmatik | 83 |
| a) Rechtsdogmatische Konzeptionalisierung | 84 |
| b) Theoretische und empirische Schwachstellen | 87 |
| c) Rechtspraktische Probleme | 90 |
| <i>C. Informationelle Unsicherheit als Herausforderung an das Datenschutzrecht</i> | <i>93</i> |
| 1. Unsicherer Informationsgehalt | 94 |
| a) Faktisches Problem: Nicht existierende Informationen | 94 |
| b) Normatives Problem: Einwilligung in das Nichtbestehende | 98 |
| 2. Unsichere Informationsgeheimhaltung | 100 |
| a) Faktisches Problem: Deanonymisierbare Informationen | 100 |
| b) Normatives Problem: Einwilligung in das Unmögliche | 103 |
| 3. Unsichere Informationspermanenz | 106 |
| a) Faktisches Problem: Unlöschrare Informationen | 106 |
| b) Normatives Problem: Einwilligung in das Irreversible | 109 |
| 4. Unsichere Informationswirkung | 113 |
| a) Faktisches Problem: Meinungsverfestigende und polarisierende Informationen | 113 |
| b) Normatives Problem: Einwilligung in das Unberechenbare | 116 |
| 5. Unsicherer Informationswert | 121 |
| <i>D. Fazit: Risikonahe Konzeption informationeller Selbstbestimmung</i> | <i>123</i> |

| | |
|---|-----|
| Kapitel 4: Die spieltheoretische Rationalität der Einwilligung | 125 |
| <i>A. Rationaltheoretische Grundlegung</i> | 125 |
| 1. Ökonomisches Entscheidungsmodell | 126 |
| 2. <i>Rational Choice</i> -Theorie der Privatheit | 128 |
| 3. Grenzen der <i>Rational Choice</i> -Theorie | 130 |
| <i>B. Allokationstheoretische Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung</i> | 134 |
| 1. Datenschutz als Anreizproblem | 134 |
| a) Persönliche Information als öffentliches Gut | 134 |
| b) Persönliche Information als eigentumsähnliches Gut | 138 |
| 2. Datenschutz als Transaktionsproblem | 141 |
| a) Einwilligung nach dem <i>Coase</i> -Theorem | 141 |
| b) Einwilligung bei <i>Penalty Defaults</i> | 146 |
| 3. Datenschutz als Verteilungsproblem | 148 |
| a) Datenschutzrecht als effizienzhemmendes Recht | 148 |
| b) Datenschutzrecht als redistributives Recht | 154 |
| <i>C. Spieltheoretische Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung</i> | 158 |
| 1. Informationelle Selbstbestimmung als spieltheoretisches Problem | 158 |
| 2. Gefährdung der Privatheit durch Einwilligungserteilung | 161 |
| a) Gefährdungslage | 161 |
| b) Verringerung von Privatheit durch Kooperations- und Koordinationsprobleme | 165 |
| aa) Einwilligung im Nutzer-Nutzer-Verhältnis: Gefangenendilemma | 165 |
| bb) Einwilligung im Nutzer-Diensteanbieter-Verhältnis: Feiglingsspiel | 170 |
| c) Möglichkeit der Selbstregulierung? | 173 |
| aa) Übung durch wiederholte Einwilligungssituationen | 173 |
| bb) Vernachlässigung der Zukunft | 175 |
| d) Datenschutzrechtliche Rezeption | 178 |
| aa) Regulierung ohne Datenschutzrecht | 178 |
| bb) Regulierung durch rechtliche Fokalkpunkte | 181 |
| 3. Gefährdung der Privatheit durch Einwillungsverweigerung | 184 |
| a) Gefährdungslage | 184 |
| b) Verringerung von Privatheit durch <i>Unraveling</i> -Effekte | 188 |
| aa) Datenschutzerosion unter dem <i>Unraveling</i> -Mechanismus | 188 |
| bb) Trennungs- und <i>Pooling</i> -Gleichgewichte | 190 |
| c) Möglichkeit der Selbstregulierung? | 192 |
| aa) Fairness und beschränktes Reflexionsvermögen | 192 |

