

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Kapitel 1: Einführung	25
A. Gegenstand der Untersuchung	27
I. Preisgabe personenbezogener Daten	27
1. Der Begriff des Datums	28
2. Personenbezug	29
II. Datenwirtschaft	30
III. Informationelle Privatautonomie	31
1. Konzeptionelle Verortung der informationellen Privatautonomie	32
2. Dingliche Rechtsposition an personenbezogenen Daten?	34
3. Überindividueller Datenschutz?	34
B. Forschungsbedarf und Ziel der Untersuchung	37
C. Gang der Untersuchung und Methodik	38
Kapitel 2: Rechtliche und Ökonomische Rahmung	39
A. Rechtliche Rahmung	39
I. Verankerung der informationellen Privatautonomie im höherrangigen Recht	39
1. Unionsrechtliche Verankerung	40
2. Grundgesetzliche Verankerung	41
3. Schutz durch speziellere Grundrechte	42
a. Datenschutzgrundrechte	42
aa. Verankerung im höherrangigen Recht	42
(1.) Unionsrechtsrechtliche Verankerung	43
(2.) Grundgesetzliche Verankerung	44
bb. Gewährleistungsgehalt	45
(1.) Anwendbarkeit im Horizontalverhältnis	45
(a.) Grundgesetz	45
(b.) Unionsrecht	46

(2.) Herrschaftsrechtliche Konzeption der Datenschutzgrundrechte?	47
(a.) Grundgesetz	47
(b.) Unionsrecht	50
(c.) Zwischenergebnis	51
(3.) Gesellschaftliche Dimension von Privatheit	52
(a.) Gesellschaftliche Abhängigkeit der Privatheit	53
(aa.) Privatsphäre als Ausprägung von Freiheit (US-amerikanischer Ansatz)	55
(bb.) Privatsphäre als Ausprägung von Würde (kontinentaleuropäischer Ansatz)	57
(cc.) Zwischenergebnis	58
(b.) Gesellschaftliche Dimension von Information und Kommunikation	58
(c.) Gesellschaftliche Dimension der Selbstentfaltung	59
(d.) Überindividuelle Bedeutung von Privatheit	60
(e.) Zwischenfazit	62
(4.) Instrumentelle Bedeutung der Datenschutzgrundrechte	62
(5.) Alternativkonzeption: Vertrauensschutz	65
(6.) Formal-freiheitlicher Kerngehalt: Das Autoritarismus-Argument	67
(7.) Grundrechtlicher Schutz der Kommerzialisierung personenbezogener Daten	69
(8.) Zwischenergebnis	71
b. Eigentumsgarantie	72
aa. Höherrechtliche Verankerung	73
bb. Schutzbereich	73
c. Weitere grundrechtliche Anknüpfungspunkte	75
d. Zwischenergebnis	76

II. Gewährleistungsgehalt	76
1. Die Paradoxien der (informationellen) Privatautonomie	77
a. Formale versus materiale informationelle Privatautonomie	78
aa. Formales Verständnis	78
bb. Materialisierung der informationellen Privatautonomie	79
cc. Stellungnahme	80
b. Momentane versus zukünftige Freiheit	81
c. Normprägung	83
d. Sozialprägung	85
2. Stellungnahme: multidimensionale optimierende Synthese	86
B. Das ökonomische Grundmodell: Informationelle Privatautonomie für den Daten(schutz)markt	88
I. Ökonomie und (Datenschutz-)Recht	88
1. Legitimität und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts	89
2. Ökonomische Analyse der informationellen Privatautonomie	90
II. Ökonomische Grundannahmen des marktbasierten Datenschutzes	91
1. Die unsichtbare Hand im Daten(schutz)markt	91
2. Recht für den Daten(schutz)markt	92
3. Privatautonomie für den Daten(schutz)markt	93
4. Datenschutz im Wettbewerb	94
5. Normative Rückkopplung	95
a. Unionsrecht	96
b. Grundgesetz	96
c. Normative Zweckgebundenheit des marktbasierten Datenschutzes	96
C. Ergebnis	97
Kapitel 3: Voraussetzungen für privatautonomes Handeln bei der Preisgabe personenbezogener Daten	99
A. Ausgangspunkt: privacy paradox	100

