

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	19
§ 1 Einführung	19
§ 2 Ziel der Arbeit	20
§ 3 Gang der Darstellung	20
Kapitel 1 Das vom Datenschutz geschützte Recht – das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	22
§ 1 Gang der Darstellung	22
§ 2 Informationelle Selbstbestimmung im Grundgesetz	22
A. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Grundgesetz	23
I. Grundkonzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	24
II. Schutzbereich und Schranke	27
III. Objektiv-Rechtliche Dimension	30
B. Direkte Geltung der Grundrechte zwischen Privaten	31
§ 3 Informationelle Selbstbestimmung in der GRCh	34
§ 4 Ein privatrechtliches Recht auf informationelle Selbstbestimmung	36
§ 5 Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen für die weitere Darstellung	37
Kapitel 2 Die Dogmatik der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Zivilrecht	38
§ 1 Gang der Darstellung	38
§ 2 Die unrechtsausschließende Einwilligung als Rechtsfigur im Privatrecht	38
A. Die Einwilligung als einheitliche Rechtsfigur im Zivilrecht	39
B. Die Stufenleiter der Gestattungen	41
C. Bewertung und Folgen für die weitere Abhandlung	42
§ 3 Verfügbare Dispositionsstufen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	44
	7

A. Translative und konstitutive Übertragungen – ein „dingliches“ Datenschutzrecht?	44
I. Praktische Anwendungsfälle dinglicher Datenschutzrechte	46
II. Vorgaben aus dem zugrundeliegenden Rechtsgut	48
1. Dispositionen über und Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten	48
a) Ansichten in der Literatur	50
b) Rechtsprechung des BGH und BVerfG	53
c) Stellungnahme	54
2. Dispositionen über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung?	55
a) Verhältnis zu anderen Persönlichkeitsrechten	55
b) Wesensmerkmal eines dinglichen Rechts	56
aa) Mehrrelationalität personenbezogener Daten	57
bb) Charakteristika dinglicher Rechte	57
(1) Abwehranspruch und Klagebefugnis	59
(2) Sukzessionsschutz	61
(3) Vollstreckungs- und Insolvenzschutz	62
(4) Gesetzliches Schuldverhältnis	63
cc) Zwischenergebnis	64
c) Schutzbedürftigkeit des Betroffenen und Geltung des Abstraktionsprinzips	64
3. Zwischenergebnis	65
III. Einfachrechtliche Vorgaben	66
1. Vorgaben aus dem BDSG	66
2. Vorgaben aus der Datenschutz-Grundverordnung	67
IV. Zwischenergebnis	68
B. Schuldrechtliche Konstruktionen	68
I. Schuldrechtlicher Gestattungsvertrag nach Ohly	69
II. Schuldvertragliche Einwilligung nach Buchner	70
III. Verfügbarkeit im Datenschutzrecht	72
C. Widerrufliche Einwilligung	73
D. Ergebnis	73
§ 4 Die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung	74
A. Überblick	74
B. Meinungsstand	75
I. Literatur	75
II. Rechtsprechung	81
C. Stellungnahme: Rechtsnatur	82
I. Rechtlicher Erfolg	82

II. Rechtsfolgewillen	84
III. Schlussfolgerungen aus der Rechtsnatur	84
§ 5 Ergebnis: Die Dogmatik der Einwilligung	85
 Kapitel 3   Regelungen zur Einwilligung im deutschen und europäischen Recht	 87
§ 1 Gang der Darstellung	87
§ 2 Regelungen zur Einwilligung im geltenden Recht	88
A. Die Anwendungsbereiche der verschiedenen datenschutzrechtlichen Gesetze	88
I. Die zugrundeliegenden europäischen Richtlinien	88
II. Anwendungsbereich des BDSG	90
1. Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von personenbezogenen Daten	90
2. Nicht zu persönlichen oder familiären Zwecken	92
3. Örtliche Anwendbarkeit	93
a) Ausgangslage	94
b) Niederlassung im Inland oder EU-Ausland, § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG	95
c) Ort des Datenumgangs, § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG	95
aa) Datenumgang innerhalb Deutschlands	96
bb) Betroffener innerhalb Deutschlands	97
cc) Normative Auslegung?	98
4. Zusammenfassung	99
III. Anwendungsbereich des TMG und des TKG	100
IV. Sonderfall § 7 UWG	101
1. § 7 UWG als eigenständige wettbewerbsrechtliche Einwilligung?	102
2. § 7 UWG als datenschutzrechtliche Einwilligung	103
3. Entscheidung	104
B. Die Stellung der Einwilligung im Gefüge der Rechtfertigungsgründe	106
§ 3 Datenschutz-Grundverordnung	107
A. Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung	108
I. Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von personenbezogenen Daten	108
II. Ausnahme für persönliche Zwecke	109
III. Räumlicher Anwendungsbereich	110

