PHILIP RADLANSKI

Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität

Internet und Gesellschaft
5

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

5

Philip Radlanski

Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität

Mohr Siebeck

Dr. Philip Radlanski, LL.M., geboren 1985; 2005–2011 Studium der Rechtswissenschaft in Regensburg und Sheffield, UK; 2011–2014 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg (Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.); 2012–2013 Master-Studium am King's College London, UK (LL.M. in Intellectual Property and Information Law); 2015 Promotion; 2014–2016 Referendariat am Kammergericht Berlin.

ISBN 978-3-16-154062-2 / eISBN 978-3-16-160500-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 2199-0344 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg entstanden. Ich werde diese Zeit als überaus motivierend, inspirierend und von großer Kollegialität geprägt in Erinnerung behalten.

Zuerst bedanken möchte ich mich beim Lehrstuhlinhaber, Herrn Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. (Brüssel), meinem Doktorvater. Er war es, der vor einigen Jahren mein Interesse für Informations- und Datenschutzrecht geweckt, und mich seitdem stets optimal unterstützt und gefördert, aber auch gefordert hat. Durch seine nahbare Art, seinen ansteckenden Optimismus, seinen Enthusiasmus für die wissenschaftliche juristische Arbeit und seinen Pragmatismus hat er am Lehrstuhl ein perfektes Klima geschaffen, in fachlicher wie auch in persönlicher Hinsicht. Sein Input aus zahlreichen Besprechungen und Diskussionen war von unschätzbarem Wert und ist natürlich in diese Arbeit eingeflossen. Von ihm habe ich auch über das Fachliche hinaus viel gelernt – vielen Dank!

Ein großer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Jörg Fritzsche für die Erstellung des Zweitgutachtens. Auch von ihm wurde ich während meiner Zeit als studentischer Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl hervorragend gefördert.

Außerdem bedanke ich mich bei Herrn Perry Keller, LL.M. (Harvard), und Herrn Dr. Jan Oster, LL.M. (Berkeley), beide vom King's College London, UK. Mit ihnen habe ich dort während meines LL.M.-Studiums, das ich in den Jahren 2012/13 eingeschoben habe, regelmäßig datenschutzrechtliche Diskussionen geführt, die mir die Anfertigung der in dieser Arbeit enthaltenen Ausführungen zum englischen Recht erheblich erleichtert haben. Besonderer Dank gebührt in diesem Zusammenhang dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), der mein LL.M.-Studium mit einem Jahresstipendium unterstützt hat.

Weiterhin möchte ich mich bei Frau Prof. Dr. Katherine J. Strandburg von der New York University, NY/USA, bedanken. Als ich im Frühjahr 2012 für drei Monate in New York war, hat sie mich, nachdem ich ihr vom Thema dieser Arbeit berichtet hatte, unkompliziert in die an der NYU wöchentlich zusammenkommende *Privacy Research Group* eingeladen. Dort konnte ich zwölf Wochen lang mit ihr, anderen Datenschutzrechtlern und IT-Praktikern diskutieren und einen Einblick in das US-amerikanische Verständnis von Datenschutz bekommen. Besonderer Dank geht an Frau Prof. Dr. Helen Nissenbaum, ebenfalls

Mitglied der *PRG*, die sich außerhalb der Forschungsgruppe Zeit genommen hat, ein Exposé dieser Arbeit ausgiebig mit mir zu diskutieren.

Außerdem möchte ich mich bei meinem ehemaligen Lehrstuhlkollegen Dr. Manuel Klar für wertvolle Anregungen zu dieser Arbeit bedanken. Dank gebührt auch Dr. Bardia Kian, LL.M. (LSE), mit dem ich insbesondere während unseres gemeinsamen Jahres in London oft über die datenschutzrechtlichen Implikationen des Cloud Computings diskutiert habe. Meinem ehemaligen Kollegen Dr. Philipp Kircher möchte ich für wichtige Hinweise zum gesundheitsrechtlichen Teil dieser Arbeit danken. Weiterhin gebührt Johanna Munzinger Dank für die Korrekturlektüre des Manuskripts.