B. Einfluss verhaltensökonomischer Erkenntnisse	101
1. Beschränkte Rationalität	102
2. Beschränkte Willenskraft	103
3. Beschränktes Eigeninteresse	104
C. Generelle Entscheidungsvoraussetzungen	104
I. Freier Wille	104
II. Individuelle Erkenntnisfähigkeit	105
1. Unterlegenes Verständnis betroffener Personen	106
2. Fehlerhafte Einschätzung langfristiger Nachteile	106
3. Zwischenergebnis	108
D. Informiertheit der Entscheidung	108
I. Transparenz entscheidungserheblicher Informationen	110
II. Markttransparenz	111
1. <i>Information overload</i>	112
2. Rationale Ignoranz aufgrund übermäßiger Entscheidungskosten	112
a. Zeitlicher Entscheidungsaufwand	113
b. Psychische Entscheidungsbelastung	114
3. Zwischenergebnis	114
III. Resultierende Informationsgrundlage	115
1. Wissensdefizite über die jeweilige Verarbeitung	116
2. Kenntnis über Vorteile des Verantwortlichen aus der Datenverarbeitung?	117
3. Zwischenergebnis	118
E. (Freie) Willensbildung	118
I. Entscheidungsbewusstsein	118
II. Verhaltensökonomische Effekte	119
1. <i>Endowment</i> -Effekt, <i>loss aversion</i> und psychische Lock- in-Effekte	119
2. Kontroll-Paradoxon und Resignation	121
III. Faktische Rahmenbedingungen	121
1. Wettbewerbliche Aspekte	122
a. Mechanismen der Marktkonzentration	122
b. Folgen der Marktkonzentration	123
2. Technologische Aspekte	124
3. Soziale Aspekte	125

F. Folgerungen	127
I. Zusammenfassung der erarbeiteten Erkenntnisse	127
II. (Unwiderlegbare) Vermutung für die Selbstbestimmung?	128
III. Konsequenzen für den marktbasierten Datenschutz	129
Kapitel 4: Rechtfertigungen einer Begrenzung individueller Dispositionsbefugnisse bei der Preisgabe personenbezogener Daten	131
A. Argumentation innerhalb der Marktlogik: Marktversagen	132
I. Begrenzung der Freiheit um ihrer selbst willen?	133
1. Legitime Absicherung der Freiheit	134
2. Der Paternalismus-Einwand	135
3. „Libertärer Paternalismus“?	136
4. Entkräftung des Paternalismus-Einwands	137
II. Externe Effekte	139
1. Definition	140
2. Normative Implikationen externer Effekte	141
3. Ermittlung von Externalitäten der Preisgabe personenbezogener Daten	142
4. Positive externe Effekte	143
5. Negative externe Effekte	145
a. Beeinträchtigung öffentlicher Güter	146
aa. Eigenschaften echter öffentlicher Güter	146
bb. Eigenschaften von Allmendegütern	147
cc. Kollektive Privatheit und Anonymität	148
(1.) Nutzbarkeit bzw. Nützlichkeit	148
(2.) Fehlende Exklusivität	149
(3.) Rivalität im Konsum	150
dd. Zufall und Serendipität	150
(1.) Nutzbarkeit bzw. Nützlichkeit	151
(2.) Fehlende Exklusivität	152
(3.) Rivalität im Konsum	152
ee. Gesellschaftliche Aufmerksamkeit	153
b. Drittbezogene Erkenntnisse durch Big Data-Analysen	153
aa. Abgrenzung von der Frage der Mehrrelationalität	154
bb. „Unechte“ Drittwirkungen	154