B. Die Stellung der Einwilligung im Gefüge der Rechtfertigungsgründe in der DS-GVO	112
§ 4 Vergleich Datenschutz-Grundverordnung und geltendes Recht	112
§ 5 Ergebnis	113
Kapitel 4 Die Voraussetzungen der Einwilligung im privatrechtlichen Datenschutz de lege lata sowie unter der Datenschutz-Grundverordnung	115
§ 1 Gang der Darstellung	115
§ 2 Überblick über die Voraussetzungen der Einwilligung	115
A. Geschriebene Voraussetzungen	115
I. Im geltenden Recht	115
II. In der Datenschutz-Grundverordnung	116
III. Zwischenergebnis	116
B. Ungeschriebene Voraussetzungen	117
C. Folgerungen für die weitere Darstellung	117
§ 3 Anforderungen an den Erklärenden	118
A. Einwilligungsfähigkeit	118
I. Geltendes Recht	118
1. Überblick über den Diskussionsstand	119
a) Erkenntnisse...	119
b) ...und Defizite	124
2. Dogmatisches Fundament	126
a) Verfassungsrechtliche Aspekte	126
aa) Die Grundrechtsmündigkeit im Verfassungsrecht	127
bb) Das Zusammenspiel mit dem Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG	130
cc) Zulässigkeit der Rechtsfortbildung im Zivilrecht bei Vorliegen eines Gesetzesvorbehalts	134
b) Dogmatische Anknüpfungspunkt	138
aa) Anknüpfung an bestehende Rechtsnormen	139
(1) Anwendung der Regeln über die Geschäftsfähigkeit	139
(2) Analoge Anwendung bestehender Regelungen über die Selbstbestimmung Minderjähriger	140
(a) Analogie zu § 19 StGB	141

(b) Analogie zu § 828 BGB	142
(c) Analogie zu § 36 SGB	143
(3) Analogie zu § 5 RelKErzG	143
(4) Zwischenergebnis	145
(5) Teleologische Reduktion	
§ 1626 Abs. 1 BGB	146
bb) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	146
(1) Eine pauschale Altersgrenze ohne normative Grundlage?	147
(2) Der individuelle Beurteilungsmaßstab als allgemeiner Rechtsgrundsatz	150
(3) Der individuelle Beurteilungsmaßstab als grundrechtliches Gebot	151
c) Ergebnis: Dogmatisches Fundament	152
3. Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit - §§ 104 ff. BGB	153
a) Erwachsene Geschäftsunfähige	154
aa) Geschäft des täglichen Lebens	155
bb) Erweiternde Auslegung des Merkmals der „Geringwertigen Mittel“	157
cc) Bewirken der Leistung	159
dd) Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen	160
ee) Zwischenergebnis: Geschäftsunfähigkeit	161
b) Beschränkte Geschäftsfähigkeit	162
aa) Ist die datenschutzrechtliche Einwilligung ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft?	163
(1) Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils in der Rechtsprechung und Literatur	164
(2) Lösungsweg eins: Der Vermögenswert der datenschutzrechtlichen Einwilligung	166
(a) Daten als „virtuelle Währung“	166
(b) Die Einwilligung als „quasi-dingliche“ Verfügung	167
(c) Die Aufgabe von Ersatzansprüchen	168
(d) Zwischenergebnis	169
(3) Lösungsweg zwei: Persönlichkeitsrechtseingriffe unter den Begriff des rechtlichen Nachteils fassen	170

