

Marlene Voigt

# Die datenschutzrechtliche Einwilligung

Zum Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung  
und ökonomischer Verwertung personenbezogener Daten



**Nomos**

**Schriften zum Medien- und Informationsrecht**

herausgegeben von  
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

**Band 48**

Marlene Voigt

# Die datenschutzrechtliche Einwilligung

Zum Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung  
und ökonomischer Verwertung personenbezogener Daten



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7831-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-2234-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich April 2020 berücksichtigt werden.

Herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Professor Dr. *Boris P. Paal*, M.Jur. (Oxford), für die in jeder Hinsicht hervorragende Betreuung meiner Promotion, für die Aufnahme der Abhandlung in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe sowie für die lehrreiche Zeit am Institut. Ferner danken möchte ich Prof. Dr. *Hanno Merkt*, LL.M. (Univ. of Chicago) für die zügige Zweitbegutachtung und die damit einhergehende Auseinandersetzung mit meiner Arbeit.

Des Weiteren danke ich dem gesamten Lehrstuhlteam für die schöne gemeinsame Zeit sowie für inspirierende Gespräche und Anregungen. Besonders hervorgehoben seien Professor Dr. *Moritz Hennemann*, M.Jur. (Oxford), Dr. *Anne-Sophie Landwers* sowie Dr. *Aron Heidtke*.

Dank gebührt daneben all meinen Freunden und meiner Familie. Insbesondere danken möchte ich *Tim Siebert* für seinen unschätzbaren Rückhalt sowie meinen Eltern, *Matthias Voigt* und *Ursula Schiel-Voigt*, die mich auf meinem Lebensweg stets großzügig und liebevoll unterstützen. Ihnen, denen ich alles verdanke, ist diese Arbeit gewidmet.





## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Kapitel 1: Einleitung	35
A. Einführung	35
B. Ziel der Arbeit	38
C. Gang der Untersuchung	38
Kapitel 2: Grundlagen der Einwilligung	43
A. Die Einwilligung im Zivilrecht	44
I. Die Einwilligung als Ausdruck privatautonomen Handelns	45
II. Anwendungsbereiche der zivilrechtlichen Einwilligung	46
1. Kategorie der Rechtspositionen	47
a. Materielle Vermögensrechte	47
b. Immaterialgüterrechte	48
c. Persönlichkeitsrechte	49
d. Zusammenfassung	51
2. Der Kontext	52
a. Die Einwilligung im Rahmen sozialer Kontakte („simple Einwilligung“)	52
b. Die Einwilligung im rechtsgeschäftlichen Kontext	53
aa. Die Einwilligung als notwendige Voraussetzung („dienende Einwilligung“)	53
bb. Die Einwilligung als synallagmatische Leistungspflicht	54
3. Zusammenfassung	55
III. Wesen der zivilrechtlichen Einwilligung	56
1. Die Rechtsnatur der Einwilligung	56
a. Die Einwilligung nach Zitelmann	57
b. Die Grundsatzentscheidung des BGH (BGH NJW 1959, 811)	58
c. Der Meinungsstand in der Literatur	59
aa. Die Einwilligung als Realakt bzw. rechtsgeschäftsähnliche Handlung	59