Last but not least bedanke ich mich bei meinen Eltern, die mich seit jeher mit all ihrer Großzügigkeit und Liebe bedingungslos unterstützen – bei allem, was ich mir vornehme, so auch bei dieser Arbeit. Ohne ihren Rückhalt und ihre Hilfe hätte ich noch nicht einmal die Voraussetzungen erlangt, um mit dieser Arbeit überhaupt beginnen zu können. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Die Arbeit wurde im Februar 2015 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 12. 05. 2015 in Regensburg statt.

Sydney, im Oktober 2015 Philip Radlanski

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einführung

Die vorliegende Arbeit stellt das Konzept der Einwilligung unter Berücksichtigung der gegenwärtigen datenschutzrechtlichen Realität auf den Prüfstand. Sie behandelt damit ein Thema, das sowohl fundamentale Fragestellungen wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung[1] als auch bereichsspezifische Details, wie bespielsweise die Frage nach der Sensibilität von automatisiert erfassten Ortungsdaten eines Smartphones[2], zu klären hat.

A. Motive und Zielrichtung der Untersuchung

Im deutschen Datenschutzrecht ist es grundsätzlich verboten, personenbezogenen Daten anderer zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen („Datenumgang"), es sei denn, es ist erlaubt.[3] Jeder rechtmäßige Datenumgang muss sich daher auf eine Legitimationsgrundlage stützen können. Eine mögliche Legitimationsgrundlage ist hierbei die Einwilligung des Betroffenen.

I. Stand der Forschung

Zum Thema der datenschutzrechtlichen Einwilligung existieren bereits eine Reihe von Vorarbeiten.

Es wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

[1] Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Näheres siehe unten, S. 65 ff.

[2] Siehe hierzu unten, S. 31 ff.

[3] Sogenanntes „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt", siehe hierzu 4. Kapitel, B. II. 1. Der Begriff ist aus verwaltungsrechtlicher Sicht genau genommen unglücklich gewählt, da er suggeriert, es ginge hierbei um eine behördliche Erlaubnis (vgl. *Petri* ZD-Aktuell 2013, 03161; *Scholz/Sokol*, in: Simitis (Hrsg.), BDSG § 4 Rn. 3). Eine solche ist im Datenschutzrecht aber gerade nicht erforderlich, wenn ein Legitimationsgrund greift. Der Begriff hat sich allerdings im Datenschutzrecht durchgesetzt und wird daher auch in dieser Untersuchung in diesem Sinne verwendet.

1. Bisherige Publikationen

Mit seiner Habilitationsschrift „Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht“ behandelte Buchner bereits im Jahre 2006 einen Bereich, der auch die datenschutzrechtliche Einwilligung betrifft. Er spricht sich dafür aus, neben dem öffentlich-rechtlichen Datenschutz auch einen privatrechtlichen Datenschutz zu etablieren, der den Interessen der Beteiligten mittels eines privatautonomen Interessenausgleichs gerecht wird. Das von Buchner vorgeschlagene Modell unterscheidet sich daher vom derzeit herrschenden Konzept der datenschutzrechtlichen Einwilligung.

Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Untersuchung lagen außerdem bereits drei Dissertationen zum Themengebiet vor.[4]

Liedke gibt in seiner Arbeit mit dem Titel „Die datenschutzrechtliche Einwilligung“ aus dem Jahr 2012 einen kompakten Überblick über diejenigen Themen, die bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung im deutschen Recht gemeinhin als problematisch angesehen werden.[5] Er bildet hierzu zwei Schwerpunkte: In einem ersten Teil („Allgemeiner Teil“) stellt er Rechtsnatur, Reichweite und Anforderungen der Einwilligung dar. Außerdem setzt er sich mit der Frage der Widerruflichkeit der Einwilligung, insbesondere der elektronischen Einwilligung, auseinander. Ein zweiter Teil („Besonderer Teil“) ist speziellen Problembereichen gewidmet. Hier wird die datenschutzrechtliche Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis und in der Werbung beleuchtet.

