

# Inhaltsübersicht

Teil 1: Datenschutzrechtliche Rechtsgeschäfte	
§ 1 Problemlage, Forschungsfragen und Gang der Untersuchung	21
§ 2 Rechtsgeschäftliche Datenschutzgestaltung	31
§ 3 Regulierungsherausforderungen des Einwilligungmodells	85
Teil 2: Grundrechtskonformer Datenschutz zwischen Privaten	
§ 4 Grundrechte und rechtsgeschäftliche Freiheit	127
§ 5 Datenschutzgrundrechte: zwischen Datenherrschaft und soziotechnischem Vertraulichkeitsschutz	163
§ 6 Das Wechselverhältnis privater und staatlicher Regelbildung im horizontalen Datenschutzrecht	185
Teil 3: Inhaltliche Grenzen rechtsgeschäftlicher Freiheit im Datenschutzrecht	
§ 7 Die datenrechtliche Inhaltskontrolle	220
§ 8 Datenminimierung im Vertragszusammenhang	256
§ 9 Die datenrechtliche Inhaltskontrolle am Beispiel personalisierter Online-Werbung	283
Zusammenfassung der Ergebnisse	309
Schlusswort	317

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Teil 1: Datenschutzrechtliche Rechtsgeschäfte	21
§ 1 Problemlage, Forschungsfragen und Gang der Untersuchung	21
A. Zum Verhältnis von Datenschutzrecht und Datenschutzrecht	21
B. Privatautonomie im Datenschutzrecht?	24
C. Technikfolgenregulierung, Persönlichkeitsschutz oder Persönlichkeitsgüterrecht?	26
D. Forschungsfragen und Gang der Untersuchung	29
§ 2 Rechtsgeschäftliche Datenschutzgestaltung	31
A. Die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO)	32
I. Rechtsnatur der Einwilligung	32
II. Einwilligung und Dateneigentum	35
III. Widerrufbarkeit der Einwilligung	37
IV. Formale Voraussetzungen wirksamer Einwilligungserklärungen	40
1. Erklärungsfähigkeit	40
2. Wissensstand	40
3. Bestimmtheit	42
V. Freiwilligkeit und Inhaltsgrenzen	44
VI. Rechtsfolgen von Verstößen und „Auswechslung“ der Verarbeitungsgrundlage	45
B. Vertragserforderliche Datenverarbeitungen (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO)	47
I. Die Legitimation personenbezogener Datenverarbeitungen durch Vertrag	47
1. Vertrag	47
2. Erfüllung	48
3. Erforderlich	49
II. Das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsrecht und Datenschutzrecht	49
III. Lösungswege	53
1. Schuldrechtliche Lösung	53

2. Datenschutzrechtliche Lösung (datenschutzrechtliche „Erforderlichkeit“)	54
3. Konsequenzen	58
IV. Zwischenergebnis	60
C. Berechtigte Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO)	61
I. Abgrenzungsproblematik	62
II. Berechtigte Interessen im rechtsgeschäftlichen Kontext	65
III. Konsequenzen	66
IV. Zwischenergebnis	68
D. Verbleibender Anwendungsbereich der Einwilligung	68
I. Kritik am Einwilligungsmodell	69
II. Ende der Einwilligung als Kommerzialisierungsinstrument?	70
1. Die unklare Vorschrift aus Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	70
2. Die Relevanz von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	72
3. Strenge Auslegung	73
4. Festhalten am Einwilligungsmodell	75
a) Datenschutzrecht und kommerzielles Persönlichkeitsrecht	75
b) Besondere systematische Stellung der Einwilligung	76
c) Vermeidung von Rechtsunsicherheit	78
5. Fazit	78
III. Materialisierung des Einwilligungsmodells	78
1. Vorzugswürdige Interpretation von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	79
2. Bedeutung des Vertragsinhalts	81
3. Konsequenzen	83
IV. Weitere Untersuchungsschritte	84
E. Zwischenfazit	84
§ 3 Regulierungsherausforderungen des Einwilligungsmodells	85
A. Drittwirkungen datenprivatrechtlicher Rechtsgeschäfte	86
I. Strategische Interdependenz: Unraveling	87
1. Die Interdependenz informationellen Entscheidens	87
2. Informationsunterdrückung als kostspieliges Signal	89
3. Die Bedeutung von Technologiekosten	91
4. Die Bedeutung sozialer Normen	93
5. Schlussfolgerungen	95