(a)	Überblick über die Ansichten in der Literatur	170
(b)	Auslegung nach dem Wortsinn, der Systematik und der Entstehungsgeschichte	172
(c)	Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm	174
bb)	Möglichkeit eines General- und Folgekonsenses	178
cc)	Rechtsfolge einer ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgegebenen Einwilligung	179
dd)	Ergebnis: Die Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften	180
4.	Erweiterung der Geschäftsfähigkeit zur doppelten Einwilligung	181
II.	Einwilligungsfähigkeit in der Datenschutz-Grundverordnung	185
1.	Art. 8 DS-GVO im Überblick	186
2.	Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 DS-GVO	187
a)	Die Auslegung von europäischem Sekundärrecht	189
aa)	Empirische Erkenntnisse?	191
bb)	Grammatikalische Auslegung	192
cc)	Historisch-genetische Auslegung	194
dd)	Systematische Auslegung	195
ee)	Teleologische Auslegung	195
ff)	Rangverhältnis der Methoden und Zwischenergebnis	197
b)	Horizont des Anbietenden oder des Empfängers?	199
c)	„Direkt angebotener Dienst“	200
aa)	Auslegung des Merkmals des „direkt“ angebotenen Dienstes	201
bb)	Auslegung des Merkmals des Anbietens	206
(1)	Ausdrücklich oder konkludent an Kinder gerichtetes Angebot	207
(2)	Ausdrücklicher Ausschluss von Kindern	210
cc)	Zwischenergebnis	211
d)	Art. 8 als allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung aller Erlaubnistatbestände?	212

e)	Ergebnis für Datenverarbeitungen, die in den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 DS-GVO fallen	213
3.	Rechtsfolgen und Dokumentationspflicht Art. 8 DS-GVO	213
a)	Entfallen der legitimierenden Wirkung	214
b)	Terminologie – Einwilligung oder Zustimmung	214
c)	Pflichten des Anbieters	216
aa)	Um sich in solchen Fällen zu vergewissern	216
bb)	„Angemessene Anstrengungen“	217
4.	Allgemeine Regelung zur Einwilligungsfähigkeit	218
a)	Einheitliche Regelung der Einwilligungsfähigkeit durch die DS-GVO?	219
b)	Regelung der Einwilligungsfähigkeit durch die Mitgliedstaaten	219
aa)	Abschließender Charakter der DS-GVO?	221
bb)	Ermächtigungsgrundlage oder Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs?	225
(1)	Grammatikalische Auslegung	227
(2)	Historisch-genetische Auslegung	229
(3)	Systematische Auslegung	232
(4)	Teleologische Auslegung	233
cc)	Zwischenergebnis: Die Auslegung von Art. 8 Abs. 3 DS-GVO	235
5.	Zwischenergebnis: Die Einwilligungsfähigkeit unter der DS-GVO	236
III.	Vergleich derzeitige Rechtslage und DatenschutzGrundverordnung	237
B.	Freie Entscheidung des Betroffenen	237
I.	Im geltenden Recht	237
1.	Disparate Machtverhältnisse	239
a)	Der Einwilligungsausschluss gem. § 28a Abs. 2 S. 4 BDSG	240
aa)	Verfassungsrechtliche Bedenken	240
(1)	Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung	241
(2)	Eingriff in die Privatautonomie	243
(3)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	244
bb)	Europarechtliche Bedenken	247

b) Die freie Entscheidung im Arbeitsverhältnis	249
aa) Freiwilligkeit vor Beginn und nach Ende des Arbeitsverhältnisses	250
bb) Freiwilligkeit während des Arbeitsverhältnisses	251
cc) Zwischenergebnis	254
2. Koppelungsverbot gem. § 28 Abs. 3b BDSG	254
a) Anwendungsbereich	255
b) Anderer Zugang zu gleichwertigen Leistungen	256
c) Nicht in zumutbarer Weise möglich	257
d) Gegenseitig Verträge, bei denen die Hingabe von Daten eine der Hauptleistungspflichten ist	258
3. Willensmängel	260
a) § 119 Abs. 1 BGB – der Erklärungs- und der Inhaltsirrtum	262
b) § 119 Abs. 2 BGB – der Eigenschaftsirrtum	262
c) § 120 BGB – Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung	265
d) § 123 BGB – Anfechtung wegen Drohung oder Täuschung	265
II. Datenschutz-Grundverordnung	266
1. Disparate Machtverhältnisse	266
2. Koppelungsverbot	267
a) Absolutes oder relatives Verständnis?	268
b) Auslegung der Tatbestandsmerkmale	269
c) Umgehung der Einwilligungsvoraussetzungen?	271
3. Willensmängel	272
III. Vergleich der derzeitigen Rechtslage mit der Datenschutz-Grundverordnung und Zusammenfassung	273
§ 4 Anforderungen an den Erklärungsakt	275
A. Derzeitige Rechtslage	275
I. Schriftformerfordernis § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG	275
II. Elektronische Einwilligung i.S.v. § 13 Abs. 2 TMG, § 94 TKG, § 28 Abs. 3a BDSG	279
III. Ausdrückliche, konkludente, stillschweigende und mutmaßliche Einwilligung	281
1. Konkludente Einwilligung	281
a) Die konkludente Einwilligung allgemein	282
aa) Die Zulässigkeit der konkludenten Einwilligung	282