| | |
|--|-----|
| bb) Fehlerhafte Gewichtung von Vor- und Nachteilen | 194 |
| d) Datenschutzrechtliche Rezeption | 196 |
| aa) Spieltheoretisch unterfütterte Grundrechtsdogmatik | 196 |
| bb) Grundrechtsschutz durch beschränkte Rationalität | 198 |
| 4. Gefährdung der Verhaltensfreiheit durch Abschreckungseffekte | 202 |
| a) Gefährdungslage | 203 |
| b) Verringerung von Abschreckungseffekten durch Datenschutzrecht .. | 207 |
| aa) Schutz gegen Identifizierbarkeit | 207 |
| bb) Schutz gegen Informationsspeicherung | 209 |
| c) Verstärkung von Abschreckungseffekten durch Datenschutzrecht .. | 211 |
| aa) Risiko bei unterstellten Normen | 211 |
| bb) Risiko bei unbestimmbaren Umschlagspunkten | 214 |
| d) Datenschutzrechtliche Rezeption | 218 |
| aa) Abschreckungsargument | 218 |
| bb) „Nichts-zu-verbergen“-Argument | 221 |
| cc) Löschungsargument | 223 |
| <i>D. Fazit: Spieltheoretische Konzeption</i> | |
| <i>informationeller Selbstbestimmung</i> | 224 |
| Kapitel 5: Die empirische Rationalität der Einwilligung | 227 |
| <i>A. Verhaltensökonomische Grundlegung</i> | 227 |
| 1. Paradoxon der Privatheit und Privatheit als meritorisches Gut | 231 |
| 2. Rationalisierung durch offenbarte Präferenzen | 233 |
| 3. Informationsasymmetrien | 236 |
| 4. Komplexität | 238 |
| <i>B. Beschränkte Rationalität bei der Wertschätzung von Daten</i> | 240 |
| 1. Informationelle Selbstgefährdung: Erklärung durch die <i>Prospect Theory</i> | 240 |
| a) Gewichtung von Risiken | 242 |
| b) Bewertung von Folgen | 244 |
| c) Rechtsabhängigkeit von Präferenzen für Privatheit | 246 |
| 2. Wirkung von Anreizen | 249 |
| a) Metrik der Einwilligung | 249 |
| b) Einwilligung bei monetären und sozialen Anreizen | 253 |
| c) Ausnutzung durch die Marktgegenseite: Vergünstigung der Inanspruchnahme | 257 |
| 3. Wirkung von Rechtsgestaltung | 260 |
| a) Einwilligung bei <i>Endowment</i> -Effekten | 260 |
| b) Einwilligung bei <i>Framing</i> - und <i>Default</i> -Effekten | 263 |
| c) Ausnutzung durch die Marktgegenseite: Verteuerung der Nutzung .. | 267 |

| | |
|--|-----|
| <i>C. Beschränkte Rationalität bei der Einschätzung von Datenschutzrisiken</i> | 271 |
| 1. Informationelle Selbstgefährdung: Erklärung durch Risikovermeidungstheorien | 271 |
| 2. Strukturelle Determinanten | 274 |
| a) Überoptimistische Grundhaltung | 274 |
| b) Gehemmte Einwilligung bei Ambivalenz | 276 |
| c) Enthemmte Einwilligung bei diffusen Risiken | 277 |
| 3. Strategische Determinanten | 279 |
| a) Einwilligung bei Informationskaskaden | 279 |
| b) Einwilligung bei asymmetrischen Wahrscheinlichkeitseinschätzungen | 284 |
| c) Einwilligung bei verzerrten mentalen Kausalitätskonstrukten | 287 |
| 4. Temporale Determinanten | 289 |
| a) Einwilligung bei aggregierten Risiken (<i>Peanuts</i> -Argument) | 289 |
| b) Einwilligung bei sukzessiven Risiken (<i>Slippery Slope</i> -Argument) .. | 292 |
| c) Einwilligung bei zeitverzögerten Risiken (<i>Fast Food</i> -Argument) .. | 296 |
| aa) Hyperbolische Diskontierung | 296 |
| bb) Nochmals: Diffuse Risiken | 299 |
| cc) Selbstdisziplinierung und Selbstkooperation | 300 |
| dd) Internalitäten als Eingriffsrechtfertigung | 304 |
| ee) Behaviorale Rechtsauslegung und Rechtsetzung | 306 |
| 5. Kontextuelle Determinanten | 308 |
| a) Einwilligung bei Kontrolle | 308 |
| b) Einwilligung bei Salienz | 310 |
| c) Einwilligung bei moralappellierenden Datenschutzerklärungen | 313 |
| <i>D. Fazit: Kognitionsnahe Konzeption informationeller Selbstbestimmung</i> | 316 |
| Kapitel 6: Die Rationalität der normativen Selbstbindung | 319 |
| <i>A. Unfreiwillige Verhaltensanpassung durch freiwillige Einwilligung?</i> .. | 319 |
| 1. Fehlende empirische Fundierung von Abschreckungseffekten | 319 |
| 2. Fehlende empirische Fundierung des Rechts auf Vergessenwerden | 322 |
| <i>B. Eigener verhaltenswissenschaftlicher Zugang</i> | 324 |
| 1. Experimentalökonomische Analyse der Rechte auf Einwilligung und Vergessenwerden | 324 |
| 2. Theorie und Hypothesen | 328 |
| 3. Durchführung | 331 |
| 4. Empirie | 331 |
| 5. Rechtliche Rezeption | 334 |