Die Dissertation von Rogosch aus dem Jahr 2013 trägt den Titel „Die Einwilligung im Datenschutzrecht“. Sie verfolgt in ihrer Arbeit die These, dass die rechtliche Konzeption der Einwilligung in Deutschland inkonsistent sei.[6] Hierzu beschreibt sie zunächst unter weitestgehender Ausklammerung EU-rechtlicher Vorgaben die anwendbaren deutschen Vorschriften, bevor sie die einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen darstellt. Sie schließt mit der Handlungsempfehlung, die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung zu vereinheitlichen.[7]

Lindner hat ebenfalls im Jahre 2013 ein Werk mit dem Titel „Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG – ein zukunftsfähiges Institut?“ vorgelegt.[8] Nach einer Darstellung der europarechtlichen und deutschen Vorgaben arbeitet er die Rechtsfragen, die sich aus dem derzeitigen Einwilligungskonzept ergeben, heraus. So beschäftigt er sich beispielsweise mit Mindestangaben, die datenschutzrechtliche Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten müssen, und erklärt die Folgen einer unwirksamen Einwilligungs-

---

[4] *Liedke*, Einwilligung; *Lindner*, Einwilligung; *Rogosch*, Einwilligung.
[5] Vgl. hierzu auch die Besprechung von *Vulin*, ZD-Aktuell 2012, 03119.
[6] Vgl. hierzu auch die Besprechung von *Petri*, ZD-Aktuell 2013, 03161.
[7] *Rogosch*, Einwilligung, S. 190.
[8] Vgl. hierzu auch die Besprechung von *Gruber*, DuD 2013, 682.

erklärung. Er schließt mit der Erkenntnis, dass die Einwilligung eine eigenständige und gleichrangige Rechtsgrundlage für die Legitimation von Datenumgang ist, deren zentrales Regelungsinstrument die Informiertheit des Betroffenen ist. De lege ferenda empfiehlt er, eine elektronische Form der Einwilligung vorzusehen und macht weitere Vorschläge zur Form der Einwilligung.

Der Schwerpunkt der bisher veröffentlichten monografischen Untersuchungen liegt in der Prüfung der Einwilligungsanforderungen. Während sich die Arbeiten teilweise auf die Beschreibung und Diskussion der geltenden Rechtslage, Literatur und Rechtsprechung beschränken,[9] machen andere Autoren durchaus Vorschläge für Veränderungen hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung.[10] Dass die Einwilligung als Ausdruck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Bestand haben muss und darüber hinaus einen äußerst weiten Anwendungsbereich aufweist, wird hierbei stets vorausgesetzt.

2. Bisher unerforschte Fragestellungen

Bisher nicht hinreichend untersucht worden ist allerdings die Frage nach der konzeptionellen Legitimierung des Einwilligungsinstruments. Von der Feststellung, dass eine Einwilligung frei und informiert abgegeben worden sein muss, wird in den Vorarbeiten stets direkt zur Frage übergeleitet, wie diese beiden Voraussetzungen in der konkreten rechtlichen Ausformung sichergestellt werden können.

Vorher zu klären wäre allerdings, ob man in der datenschutzrechtlichen Realität überhaupt davon ausgehen sollte, dass Freiwilligkeit und Informiertheit grundsätzlich möglich sind, und nur der Sicherung durch (Verfahrens-)Vorgaben bedürfen.

II. Schwerpunkt der Untersuchung

Leitfrage der vorliegenden Untersuchung ist also: Ist das Konzept der Einwilligung als solches angesichts der datenschutzrechtlichen Realität überhaupt tragfähig? Diese Arbeit untersucht das Konzept der Einwilligung demnach auf einer abstrakteren Ebene. Sie stellt nicht sofort die Frage nach dem *Wie* einer Einwilligung, sondern zunächst nach dem *Ob*.

Hierzu muss als Erstes die datenschutzrechtliche Realität, der das Konzept der Einwilligung gerecht werden soll, untersucht und ihre Risiken aufgezeigt werden.[11] Anschließend sind die Anforderungen, die eine wirksame Einwil-

---

[9] *Liedke*, Einwilligung.
[10] *Lindner*, Einwilligung; *Rogosch*, Einwilligung.
[11] Siehe hierzu unten, S. 18 ff.

ligung nach derzeitiger Rechtslage erfüllen muss, herauszuarbeiten.[12] Hierzu reicht es nicht, ausschließlich den deutschen Rechtsrahmen zu analysieren. Stattdessen müssen alle relevanten Vorgaben auf inter- und (vor allem) supranationaler Ebene beleuchtet werden.[13] Denn das deutsche Datenschutzrecht ist maßgeblich durch europäisches Sekundärrecht überformt. Überdies steht auf europäischer Ebene eine Novellierung eben dieses sekundärrechtlichen Rechtsrahmens kurz bevor, die wertvolle Einblicke in das europäische Verständnis des Konzepts der Einwilligung erlaubt.[14] Schließlich enthalten die datenschutzrechtlichen Vorgaben bezüglich der Einwilligung oft unbestimmte Rechtsbegriffe, zu deren Auslegung auch andere Rechtsgebiete und – als Vergleich – auch andere Rechtsordnungen[15] als die deutsche herangezogen werden können.