*Inhaltsverzeichnis*

bb.	Die Einwilligung als Rechtsgeschäft	60
(1)	Induktive Herleitung nach Kohte	60
(2)	Deduktive Herleitung nach Rosener	61
(3)	Dasch	62
(4)	Ohly	63
d.	Stellungnahme	65
aa.	Die Einwilligung als geschäftsähnliche Handlung oder Realakt	65
bb.	Die Charakterisierung nach der Funktion des Rechtsgeschäfts	66
cc.	Der technische Begriff des Rechtsgeschäfts	66
dd.	Schlussfolgerungen	67
2.	Das Rechtswesen der Einwilligung	68
a.	Die Einwilligung als Erfüllungsakt	69
aa.	Die Einwilligung als pactum de non petendo oder Erlassvertrag	69
bb.	Die Trennung zwischen Schuldvertrag und Einwilligung	71
b.	Die Rechtswirkung der Einwilligung	72
aa.	Die Einwilligung als verfügungsähnlicher Gestattungsvertrag	72
bb.	Die Einwilligung als Verfügung	74
(1)	Die Verfügung als unmittelbare Änderung eines Rechts	75
(2)	Der Verbrauch der Verfügungsmacht	76
(3)	Wirkung gegenüber Dritten	77
c.	Stellungnahme	79
IV.	Zwischenergebnis	80
B.	Die datenschutzrechtliche Einwilligung	81
I.	Die Entwicklung der Einwilligung im Datenschutzrecht	82
1.	Der Erlass des BDSG 1977	82
2.	Die Novellierung des BDSG 1990	83
3.	Die EU-Datenschutzrichtlinie 1995 und die Anpassung des BDSG 2001	84
II.	Hauptkritikpunkte	85
1.	Kernelemente der Einwilligung	85
2.	Kognitive Elemente	86
a.	Informiertheit	86
aa.	Information overload	87
bb.	Verständnisprobleme	89

cc. Rationalitätsdefizite	90
dd. Hieraus folgende Anforderungen an die Informationspflicht	91
b. Einwilligungsbewusstsein	92
aa. Hervorhebungsgebot	93
bb. Opt-Out und Erklärungsbewusstsein	94
3. Voluntative Elemente	96
a. Opt-Out und Freiwilligkeit	96
b. Faktischer Zwang	97
aa. Machtasymmetrie	98
bb. Koppelung von Leistungserbringung und Einwilligung	99
cc. Setzung von übermäßigen Anreizen	100
dd. Folgerungen	100
4. Zwischenergebnis	101
C. Ergebnis	101
Kapitel 3: Die Einwilligungsnormen der DS-GVO	103
A. Die Datenschutz-Grundverordnung	103
I. Ziele	104
II. Wesentliche Neuregelungen	105
1. Marktortprinzip	106
2. Betroffenenrechte	107
3. Pflichten des Verantwortlichen	108
B. Das Einwilligungskonzept der DS-GVO	108
I. Gesetzliche Vorgaben	109
II. Reichweite der einzelnen Vorgaben	110
1. Kognitive Elemente	111
a. Bereitstellende Information	111
aa. „Pflichtinformationen“ (Art. 13 Abs. 1 DS-GVO)	112
bb. Zusätzliche Informationen (Art. 13 Abs. 2 DS-GVO)	113
cc. Bisheriger Meinungsstand	113
(1) Bedarfsabhängige Informationspflicht	113
(2) Zusätzliche Pflichtangaben	114
(3) Folgerungen für die weitere Arbeit	115
dd. Zeitpunkt	116
ee. Ausnahmen	118

*Inhaltsverzeichnis*

b.	Transparenzgebot	118
aa.	Art und Weise	118
bb.	Standardisierte Bildsymbole	119
cc.	Allgemeine Anforderungen	119
c.	Bestimmtheit	120
aa.	Allgemeine Anforderungen	121
bb.	Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls	121
d.	Bisherige Schlussfolgerungen bzgl. der Informationspflicht	122
e.	Form	122
aa.	Allgemeines	123
bb.	Konkludente Einwilligungen	123
cc.	Opt-Out	124
(1)	Meinungsstand bei Erlass der DS-GVO	125
(2)	EuGH Urteil „Planet49“	127
(a)	Ausführungen des EuGH	127
(b)	Interpretation durch die Literatur	128
(3)	Folgerungen für die vorliegende Arbeit	129
dd.	Besondere Formvorgaben bei verknüpften Einwilligungsersuchen	130
(1)	Unterscheidbarkeitsgebot	131
(2)	Inhaltliche Anforderungen	132
(3)	Subjektiver Anknüpfungspunkt	133
(4)	Graphische Anforderungen	134
(5)	Zusammenfassung	134
f.	Bisherige Schlussfolgerungen zur Form	135
2.	Zusammenfassung	135
3.	Voluntative Elemente	136
a.	Koppelungsverbot	136
aa.	Auslegungsmöglichkeiten	137
(1)	Merkmal der Erforderlichkeit	137
(2)	Qualität des Koppelungsverbot	138
(a)	Striktes Koppelungsverbot	139
(b)	Relatives Koppelungsverbot	139
(c)	Absolutes Koppelungsverbot	140
bb.	Bisheriger Meinungsstand	141
(1)	Absolutes und striktes Koppelungsverbot	141
(2)	Koppelungsverbot als (widerlegbare) Regelvermutung	142