II. Statistische Interdependenz: Big Data	96
III. Schlussfolgerungen	99
B. Paradoxe Privatheit	100
I. Das Privacy Paradox	101
II. Verhaltensökonomische Erklärung	104
1. Verhaltensökonomische Grundannahmen	104
2. Informationsasymmetrien	105
3. Empirische Befunde zur Einwilligungsbereitschaft	108
a) Defizitäre Selbstkontrolle	109
b) Kontextgestaltung	111
c) Kontrollillusion und Transparenz	113
d) Soziale Navigation	114
4. Zwischenergebnis	115
III. Schlussfolgerungen	116
C. Die soziale Formation des Privaten	116
I. Subjektivität als Unabhängigkeit	117
II. Subjektivität als Situiertheit	118
III. Privatheit und Kontext	119
IV. Schlussfolgerungen	122
D. Zwischenfazit zum Einwilligungsmodell	123
Teil 2: Grundrechtskonformer Datenschutz zwischen Privaten	126
§ 4 Grundrechte und rechtsgeschäftliche Freiheit	127
A. Grundrechte und Privatrecht	128
I. Grundrechte und formal-liberale Privatrechtsrationalität	128
1. Rechte auf rechtsgeschäftliche Kompetenzen	128
2. Liberales Schutzpflichtenkonzept	132
3. Grundrechte und bürgerliches Formalrechtsparadigma	133
II. Grundrechte und sozialstaatliche Privatrechtsrationalität	134
1. Schutzpflichten und grundrechtliche Werteordnung	134
2. Sozialrechtliche Materialisierung des Privatrechts	135
III. Grundrechte und funktional-institutionelle Privatrechtsrationalität	139
1. Privatautonomie und Binnenmarktziel	140
2. Ausdifferenzierung des europäischen Privatrechts	144
IV. Zwischenfazit	146

B. Die transsubjektive Dimension der Rechte	146
I. Grundrechte und soziale Herrschaft: Beherrschung durch Berechtigung?	146
II. Grundrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation	150
C. Ansätze einer postinterventionistischen Schutzpflichtendogmatik	154
I. Grundrechtliche Schutzpflichten als staatliche Beobachtungspflichten	155
II. Grundrechtsabwägung als Relationierungstechnik	156
III. Funktionalisierungstendenzen im Privatrecht	159
D. Zwischenfazit und Grenzen des hiesigen Ansatzes	161
§ 5 Datenschutzgrundrechte: zwischen Datenherrschaft und soziotechnischem Vertraulichkeitsschutz	163
A. Das datenschutzrechtliche Einwilligungsmodell aus Sicht einer liberalen Grund- und Privatrechtstheorie	164
I. Informationelle Selbstbestimmung zwischen Privaten	164
1. Von der objektiven Technikfolgenregulierung zum subjektiven Recht auf informationelle Selbstbestimmung	165
2. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als liberales Recht	169
II. Der Schutz individueller Datenkontrolle durch die europäischen Grundrechte	171
B. Datenschutzgrundrechte als Rechte auf soziotechnische Schutzstandards	175
I. Der Schutz digitaler Vertraulichkeitsinfrastruktur	176
II. Das Recht auf Integrität und Schutz informationstechnischer Systeme	177
III. Datenschutz als staatlicher Steuerungsauftrag	178
IV. Regulierte Selbstregulierung	181
C. Fazit	183
§ 6 Das Wechselverhältnis privater und staatlicher Regelbildung im horizontalen Datenschutzrecht	185
A. Datenschutzgrundrechte und die Gewährleistung kommunikativer Teilhabe	186
I. Schutz vor technologiegestützter Disziplinierung	186

II. Schutz der Lebenswelt	188
III. Schutz der Person (als Form)	189
1. Die strukturelle Kopplung von psychischen und sozialen Systemen	189
2. Die Person als Form	193
3. Datenschutz als Schutz der Person als Form?	195
IV. Schlussfolgerungen	197
B. Das Erfordernis einwilligungsfester Schutzstandards	198
C. Das Erfordernis subjektiver Datenrechte	200
I. Freiheitsrisiken substantieller Schutzstandards	200
II. Wissensdefizite in der Datenschutzregulierung	202
III. Datenschutzrechtliche Regelfindung „von unten“	204
D. Zur Möglichkeit und Akzeptabilität subjektiver Datenrechte	206
I. Die Unterscheidung zwischen Daten und Informationen	207
II. Der Gegenstand der Datenrechte	208
1. Daten als „proto-epistemische“ Kategorie?	208
2. Die semantische Anknüpfung des Datenschutzrechts	209
III. Subjektive Rechtsmacht über fremde Sinnbildungsprozesse	212
IV. Schlussfolgerungen	215
E. Fazit: Responsives privates Datenschutzrecht	216
Teil 3: Inhaltliche Grenzen rechtsgeschäftlicher Freiheit im Datenschutzrecht	220
§ 7 Die datenrechtliche Inhaltskontrolle	220
A. Entwicklungspotentiale der Inhaltskontrolle im privaten Datenschutzrecht	221
I. Entwicklung der datenrechtlichen Inhaltskontrolle	221
1. Einwilligung und AGB-Recht	221
2. Ende der Zurückhaltung bei der Inhaltskontrolle?	224
II. Einhegung statt Abschaffung des Einwilligungsmodells	225
III. Funktionsvoraussetzungen der datenrechtlichen Inhaltskontrolle	226