Bei der Untersuchung werden dabei Themen, die von den vorangegangenen Veröffentlichungen bereits behandelt worden sind, nicht im Fokus stehen oder gänzlich ausgespart. Ebenfalls keine tragende Rolle spielt die Unterscheidung in öffentliche und nicht-öffentliche Stellen – auch die geplante Novellierung des europäischen Datenschutzrechts wird nach derzeitigem Stand eine derartige Unterscheidung weiterhin nicht vornehmen.

1. Referenzgebiete

Das Konzept der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird besonders in bestimmten Lebensbereichen auf die Probe gestellt. Daher werden drei dieser Bereiche in der vorliegenden Untersuchung besonders herausgestellt und ihre datenschutzrechtlichen Implikationen im Hinblick auf die Einwilligung untersucht. Hierbei handelt es sich um die Arbeitswelt, die Neuen Medien, und den Gesundheitsbereich.

a. Arbeitswelt

Die Arbeitswelt[16] zeichnet sich durch eine strukturelle Ungleichheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus. Dies gilt insbesondere während des Bewerbungsprozesses, in dem der Bewerber sich gegen Konkurrenten durchsetzen muss, setzt sich aber auch während des Arbeitsverhältnisses fort. Überdies nimmt die Arbeit einen beträchtliche Zeit im Leben des Betroffenen ein, sodass eventuelle Probleme erhebliche Auswirkungen haben können. Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Einwilligung stellt sich in der Arbeitswelt also vor allem das Problem der Freiwilligkeit.

---

[12] Siehe hierzu unten, S. 36 ff.
[13] Siehe hierzu unten, S. 36 ff.
[14] Siehe hierzu unten, S. 50 ff.
[15] Siehe hierzu unten, S. 158 ff.
[16] Siehe hierzu unten, S. 22 f.; S. 125 ff.; S. 223 f.

b. Neue Medien

Neue Medien[17] sind mittlerweile allgegenwärtig. Die wenigsten wissen allerdings, wie sie genau funktionieren und können daher die Risiken, die mit der Nutzung verbunden sind, bestenfalls erahnen. Daher ist schon fraglich, ob die Betroffenen hinreichend informiert sind, um eine Einwilligung zu treffen. Außerdem werden Neue Medien zunehmend unersetzlich. Sind die Betroffenen allerdings auf die Nutzung Neuer Medien angewiesen, so stellt sich die Frage der Freiwilligkeit einer mit der Nutzung verknüpften datenschutzrechtlichen Einwilligung.

c. Gesundheitsbereich

Im Gesundheitsbereich[18] sind die relevanten personenbezogenen Daten oft sensibel, das heißt, sie stellen ein erhebliches Risiko für den Betroffenen dar. Allein aus diesem Grund bedarf es einer genaueren Untersuchung, inwiefern und inwieweit die datenschutzrechtliche Einwilligung des Betroffenen eine taugliche Legitimationsgrundlage für einen entsprechenden Umgang ist. Außerdem stellt sich auch im Gesundheitsbereich die Frage der Freiwilligkeit, etwa, wenn der Betroffene glaubt, seine Verweigerung der datenschutzrechtlichen Einwilligung führe zu einer Verschlechterung der Behandlungsqualität. Überdies befindet sich der Betroffene im Krankenhaus oft in einer Ausnahmesituation, in der ihm die Frage nach seiner datenschutzrechtlichen Einwilligung völlig nebensächlich vorkommen kann.