(3) Relatives Koppelungsverbot	143
(4) Zusammenfassung	145
cc. Bedeutung für den weiteren Gang der Arbeit	146
b. Machtungleichgewicht	147
aa. Klares Ungleichgewicht	147
bb. Einzelfallbetrachtung	148
c. Verbot von Nachteilen	149
aa. Bloßes Setzen von Anreizen	150
bb. Art des Nachteils	151
cc. Einzelfallbetrachtung	152
d. Granularität der Einwilligungserteilung	152
aa. Notwendigerweise verknüpfte Verarbeitungsvorgänge	153
bb. Problematische Verknüpfungen	154
e. Freie Widerruflichkeit	154
f. Zusammenfassung	157
C. Ergebnis	158
Kapitel 4: Zugrundeliegende Interessen und Rechtspositionen	159
A. Interessenlage	160
I. Datenverarbeiter	160
1. Fallgruppen	160
a. Marketing und Werbung	161
b. Scoring	163
aa. Risikobewertung	164
(1) Kreditscoring	165
(2) Sonstige Risikobewertungen	166
bb. Sonstige Verhaltensvorhersagen	167
c. Produktentwicklung und Unternehmensstrategie	168
d. Datenhändler, Analysten und Auskunftfeien	170
e. Datenfinanzierte Geschäftsmodelle	171
aa. Soziale Netzwerke (Beispiel Facebook)	173
(1) Interaktionsmöglichkeiten auf Facebook	174
(2) Datenerhebung durch Facebook	175
(3) Datennutzung durch Facebook	176
bb. Suchmaschinen (Beispiel Google)	177
(1) Datenerhebung durch Google	177
(2) Datennutzung durch Google	178
cc. Zusammenfassung	178

*Inhaltsverzeichnis*

f. Zwischenergebnis	179
2. Methoden der Datenerhebung	179
a. Analoge Datenerhebung	180
b. Datenerhebung im Online-Umfeld	180
aa. Offene Datenerhebung	180
bb. Verdeckte Datenerhebung – Webtracking	180
(1) Begriff des Webtracking	181
(2) Methoden des Webtracking	182
(3) Cross-Domain-Tracking	183
(4) Cross-Device-Tracking	184
(a) Ubiquitous Computing und Internet of Things	184
(b) Beispiel Smartphone	185
(c) Möglichkeiten des Cross-Device-Tracking	186
c. Zwischenergebnis	187
3. Datenauswertung	187
a. Allgemein	187
b. Data Warehouses	188
c. Big Data und Data Mining	189
aa. Big Data	189
bb. Data Mining	190
4. Interessenlage der Datenverarbeiter und Bedeutung der Einwilligung	191
a. Interesse an umfassender Datennutzung	191
b. Interesse an rechtssicherer Verarbeitungsgrundlage	191
c. Interesse am Vertrauen der betroffenen Person	192
II. Betroffene Person	193
1. Vorteile der Datenverarbeitung für die betroffene Person	193
a. Marketing und Werbung – targeted advertising	194
b. Scoring	194
c. Produktentwicklung	195
d. Datenfinanzierte Geschäftsmodelle	196
e. Weitere Vorteile	196
2. Risiken	197
a. Risiken nach Ansicht des BVerfG	197
aa. Negative Folgen bei Bekanntwerden persönlicher Umstände	198
(1) Druck durch öffentliche Anteilnahme	198
(2) Diskriminierungspotential	199