cc. „Echte“ Drittwirkungen aufgrund der Analyse von Korrelationen	155
dd. Kritik an der Wissens- bzw. Informationsgesellschaft?	157
c. <i>Unraveling</i>	158
d. Meinungsvielfalt und demokratischer Willensbildungsprozess	159
III. Transaktionskosten	162
1. Wettbewerbliche Effekte hoher Transaktionskosten	162
2. Durchsetzungskosten	163
a. Individuelle Durchsetzung	163
b. Kollektive Durchsetzung	164
c. Durchsetzung überindividueller Belange	165
B. Originär normative Erwägungen	166
I. Würdesicherung versus Paternalismus?	166
II. Gleichheit versus Effizienz?	168
1. Verteilungsdimension des Datenschutzes	168
2. Daten(schutz)markt und Ungleichheit	169
a. Kaufkraft im Daten(schutz)markt	169
b. Bildung und Macht im Daten(schutz)markt	170
c. Big Data und Diskriminierung	170
d. Angebotspersonalisierung	171
aa. Wohlfahrts-Bilanz der Preisdiskriminierung	172
bb. Externalitäten und Diskriminierung	172
cc. Solidarprinzip	173
3. Zwischenergebnis	174
C. Folgerungen	174
I. Ökonomische Analyse der Preisgabe personenbezogener Daten	174
1. Die Tragik der Datenschutz-Allmende	175
2. Die betroffene Person als eine Totengräberin der kollektiven Privatsphäre	177
II. Analogie Umweltverschmutzung	178
III. Normative Schlüsse	179
1. Umgang des Rechts mit negativen Externalitäten	180
2. Verschiebung der Schutzrichtung des Datenschutzes	180

3. Konsequenzen für das datenschutzrechtliche Instrumentarium	181
a. Kontraproduktivität des Kontroll-Paradigmas	182
b. Individuelle Sachwalterschaft über den kollektiven Wert des Datenschutzes?	183
c. Zusammenfassendes Fazit	184
Kapitel 5: Bewertung des geltenden Rechtsrahmens	187
A. Auswahl von Referenzrechtsgebieten	187
B. Datenschutzrecht, insbesondere DSGVO	189
I. Rolle der informationellen Privatautonomie in der DSGVO	190
1. Das Informationsmodell der DSGVO	191
2. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO	192
a. Stellung der Einwilligung im Normgefüge der DSGVO	193
aa. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO	193
bb. Art. 9 Abs. 2 lit. c DSGVO	194
cc. Art. 22 Abs. 4 DSGVO	195
b. Materialisierung	196
aa. Freiwilligkeit: Art. 4 Nr. 11, Art. 7 Abs. 4 DSGVO	197
(1.) Auslegungsgrundsätze für Art. 7 Abs. 4 DSGVO	197
(a.) Striktes Koppelungsverbot	197
(b.) Kein striktes Koppelungsverbot	198
(c.) Zwischenergebnis und Konsequenzen für das Geschäftsmodell „Bezahlen mit Daten“	200
(2.) Weitere Parameter für die Auslegung des Art. 7 Abs. 4 DSGVO	201
(3.) Inhaltskontrolle im Rahmen des Art. 7 Abs. 4 DSGVO?	201
bb. Begrenzung der zeitlichen Bindungswirkung: Art. 7 Abs. 3 DSGVO	202
cc. Zwischenergebnis	202
3. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	203
a. Faktisch-wirtschaftliche Erforderlichkeit	204

b. Subjektive Auslegung	205
c. Objektive Auslegung	206
d. Vorzugswürdige teleologische Auslegung	207
aa. Rückführung auf das legitimatorische Fundament	207
bb. Folgerungen für den Maßstab der Auslegung vertraglicher Pflichten	208
cc. Dogmatische Differenzierung zwischen der Ermittlung des Vertragsinhalts und der Erforderlichkeit	209
dd. Auslegung der Erforderlichkeit	210
ee. Konsequenzen für das „Bezahlen mit Daten“	211
II. Weitere Regelungskonzepte der DSGVO	213
III. Berücksichtigungsfähigkeit von Externalitäten der Datenverarbeitung	214
1. Positive Externalitäten	214
a. Spezielle Verankerungen	214
b. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO als Generalklausel für die Berücksichtigung positiver Externalitäten?	215
c. Zwischenergebnis	216
2. Negative Externalitäten	216
a. Drittbezogene Schutzwirkung der DSGVO	216
aa. Generelle Schutzrichtung	216
bb. Spezifische Regelungen	217
cc. Zwischenergebnis	218
b. Personenbezug	218
aa. Big Data und Personenbezug	219
bb. Risiken unabhängig vom Vorliegen eines Personenbezugs	220
cc. Ausweitung des Personenbezugs?	221
c. Berücksichtigung negativer Externalitäten im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO?	222
IV. Folgerungen	223
1. Schutzkonzept der DSGVO	223
2. Regulatorische Antworten außerhalb des Datenschutzrechts?	225
3. Schutzmechanismen der DSGVO	225
a. Mangelnde Eignung für den Individualschutz	226