B. Der grundrechtliche Hintergrund der datenrechtlichen Inhaltskontrolle	228
I. Einwilligungsfeste Mindeststandards und datenschutzbezogener Konditionenwettbewerb	229
1. Der institutionenökonomische Hintergrund einwilligungsfester Mindeststandards	229
a) Die marktfunktionale Begründung inhaltlicher Mindeststandards im (Verbraucher-)Vertragsrecht	230
aa) AGB-Recht	230
bb) Verbrauchervertragsrecht	233
b) Die Kompensation ausbleibenden Konditionenwettbewerbs im Datenschutzbereich	235
c) Digitaler Binnenmarkt und Datenschutz	236
d) Datenschutzrecht als Verbraucherschutzrecht	238
2. Marktversagen und grundrechtliche Schutzpflichten	240
3. Schlussfolgerungen	242
II. Schutz vor Drittwirkungen	244
III. Zwischenergebnis	246
C. Die grundrechtskonforme Ausgestaltung der datenrechtlichen Inhaltskontrolle	247
I. Responsive Maßstababildung und Relationierung durch Abwägung	247
II. Die Angemessenheit rechtsgeschäftlicher Datenordnungen	248
1. Besondere Datenkategorien	249
2. Nichtdiskriminierungsrecht	250
3. Soziale Privatheitsstandards	252
III. Zwischenergebnis	254
D. Fazit	255
§ 8 Datenminimierung im Vertragszusammenhang	256
A. Die Inhaltskontrolle nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	257
I. Die Einwilligung im Vertragszusammenhang	257
II. Beurteilung der Erforderlichkeit nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	260
1. Kopplungsgestaltung	262
a) Das Verbot überraschender Datenverarbeitungen	262

b) Datenverarbeitungen als vertragliche Hauptleistungspflichten	263
aa) Persönlichkeitsrechtliche Lizenzen (Merchandisingverträge)	264
bb) Plattformökonomie („Bezahlen mit Daten“)	266
c) Wettbewerbssituation	270
d) Angebot eines gleichwertigen Alternativzugangs	271
2. Konkrete Autonomie und Teilhaberrisiken	273
a) Abwägende Angemessenheitsprüfung	273
b) Intensitätskriterien	274
c) Bedeutung der Datensicherheit	275
III. Rechtsfolgen nicht-erforderlicher Kopplung	275
1. Unwirksamkeit der Einwilligung	275
2. Möglichkeit der Teilnichtigkeit	276
3. Möglichkeit der alternativen Berechtigung	277
4. Möglichkeit der Entkopplung	278
IV. Zwischenergebnis	278
B. Die AGB-rechtliche Angemessenheitskontrolle von Einwilligungserklärungen	279
I. Verhältnis zu Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	279
1. Datenschutzrechtlicher Ansatz	279
2. Schuldrechtlicher Ansatz	280
II. Die AGB-Kontrolle nicht-gekoppelter Einwilligungen	280
C. Die Inhaltskontrolle der vertraglichen Verarbeitungslegitimation nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO	282
§ 9 Die datenrechtliche Inhaltskontrolle am Beispiel personalisierter Online-Werbung	283
A. Der Einsatz von Social-Media-Marketing-Tools	284
I. Fallkonstellation	284
II. Einwilligungsbedürftigkeit	285
1. Verantwortlichkeit	286
2. Berechtigte Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO)	288
3. Vertragliche Legitimation (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO)	289
III. Inhaltliche Anforderungen an die Einwilligung	290
1. Maßgeblichkeit von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	290
2. Überraschungsverbot	291
3. Verarbeitungsrisiken	291
IV. Ergebnis	293



## *Inhaltsverzeichnis*

B. Der Einsatz von Social-Media-Trackern	294
I. Drittanbieter-Tracking	294
II. Fallkonstellation	295
III. Einwilligungsbedürftigkeit	297
1. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit	297
2. Anwendbarkeit von § 15 Abs. 3 TMG	298
3. Berechtigte Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO)	299
4. Vertragliche Legitimation (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO)	303
IV. Inhaltliche Anforderungen an die Einwilligung	304
1. Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	305
2. Kopplungsgestaltung	306
3. Konkrete Verarbeitungsrisiken	306
V. Ergebnis	308
 Zusammenfassung der Ergebnisse	 309
 Schlusswort	 317
 Literaturverzeichnis	 321