(3) Bedeutung für die Datenverarbeitung durch Private	199
bb. Verhaltensanpassung	200
(1) Verhaltenssteuernde Wirkung (staatlicher) Datenerhebung	201
(2) Hemmung der freien Entfaltung der Persönlichkeit	202
(3) Bedeutung für die Datenverarbeitung durch Private	203
cc. Bildung von Persönlichkeitsprofilen	204
(1) Persönlichkeitsprofile und Menschenwürde	205
(2) Bedeutung für die Datenverarbeitung durch Private	206
dd. Risikoerhöhende Umstände	207
(1) Art der personenbezogenen Daten	207
(2) Informationspermanenz und Risiko der Entkontextualisierung	207
(3) Informationsemergenz und fehlende Kontrollierbarkeit	208
(4) Informationskonvergenz	209
ee. Zusammenfassung	209
b. Risiken nach Ansichten der Literatur	210
aa. Unterschiedliche Bewertung der Risikoanalyse des BVerfG	210
(1) Persönlichkeitsprofil	210
(a) Vereinbarkeit mit der Menschenwürde	211
(b) Unvereinbarkeit mit der Menschenwürde	212
(c) Anwendungsfelder in der Privatwirtschaft	213
(2) Verhaltensanpassung	213
bb. Risikoeinschätzung bei privater Datenverarbeitung	215
(1) Geringere Gefährdungslage bei privater Datenverarbeitung	215
(2) Annahme einer höheren Gefährdungslage	217
c. Risiken am Beispiel ausgewählter Anwendungsfelder	218
aa. Marketing und Werbung	219
(1) Targeted advertising	219
(2) Personal pricing	220

*Inhaltsverzeichnis*

(3) Zusammenfassung	222
bb. Kreditscoring	222
(1) Fehlerhafte Datengrundlage	223
(2) Fehlerhafte Information	225
(3) Diskriminierung	226
cc. Einordnung in die Risikotypisierungen des BVerfG	226
(1) Verhaltensanpassung	226
(2) Menschenwürde	228
d. Zusammenfassung	228
e. Stellungnahme	229
aa. Daten(schutz)recht als Risikorecht	229
bb. Datenschutz als Vorfeldschutz	230
cc. Grenzen der Datenverarbeitung als rechtspolitische Frage	231
III. Ergebnis: Interessen und Risiken	232
1. Datenverarbeiter	232
a. Datenerhebung und -Verwendung	233
b. Interessenlage	233
2. Betroffene Person	234
a. Positive Effekte für die betroffene Person	234
b. Risiken für die betroffene Person	234
c. Daten(schutz)recht als Wirtschaftsrecht und Vorfeldschutz	235
B. Primärrechtliche und verfassungsrechtliche Grundlage	235
I. Grundrechtliche Dimension	235
1. Datenverarbeiter	236
a. Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit	237
b. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit	238
2. Betroffene Person - Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – Recht auf informationelle Selbstbestimmung	239
a. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	240
b. Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Rspr. des BVerfG	241
c. Die Bedeutung der Einwilligung	242
aa. Die Einwilligung als Grundrechtsausübung	243
bb. Voraussetzungen	245
(1) Freiwilligkeit	245
(2) Grenzen der Dispositionsbefugnis	246
(a) Art. 1 GG als Einwilligungsschranke	247



(aa) Rspr. des BVerwG	247
(bb) Auffassung der Literatur	248
(cc) Stellungnahme	249
(b) Bedeutung für die Einwilligung	250
cc. Folgerungen	251
3. Bedeutung mit Blick auf DS-GVO	251
a. Anwendungsvorrang des EU-Rechts	251
aa. Der Anwendungsvorrang aus Sicht des EuGH	252
bb. Der Anwendungsvorrang aus Sicht des BVerfG	252
b. Bedeutung für die Anwendbarkeit nationaler Grundrechte	254
aa. Vereinbarkeit mit den Grundrechten und Prüfungskompetenz	254
bb. Bedeutung für die Auslegung von EU-Recht	256
II. Primärrechtliche Dimension	257
1. Die Europäische Charta der Grundrechte	257
a. Die besondere Bedeutung der EMRK	258
b. Sonstige Auslegungsgrundsätze	259
2. Datenverarbeiter – wirtschaftliche Betätigungsfreiheit	259
a. Verhältnis von Art 15 und 16 GRCh	260
b. Geschützte Tätigkeiten	262
c. Bedeutung für Datenverarbeitende Private	264
3. Betroffene Person – Recht auf Achtung des Privatlebens und Recht auf Datenschutz	264
a. Art. 8 EMRK	265
b. Entwicklung der Rspr. des EuGH	267
c. Grundrechtecharta	267
aa. Abgrenzung	268
(1) Art. 16 AEUV und Art 8 GRCh	268
(2) Art. 8 GRCh und Art. 7 GRCh	269
bb. Schutzzumfang des Art. 8 GRCh	272
(1) Schutzbereich	274
(2) Eingriff und Rechtfertigung	276
(a) Eingriff	276
(b) Rechtfertigung	277
(aa) Vorgaben des Art. 52 Abs. 1 GRCh	278
(bb) Vorgaben des Art. 8 Abs. 2 und 3 GRCh	279
cc. Schutzzumfang des Art 7 GRCh	280