| | |
|---|-----|
| a) Abschreckungsargument als Entscheidungsregel: Ein Konkretisierungsversuch | 334 |
| b) Freiheitsbeschränkung durch Freiheitsausübung: Ein Abwägungsproblem | 336 |
| c) Rechtsausübung durch Nichtausübung: Ein Trägheitsproblem | 340 |
| C. <i>Fazit: Selbstbindungsorientierte Konzeption informationeller Selbstbestimmung</i> | 341 |
| Kapitel 7: Grenzen der experimentalökonomischen Datenschutzrechtswissenschaft | 343 |
| A. <i>Interne und externe Validität</i> | 343 |
| 1. Indikator für die Eignung des Rechts | 343 |
| 2. Begrenzung durch kulturelle Faktoren | 345 |
| B. <i>Effektstärken und Signifikanz</i> | 346 |
| 1. Indikator für die Effektivität des Rechts | 346 |
| 2. Begrenzung durch geringe Teststärke | 347 |
| C. <i>Wahre Präferenzen und beschränkte Rationalität</i> | 348 |
| 1. Indikator für Regulierungsbedarf | 348 |
| 2. Begrenzung durch privatautonome Überwindung beschränkter Rationalität | 350 |
| D. <i>Heterogenität von Präferenzen und Verhalten</i> | 353 |
| 1. Indikator für die Erforderlichkeit rechtlicher Feinsteuerung | 353 |
| 2. Begrenzung durch funktionsfähigen Markt im Aggregat | 355 |
| Kapitel 8: Grundlagen eines rationalitätsfördernden Datenschutzrechts | 357 |
| A. <i>Rechtfertigung eines rationalitätsfördernden Datenschutzrechts</i> | 357 |
| 1. Freiheitsschonende Rationalitätskorrekturen: Ein Mythos? | 357 |
| 2. Fehlkonstruktion: Liberaler Paternalismus, <i>Rebiasing</i> und <i>Debiasing</i> . | 359 |
| 3. Rekonstruktion: Verschränkung von beschränkter Rationalität und Gemeinwohl | 363 |
| B. <i>Zielfunktionen eines rationalitätsfördernden Datenschutzrechts</i> | 366 |
| 1. Reduktion von Unwissen über sich selbst | 366 |
| 2. Reduktion von Komplexität | 368 |
| 3. Reduktion von Trägheit | 370 |
| 4. Reduktion von Zeithorizonten | 373 |

| | |
|--|-----|
| <i>C. Nebenwirkungen eines rationalitätsfördernden Datenschutzrechts . . .</i> | 376 |
| 1. Veränderung des Verhaltens strategischer Nutzer | 376 |
| 2. Veränderung des Verhaltens strategischer Diensteanbieter | 377 |
| 3. (Un-)Möglichkeit einer gerechten Informationsverteilung | 379 |
| Kapitel 9: Schlussbetrachtung | 382 |
| <i>A. Strategische Einwilligungsrestriktionen</i> | 383 |
| <i>B. Kognitive Einwilligungsrestriktionen</i> | 385 |
| <i>C. Fazit</i> | 386 |
| Literaturverzeichnis | 389 |
| Sach- und Personenregister | 431 |