b. Mangelnde Eignung für den Kollektivschutz	228
C. Vertragsrecht	229
I. AGB-Kontrolle	229
1. Teleologisches Fundament der AGB-Kontrolle	230
a. Vertragstheoretische Begründung	230
b. Rechtsökonomischer Hintergrund	230
aa. Rationale Ignoranz	231
bb. Marktversagen, <i>market for lemons</i>	231
cc. Ausgleich des Marktversagens	232
dd. Übertragung auf die Preisgabe personenbezogener Daten	233
2. Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle neben der DSGVO	233
a. Rangverhältnis von DSGVO und AGB-Kontrolle?	234
b. Inhaltliche Zielrichtungen von AGB-Kontrolle und DSGVO	234
c. Erwgr. 42 S. 3 DSGVO	235
d. Notwendigkeit zur Prüfung der Anwendbarkeit im Einzelfall	236
e. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	237
3. Vorliegen von AGB bei der Preisgabe personenbezogener Daten, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB	238
a. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO	238
aa. Die Einwilligung als Vertragsbestimmung?	238
bb. Zusammenhang mit Vertragsverhältnis erforderlich?	239
cc. Regelungswirkung	240
b. Klauseln im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	240
4. Einbeziehungskontrolle, § 305 Abs. 2 BGB	240
5. Überraschungskontrolle, § 305c Abs. 1 BGB	241
a. Verdrängung durch Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO	241
b. Inhaltlicher Überraschungseffekt	242
c. Zwischenergebnis	242
6. Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	243
7. Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	243
a. Kontrollfreiheit	244
b. Kontrollfähigkeit eines „Datenpreises“	244
aa. Kontrollfreiheit des Datenpreises?	245

bb.	Herleitung aus dem Wortlaut des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB?	245
	(1.) Abweichung vom Datenschutzrecht?	246
	(2.) Gewinnung eines Maßstabs aus dispositivem Vertragsrecht?	247
cc.	Vorzugswürdige Herleitung aus dem rechtsökonomischen Hintergrund der AGB-Kontrolle	248
	(1.) Ausgangslage	248
	(2.) Auslegungskohärenz mit Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	249
	(3.) Vereinbarkeit mit Art. 4 Abs. 2 der Klausel-RL	250
	(4.) Zwischenergebnis	251
8.	AGB-Inhaltskontrolle, §§ 307-309 BGB	251
a.	Spezielle Klauselverbote, §§ 308, 309 BGB	251
b.	Generalklauseln	252
aa.	Gewinnung eines Maßstabs aus der rechtsökonomischen Begründung der AGB-Kontrolle	252
bb.	Abweichung von gesetzlicher Regelung, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	253
	(1.) Beschränkung des Maßstabs auf zwingendes Datenschutzrecht?	254
	(2.) Gesetzliche Erlaubnistatbestände als dispositives Datenschutzrecht	255
	(3.) Preis-Leistungs-Verhältnis	257
	(4.) Weitere Bestimmungsfaktoren	258
cc.	Gefährdung wesentlicher vertraglicher Rechte oder Pflichten, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	258
dd.	Berücksichtigungsfähigkeit von Externalitäten	259
	(1.) Kein Vertrag zu Lasten Dritter	259
	(2.) Wortlaut des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	260
	(3.) Berücksichtigung generell möglich	260
	(4.) Vertragsrechtssystematische Argumentation gegen die Berücksichtigungsfähigkeit	261