*Inhaltsverzeichnis*

dd. Die Einwilligung im Bereich der Art. 7, 8 GRCh	280
(1) Voraussetzungen	281
(2) Die Einwilligung als Grundrechtsausübung	282
(a) Vorgaben des Art. 8 GRCh	284
(b) Wertungen des Art. 7 GRCh	285
(aa) Selbstbestimmung i.R.d. Art. 8 EMRK	285
(bb) Selbstbestimmung i.R.d. Art. 7 GRCh	287
(c) Folgerungen für die Einwilligung	287
III. Ergebnis: Betroffene Grundrechtspositionen	288
 Kapitel 5: Auslegung	 290
 A. Umfang der Informationspflicht	 290
I. Notwendigkeit der Differenzierung	292
II. Auslegung	293
1. Wortlaut	293
2. Systematik	295
3. Historie und Genese	296
a. Historie	296
aa. Art. 10 und 11 DS-RL	297
bb. Bedeutung für die Auslegung	298
cc. Schlussfolgerung	300
b. Genese	300
aa. Kommissionsentwurf und Parlamentsentwurf	300
bb. Ratsentwurf	302
cc. Bedeutung der Entwurfsfassungen für die Auslegung	302
dd. Schlussfolgerung	304
c. Erwägungsgründe	305
aa. ErwGr 60 DS-GVO	305
bb. Unterteilung der bereitzustellenden Angaben	306
cc. Berücksichtigung der besonderen Umstände	306
4. Telos	307
a. Faire und transparente Verarbeitung	307
b. Die einzelnen Angaben nach Art. 13 Abs. 2 DS-GVO	308
aa. Speicherdauer	308

bb.	Hinweis auf Betroffenenrechte	310
	(1) Allgemeine Hinweise	310
	(2) Hinweise im Falle einer einwilligungsbasierten Datenverarbeitung	311
cc.	Hinweis auf evtl. Verpflichtung zur Datenpreisgabe und Folgen der Nichtbereitstellung	312
dd.	Hinweis auf Profiling	313
ee.	Schlussfolgerung	313
c.	Interessenlage und (verhaltens-)ökonomische Implikationen	314
aa.	Interessenlage des Datenverarbeiters	315
bb.	Interessenlage der betroffenen Person	316
	(1) Beschränkte Verarbeitungskapazität	317
	(2) Information overload	317
	(3) Schlussfolgerungen	319
5.	Schlussfolgerungen	320
III.	Folgerungen für die Praxis	320
1.	Allgemein	320
2.	Einwilligung	321
B.	Einwilligung durch Opt-Out	323
I.	Auslegung	323
1.	Wortlaut	324
2.	Systematik	325
3.	Historie & Genese	326
a.	Historie	327
b.	Genese	327
c.	Erwägungsgründe	329
aa.	ErwGr 32 DS-GVO	329
bb.	Anhaltspunkte in sonstigen Erwägungsgründen	331
4.	Telos	332
a.	Einwilligungsbewusstsein als Voraussetzung personeller Selbstbestimmung	332
b.	Verhaltensänderung als Anknüpfungspunkt	333
c.	Interessenlage	334
aa.	Interessenlage des Datenverarbeiters	335
bb.	Interessenlage der betroffenen Person	335
	(1) Verhaltensökonomische Betrachtung	336
	(a) Präferenzlosigkeit	336
	(b) Fahrlässigkeit	337

