

Anouk Marie Bender

Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen
Einwilligung bei unentgeltlichen
Dienstleistungen im Internet



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	21
A. Motivation und Zielsetzung	22
B. Gang der Untersuchung	23
Erstes Kapitel: Rechtliche Rahmenbedingungen	26
A. Entwicklung des Rechtsrahmens	27
I. Europäische Grundlagen	27
II. Ursprünge deutschen Datenschutzrechts	29
IV. Datenschutzrichtlinie 95/46/EG	31
V. Bundesdatenschutzgesetz von 2001	33
VI. Datenschutz-Grundverordnung	34
VII. Zwischenergebnis	36
B. Datenschutz im technologischen Wandel	37
I. Europäische Rechtsgrundlagen	37
1. ePrivacy-Richtlinie	38
2. ePrivacy-Verordnung	39
III. Deutsche Rechtsgrundlagen	40
III. Zwischenergebnis	41
C. Freiwilligkeit der Einwilligung	42
I. Koppelung	42
1. Regelungsgehalt	43
2. Maßstab für die Erforderlichkeit	46
3. Unentgeltliche Dienstleistungen im Internet	47
a) Monetäre vs. datenfinanzierte Geschäftsmodelle	48
b) Synallagmatische Verknüpfung	49
c) Erforderlichkeit bei datenfinanzierten Geschäftsmodellen	50
d) Unanwendbarkeit der Koppelungsbeschränkung?	52
4. Zwischenergebnis	53
II. Machtungleichgewicht	54
III. Nachteil	56

IV. Bündelung	57
IV. Zwischenergebnis	59
Zweites Kapitel: Datenschutzrechtliche Realität	61
A. Vorgehensweise	62
I. Experteninterviews	63
1. Auswahl der Interviewpartner	63
2. Interviewfragen	64
3. Darstellung der Ergebnisse	65
II. Einwilligungserklärungen im Vergleich	65
1. Auswahl untersuchter Websites	65
2. Darstellung der Ergebnisse	67
III. Themenverwandte Umfragen und Studien	68
1. Kurzvorstellung	68
2. Darstellung der Ergebnisse	70
B. Technischer Hintergrund	70
I. Webtracking	70
1. Identifikatoren	71
a) Cookies	72
b) Fingerprinting	73
c) Browser-Sniffing	73
d) Sound-Beacons	74
2. Cross-Domain-Tracking	74
3. Cross-Device-Tracking	75
4. Social Media Plugins	75
II. Profilbildung	76
III. Onlinewerbung	78
1. Personalisierte Werbung	79
2. Programmatische Werbung	81
3. Erfolgsmessung	82
C. Perspektiven der Praxis	83
I. Vielzahl der Entscheidungen	84
II. Vielfalt der Erklärungen	86
1. Inhaltliche Vielfalt	88
a) Passive Cookie-Banner	88
b) Aktive Cookie-Banner	89
2. Grafische Gestaltung	90
III. Reichweite der Einwilligung	94
1. Komplexität	94

2. Datenschutzkompetenz	98
IV. Mangelnde Alternative	101
1. Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Diensten	101
2. Wahlmöglichkeit innerhalb eines Dienstes	101
D. Fazit	105
Drittes Kapitel: Vereinbarkeit der Praxis mit den rechtlichen Rahmenbedingungen	106
A. Vorgehensweise	107
B. Vielzahl der Entscheidungen	109
I. Verhältnis zwischen den Rechtsgrundlagen	109
1. Vorrang der Einwilligung	110
2. Gleichrangigkeit der Rechtsgrundlagen	110
3. Bewertung	111
II. Rückgriffsmöglichkeiten auf andere Rechtsgrundlagen	112
1. Keine kumulative Anwendung	113
2. Rückgriff unter Einschränkungen	113
3. Sperrwirkung der Einwilligung	115
4. Bewertung	116
III. Zwischenergebnis	117
C. Vielfalt der Erklärungen	117
I. Grundsatz der Datenminimierung	118
II. Datenschutzfreundliche Voreinstellungen	120
1. Vorausgefüllte Ankreuzkästchen	121
2. Sonstige Gestaltungsformen	122
III. Zwischenergebnis	125
D. Reichweite der Einwilligung	126
I. Gebot der Transparenz	126
II. Informierte Entscheidung	128
1. Mehrebenenansatz	129
2. Bildsymbole	130
3. Bewertung	131
III. Zwischenergebnis	132
E. Fehlende Alternativen	132
I. Wahlmöglichkeit zwischen Diensten	133
1. Berücksichtigung alternativer Angebote	133
2. Einbeziehung kartellrechtlicher Wertungen	134
3. Unerheblichkeit alternativer Angebote	135

4. Bewertung	136
II. Wahlmöglichkeit innerhalb eines Dienstes	137
1. Entgeltlicher Alternativzugang	138
a) Zulässigkeit einer entgeltpflichtigen Alternative	138
b) Angemessenheit des Entgelts	142
2. Inhaltliche Differenzierung	144
3. Bewertung	145
III. Zwischenergebnis	146
F. Ausblick auf die ePrivacy-VO	146
G. Fazit	150
Viertes Kapitel: Lösungsvorschlag	153
A. Diskutierte Lösungsvorschläge	153
I. AGB-Kontrolle	154
1. Anwendbarkeit des AGB-Rechts	155
a) Einordnung als AGB	155
b) Einwilligung als Hauptleistungspflicht	157
c) Datenschutz als Prüfungsmaßstab	159
d) Zwischenergebnis	162
2. Stärkung der Freiwilligkeit	163
a) Datenschutzrechtliche Angemessenheitsprüfung	163
b) Eigenständige AGB-Kontrolle	165
c) Zwischenergebnis	167
3. Bewertung	168
II. Zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit	170
1. Gesetzliche Anknüpfungspunkte	170
2. Kritik an der geltenden Rechtslage	171
3. Gestaltungsvorschläge	172
4. Bewertung	173
III. Zeitliche Entkoppelung	176
1. Plädoyer der Befürworter	176
2. Bewertung	177
B. Eigener Lösungsvorschlag	178
I. Subsidiarität	179
1. Begründung	180
2. Vorschlag für die Umsetzung	181
II. Standardformulierung und Gestaltungsvorgaben	182
1. Begründung	183
2. Vorschlag für die Umsetzung	184

III. Bildsymbole	184
1. Begründung	185
2. Vorschlag für die Umsetzung	186
IV. Bezahlalternative	187
1. Begründung	187
2. Vorschlag für die Umsetzung	188
C. Fazit	188
Literaturverzeichnis	193
Sonstige Materialien	203