(5.) Abermals: Herleitung aus dem rechtsökonomischen Zweck der AGB- Kontrolle	261
(6.) Gleichlauf der Interessen Dritter mit Interessen des Verwendungsgegners	262
(7.) Anwendung der Erkenntnisse auf die Externalitäten der Preisgabe und Verarbeitung personenbezogener Daten	263
9. Konsequenzen einer AGB-rechtlich unwirksamen Klausel zur Preisgabe personenbezogener Daten	265
10. Zwischenergebnis	265
II. Sittenwidriges Rechtsgeschäft, Wucher (§ 138 BGB)	267
D. Ergebnis	268
 Kapitel 6: Fortentwicklungsperspektiven informationeller Privatautonomie	 269
A. Verbesserung des marktbasierten Datenschutzes	270
I. Vorzüge einer Marktlösung	271
II. Verbesserung der Voraussetzungen privatautonomer Entscheidungen	273
1. Zurverfügungstellung entscheidungsrelevanter Information	273
a. Bewusstsein über den Wert preisgegebener Daten	274
b. Bewusstsein über die Gefahren der Preisgabe personenbezogener Daten	276
aa. Zeitliche Entzerrung der Informationsbereitstellung	276
bb. Informationsaufbereitung und -visualisierung	277
cc. Einschaltung von Drittparteien	278
c. Stellungnahme	280
2. Willensbildung	282
3. Senkung von Entscheidungskosten	283
a. Einsatz technischer Hilfsmittel oder Dienstleistungen der Einwilligungsverwaltung	284
aa. Regulatorische Maßnahmen und Bestrebungen	285
bb. Stellungnahme	286

b. Institutionelle Wahrnehmung individueller Datenschutzrechte	288
aa. Kollektive Wahrnehmung individueller Datenschutzrechte	288
bb. Datenintermediäre	290
c. Dispositives Datenschutzrecht	292
d. Standardisierung	293
e. Senkung formaler Anforderungen an die Einwilligung	294
III. Internalisierung externer Kosten	296
1. Besteuerung	297
a. Steuerungsmechanismus	297
b. Praktische Ausgestaltung	298
2. <i>Coase</i> -Lösung für den Datenschutz?	299
a. Originäre <i>Coase</i> -Lösung durch Kompensationsverhandlung?	300
b. „Datenverarbeitungsemissionshandel“	301
aa. Steuerungsmechanismus	301
bb. Praktische Ausgestaltung	302
3. Stellungnahme	304
IV. Behebung der Durchsetzungsdefizite	304
1. Stellschrauben im materiellen Recht	305
2. Verbandsklage-RL	306
V. Zwischenergebnis	306
B. Vorschläge jenseits des Marktmodells	307
I. Zurückdrängung informationeller Privatautonomie im Datenschutzrecht	308
1. Stärkung datenschutzrechtlichen Vertrauens	309
a. Funktionsmechanismus	309
b. Vergleich zu anderen Lebensbereichen	309
c. Regelungstechnische Umsetzung	311
2. Einschränkung der individuellen Dispositionsbefugnis über personenbezogene Daten	311
a. Fehlende materielle Selbstbestimmung	312
b. Gesellschaftlich unerwünschte Verarbeitungen personenbezogener Daten	313
c. Gesellschaftlich erwünschte Verarbeitungen personenbezogener Daten	314

d. Regelungstechnische Umsetzung	315
aa. Spielraum des höherrangigen Rechts	315
bb. Regelungstechnische Alternativen	317
cc. Gesetzliche Erlaubnis	318
dd. Gesetzliches Verbot	318
(1.) Kategorisierung von Datenverarbeitungen	319
(2.) Generalklausel	319
ee. Behördliche Genehmigung	319
ff. Verbleibender Anwendungsbereich privater Regelbildung	320
II. Stärkung sozialer Kooperation	321
III. Jenseits der Inputregulierung	322
C. Ergebnis	325
Kapitel 7: Schlussbetrachtung	327
A. Zusammenfassung in Thesen	327
B. Ausblick	332
Literatur- und Quellenverzeichnis	337