2. Äußere Einflüsse

Diese Thematik der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist allerdings keine nationale, sondern in allen entsprechend entwickelten Regionen der Welt zu beobachten. Daher hat die Frage, ob das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität (noch) tragfähig ist, eine supranationale und sogar globale Dimension.

a. EU-rechtliche Perspektive

Im Januar 2012 hat die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Datenschutzgrundverordnung[19] vorgestellt, die bei Inkrafttreten einen europaweit einheitlichen Standard auch für die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung verankern wird (Art. 7 des Entwurfes). Dieser Entwurf wurde

[17] Siehe hierzu unten, S. 23 ff.; S. 135 ff.; S. 225 ff.
[18] Siehe hierzu unten, S. 34 f.; S. 148 ff.; S. 229 ff.
[19] Siehe hierzu unten, S. 51 ff.

mittlerweile in einer umfangreich überarbeiteten Version vom EU-Parlament angenommen. Nach Verabschiedung der Datenschutzgrundverordnung wird dieser einheitliche Standard nach einer zweijährigen Übergangsfrist verbindlich werden.

Aber bereits heute stellt sich bei der Untersuchung des status' quo die Frage, inwieweit das Datenschutzrecht europarechtlich zwingend vorgegeben ist. Spätestens mit einer Entscheidung[20] des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom November 2011 deutet vieles darauf hin, dass im Hinblick auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Datenumgang bereits jetzt eine Vollharmonisierung herrscht, sodass von den Mitgliedstaaten lediglich Konkretisierungen vorgenommen werden dürfen.[21]

Die europäische Harmonisierung – gleich, ob bereits bestehend oder erst mit der Datenschutzgrundverordnung vollständig erreicht – kann für den datenschutzrechtlichen Standard in Deutschland allerdings eine Bedrohung darstellen.[22] Deutschland verfügt grundsätzlich[23] über einen sehr hohen datenschutzrechtlichen Standard; die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) aufgestellten Anforderungen an Form und Inhalt von datenschutzrechtlichen Regelungen sind, jedenfalls im öffentlichen Bereich, so präzise wie in wohl keinem anderen Rechtsgebiet.[24] Eine Harmonisierung zwischen den europäischen Mitgliedstaaten kann nun auf mehrere Arten erfolgen: Die übrigen Mitgliedstaaten könnten sich dem hohen deutschen Standard anpassen. Dann würde sich aus deutscher Sicht nichts ändern, da der datenschutzrechtliche Standard im Ergebnis gleich bliebe – er würde dann nur nicht mehr maßgeblich im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), sondern in der Datenschutzgrundverordnung verankert sein. Stattdessen könnten sich alle Mitgliedstaaten auch dem Staat mit dem niedrigsten Standard nähern – das würde aber ein Zurückfallen hinter den heutigen Stand bedeuten und ist auch nicht ernsthaft zu erwarten. Schließlich könnte aus den verschiedenen Datenschutznivaues aller Mitgliedstaaten ein Mittelwert im Form eines Konsens gefunden werden, der dann in der Datenschutzgrundverordnung für alle Mitgliedstaaten verbindlich verankert wird. Aus deutscher Sicht würde dies allerdings ein Absinken des heutigen Stan-

---

[20] *EuGH*, Urt. v. 24. 11. 2011 – Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (C-468/10) und Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) (C-469/10) gegen die Administración del Estado.

[21] Siehe hierzu unten, S. 40 ff.

[22] Siehe hierzu *Kühling*, Europäisierung des Datenschutzrechts, S. 32 ff., der die Gefahr einer faktischen Schutznivellierung als Folge der Europäisierung des Datenschutzrechts als eher gering einschätzt.

[23] Dass diese Aussage nicht für alle Bereiche gilt, zeigt diese Untersuchung im Hinblick auf die hier ausgewählten Referenzgebiete, in denen nur wenige verfassungsrechtliche Vorgaben existieren, vgl. hierzu unten, S. 125 ff.; S. 135 ff.; S. 148 ff.

[24] *Kühling*, Die Verwaltung 2011, 525 (526); näher erläuternd *Kühling/Seidel/Sivridis*, Datenschutzrecht, S. 55 f.