bb) Anforderungen an die konkludente Einwilligung	286
b) Die konkludente Einwilligung in § 7 Abs. 2 UWG	287
aa) Verhältnis UGP- und E-Privacy-RL	289
bb) Vorgaben der E-Privacy-RL	293
cc) Auslegung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG	294
2. Stillschweigende Einwilligung	297
3. Mutmaßliche Einwilligung	298
4. Zwischenergebnis	298
IV. Widerruflichkeit der Einwilligung	299
1. Form der Widerrufserklärung	300
2. Beschränkungen des Widerrufsrechts	301
V. Gestaltungsfragen der Einwilligung	303
1. Einwilligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	304
a) Anwendung der §§ 305 ff. BGB	304
aa) In Zusammenhang mit einem Vertrag	305
bb) Sonstige Voraussetzungen	307
b) Hervorhebungsgebot, § 4a Abs. 1 S. 4 und § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	308
2. Die Problematik Opt-In oder Opt-Out	310
a) Opt-In und Opt-Out im BDSG	312
b) Opt-In und Opt-Out im UWG	314
aa) Auslegung der E-Privacy-RL	314
bb) Auslegung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG	316
cc) Ergebnis	317
c) Opt-In und Opt-Out im TMG	317
B. In der Datenschutz-Grundverordnung	319
I. Formerfordernis	319
II. Widerruf	322
III. Gestaltungsfragen der Einwilligung	323
C. Vergleich der derzeitigen Rechtslage mit der Rechtslage unter der Datenschutz-Grundverordnung	324
§ 5 Anforderungen an den Einwilligungsempfänger:	
Die Informationspflicht	325
A. Geltendes Recht	325
B. Datenschutz-Grundverordnung	327
C. Vergleich der jetzigen Rechtslage mit der Rechtslage unter der Datenschutz-Grundverordnung	328

## *Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 5	Ergebnisse, Empfehlungen und Ausblick	329
§ 1	Das vom Datenschutzrecht geschützte Recht – das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	329
§ 2	Die Dogmatik der datenschutzrechtlichen Einwilligung	330
A.	Die unrechtausschließende Einwilligung als Rechtsfigur im Privatrecht	330
B.	Verfügbare Dispositionsstufen im Datenschutzrecht	330
C.	Die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung	332
§ 3	Regelungen zur Einwilligung im deutschen und europäischen Recht	333
A.	Im geltenden Recht	333
B.	In der Datenschutz-Grundverordnung	333
C.	Reformperspektiven	333
§ 4	Die Voraussetzungen der Einwilligung im privatrechtlichen Datenschutz de lege lata sowie unter der Datenschutz-Grundverordnung	335
A.	Anforderungen an den Erklärenden	335
I.	Einwilligungsfähigkeit	335
1.	Geltendes Recht	335
2.	Datenschutz-Grundverordnung	336
3.	Reformperspektiven	337
II.	Freie Entscheidung des Betroffenen	339
1.	Im geltenden Recht	339
2.	In der Datenschutz-Grundverordnung	340
3.	Reformperspektiven	340
B.	Anforderungen an den Erklärungsakt	341
I.	Derzeitige Rechtslage	341
II.	In der Datenschutz-Grundverordnung	343
III.	Reformperspektiven	343
C.	Anforderungen an den Einwilligungsempfänger: Die Informationspflicht	343
	Literaturverzeichnis	345