dards bedeuten, da dieser jedenfalls über dem gegebenenfalls neu gefundenen Mittelwert liegt. Und genau darin besteht die zumindest theoretisch denkbare Bedrohung des deutschen Datenschutzniveaus durch die europäische Harmonisierung. Diese Arbeit untersucht diese Bedrohung in Bezug auf das Konzept der Einwilligung, indem sie der Frage nachgeht, ob und inwieweit es hinsichtlich der Reichweite, des Stellenwerts und der Anforderungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung Unterschiede zwischen dem Vereinigten Königreich, das exemplarisch als Vergleichsland herangezogen wird, und Deutschland gibt, und wie diese unterschiedlichen Auffassungen gegebenenfalls Niederschlag in einer einheitlichen europarechtlichen Vorgabe finden können, die weder eine individuelle Lockerung noch eine individuelle Verschärfung durch die Mitgliedstaaten erlaubt.[25]

b. Globale Perspektive

In globaler Hinsicht stellt sich die spannende Frage, wie es sich datenschutzrechtlich auswirkt, dass beispielsweise US-amerikanische IT-Unternehmen wie Apple oder Google ihre in den USA präkonfigurierte Hardware auf dem deutschen Markt anbieten, die Nutzer bei der Inbetriebnahme in Datenerhebung und -verarbeitung „einwilligen", und der US-Konzern dann aufgrund seiner voreingestellten Konfiguration des Gerätes gewisse Daten (wie beispielsweise den Aufenthaltsort eines Smartphones[26]) vorbei am deutschen und europäischen Datentschutzrecht, in die USA übermittelt. Gleiches gilt nicht nur für Hardware, sondern auch für Dienstleistungen, die US-amerikanische Anbieter in Deutschland und Europa anbieten, die allerdings eine Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA vorsehen. Eine neue Dimension bekam dieser Aspekt durch die Enthüllungen des Wistleblowers Edward Snowden, der aufdeckte, dass US-amerikanische Geheimdienste wie die NSA im Rahmen des PRISM-Programms Zugriff auf diese Datensammlungen hatten (oder noch haben).[27] Auch diese Gefahren und Einflüsse müssen bei der Frage, ob das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität (noch) tragfähig ist, berücksichtigt werden.

[25] Siehe hierzu unten, S. 158 ff.
[26] Siehe hierzu unten, S. 31 f.
[27] Siehe hierzu unten, S. 28 f.

B. Gang der Untersuchung

Im zweiten Kapitel werden zunächst gewisse Grundmechanismen der datenschutzrechtlichen Einwilligung „vor die Klammer gezogen". Deren Verständnis ist erforderlich, um die nachfolgenden Ausführungen zu verstehen. Hier werden, unabhängig vom Wortlaut bestimmter Regelungen, grundlegendere Aspekte des Konzepts der Einwilligung untersucht: Welche Komponenten weist eine wirksame Einwilligung auf?[28] Welchen Einwirkungen sind diese Komponenten ausgesetzt?[29]

Anschließend wird die datenschutzrechtliche Realität dargestellt, und herausgearbeitet, welche Herausforderungen diese Realität an das Datenschutzrecht stellt (drittes Kapitel). Hierbei wird insbesondere auf drei Gebiete eingegangen, die im Folgenden als Referenzgebiete dienen sollen, um das Konzept der Einwilligung einer konkreteren Prüfung unterziehen zu können: Die Arbeitswelt,[30] der Bereich der Neuen Medien[31] und der Gesundheitsbereich[32].

Das vierte Kapitel widmet sich der Untersuchung des bestehenden Rechtsrahmens. Hierbei wird systematisch anhand der verschiedenen Regelungsebenen vorgegangen: Zunächst wird der inter- und supranationale Rechtsrahmen[33] untersucht, was insbesondere im Hinblick auf die anstehende Novellierung[34] des supranationalen Rahmens in Form der Datenschutzgrundverordnung aufschlussreich ist. Anschließend werden die deutschen Vorschriften und Entscheidungen unter die Lupe genommen, und zwar zunächst das Verfassungsrecht[35] und anschließend das allgemeine Bundes- und Landesrecht,[36] bevor sich den Spezialregelungen der drei Referenzgebiete, also der Arbeitswelt[37], den Neuen Medien[38], und dem Gesundheitsbereich[39], zugewandt wird. Um die eingangs dargestellten Einflüsse von außerhalb angemessen bearbeiten zu können, erfolgt anschließend eine Darstellung des Konzepts der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Vereinigten Königreich[40] und in den Vereinigten Staaten von Amerika[41].

---

[28] Siehe hierzu unten, S. 11 ff.
[29] Siehe hierzu unten, S. 13 ff.
[30] Siehe hierzu unten, S. 22 f.
[31] Siehe hierzu unten, S. 23 ff.
[32] Siehe hierzu unten, S. 34 f.
[33] Siehe hierzu unten, S. 36 ff.
[34] Siehe hierzu unten, S. 50 ff.
[35] Siehe hierzu unten, S. 63 ff.
[36] Siehe hierzu unten, S. 77 ff.
[37] Siehe hierzu unten, S. 125 ff.
[38] Siehe hierzu unten, S. 135 ff.
[39] Siehe hierzu unten, S. 148 ff.
[40] Siehe hierzu unten, S. 158 ff.
[41] Siehe hierzu unten, S. 171 ff.

Im fünften Kapitel werden die offenen Fragen und Probleme, die sich aus der Zusammenschau von Realität und Rechtsrahmen ergeben, herausgearbeitet. Hierbei handelt es sich sowohl um allgemeine Probleme[42] als auch um in den in dieser Arbeit besonders beleuchteten Referenzgebieten jeweils spezifische Probleme[43]. Dargestellt werden sowohl die strukturellen Unzulänglichkeiten[44] als auch Probleme bei der Anwendung des Konzepts in der Praxis[45]. Nach Darstellung der jeweiligen Problematik werden Lösungsvorschläge entwickelt und diskutiert, bevor ein Gesamtlösungsvorschlag vorgestellt wird.

Das sechste Kapitel schließt die Arbeit mit Schlussbetrachtungen ab.

[42] Siehe hierzu unten, S. 192 ff.
[43] Siehe hierzu unten, S. 223 ff.
[44] Siehe hierzu unten, S. 193 ff.
[45] Siehe hierzu unten, S. 210 ff.

Zweites Kapitel

Grundstrukturen der Einwilligung

Bevor im vierten Kapitel für das Konzept der Einwilligung maßgebliche Rechtsrahmen untersucht werden können, sind in diesem Kapitel zunächst einige Grundstrukturen dieses Konzepts zu klären. Ein „vor-die-Klammer-Ziehen" ist deshalb indiziert, weil es sich bei diesen Strukturen um grundlegende Eigenschaften der Einwilligung handelt, die unabhängig von einer konkreten Ausgestaltung durch eine datenschutzrechtliche Vorschrift existieren und sich hieraus allgemeine Grundprobleme ergeben, deren Herausstellung sinnvoll erscheint, bevor der Rechtsrahmen der datenschutzrechtlichen Einwilligung untersucht wird. Es soll in diesem Kapitel also nicht darum gehen, bereits konkrete Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu untersuchen oder zu formulieren, sondern stattdessen auf abstrakterer Ebene die maßgeblichen Komponenten einer Einwilligung herauszustellen.

A. Begriffsdefinition[1]

Vom Wortlaut her beschreibt der Begriff *Einwilligung* zunächst lediglich ein bestimmtes menschliches Verhalten: Der Einwilligende hat einen zustimmenden, erlaubenden Willen gebildet und äußert diesen.[2] Die Willensbildung läuft für die Umwelt unbemerkt ab, sodass die anschließende Äußerung das einzig Messbare ist. Nur ein wahrnehmbares Verhalten kann Rechtsfolgen auslösen,[3] daher kann hierfür nur dieser zweite Schritt, die Willensäußerung[4], maßgeblich sein. Durch sie interagiert der Einwilligende mit der Außenwelt und diese kann

---

[1] Hinsichtlich der verwendeten Begriffe richtet sich diese Arbeit der Einheitlichkeit wegen nach den Begriffsdefinitionen des § 3 Abs. 1 BDSG.

[2] So auch *A. Geiger*, NVwZ 1989, 35 (36).

[3] So jedenfalls nach der objektiven Theorie, bei der es gerade nicht auf die „unerkennbare subjektive ‚Bestimmung' des Verhaltens durch den Erklärenden" ankommt, sondern stattdessen entscheidend ist, „ob der rechtsgeschäftliche Wille unmittelbar aus der auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Sprache (...) oder mittelbar aus anderen Indizien erschlossen werden muss", *Armbrüster*, in: MüKo BGB, Vor § 116 Rn. 6.

[4] Natürlich kann in normativer Hinsicht auch ein Nichtäußern rechtlich relevant sein, jedoch führt dies dann unmittelbar zu der Frage, ob ein gebildeter Wille nur nicht geäußert wird, oder überhaupt kein Wille gebildet wurde. Zur konkreten Ausgestaltung siehe unten, S. 18 ff.

Stichwortverzeichnis