*Inhaltsverzeichnis*

(aa) Unbewusste Einwilligungserklärung	337
(bb) Rechtliche Würdigung	338
(c) Beschränkte Rationalität	339
(aa) Framing	339
(bb) Framing durch Opt-Out	340
(cc) Rechtliche Würdigung	342
(dd) Schlussfolgerungen	343
(2) Grundrechtliche Implikationen	344
cc Schlussfolgerungen	345
5. Zwischenergebnis	345
II. Folgerungen für die Praxis	345
C. Koppelungsverbot	346
I. Auslegung	346
1. Wortlaut	347
2. Systematik	348
a. Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO	348
b. Digitale Inhalte-Richtlinie	349
3. Historie und Genese	350
a. Historie	350
b. Genese	350
aa. Vorschlag des europäischen Parlaments	351
bb. Vorschlag des Rates	351
cc. Bedeutung für die endgültige Fassung	352
c. Erwägungsgründe	353
aa. ErwGr 43 S. 2 Alt. 2 DS-GVO	354
bb. Sonstige Erwägungsgründe	355
4. Telos	356
a. Der Begriff des freien Willens	356
aa. Allgemeiner Sprachgebrauch	356
bb. Juristische Begrifflichkeit	357
b. Die Existenz des freien Willens	358
aa. Erkenntnisse der Neurowissenschaften	358
bb. Bedeutung für die Rechtswissenschaften	359
(1) Strafrecht	359
(2) Zivilrecht	361
(3) Zwischenfazit	363
cc. Bedeutung für den datenschutzrechtlichen Freiheitsbegriff	363
(1) Abwehr äußerer Einflussnahme	364

(2) Qualität der Einflussnahme	365
dd. Bedeutung für das Koppelungsverbot	365
c. Interessenlage und Grundrechtsimplikationen	366
aa. Datenverarbeiter	367
bb. Betroffene Person	368
cc. Schlussfolgerungen	369
5. Zwischenergebnis	370
II. Kriterien für die Freiwilligkeitsprüfung	370
1. Eingrenzung auf „nicht erforderliche Daten“	371
a. Datenfinanzierte Angebote	371
b. Kalkulationsgrundlage	373
2. Freiwilligkeitsrelevante Aspekte	373
a. Relevanz der Leistung für die betroffene Person	374
b. Zumutbare Alternative	374
3. Zwischenfazit	377
D. Auslegungsergebnis	378
Kapitel 6: Bewertung	379
A. Auswirkungen und Bewertung	380
I. Datenverarbeiter	380
1. Allgemein	380
2. Exkurs: Dienst gegen Daten	381
a. Zivilrechtliche Einordnung	382
aa. Vertragsverhältnis	383
bb. Verhältnis der Leistungspflichten	384
cc. Vertragstyp	386
b. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit	386
aa. Verkehrsfähigkeit personenbezogener Daten	387
(1) Kommerzialisierung der Persönlichkeit	387
(2) Disposition durch Einwilligung	388
bb. Reichweite der Disposition	389
c. Voraussetzungen der Einwilligung als Leistung der betroffenen Person	390
aa. Informationspflichten	391
bb. Freiwilligkeitsgebot	392
(1) Machtungleichgewicht	393
(2) Koppelungsverbot	394
(a) Beispiel soziales Netzwerk	395

*Inhaltsverzeichnis*

(b)	Fehlende Konturenschärfe des Koppelungsverbots	395
cc.	AGB-Kontrolle	397
(1)	Kontrollumfang	398
(2)	Transparenzkontrolle	400
(a)	Globaleinwilligungen	401
(b)	Fehlende Kenntlichmachung der Einwilligung als Hauptleistungspflicht	402
d.	Leistungsstörungen	403
aa.	Fehlerhafte Einwilligungsgestaltung durch den Verantwortlichen	403
(1)	Treu und Glauben – § 242 BGB	405
(2)	Eingrenzung der Leistungspflicht	406
(3)	Dispositiver Charakter des § 326 Abs. 1 BGB	406
(4)	Zwischenfazit	407
bb.	Pflichtverletzungen	407
(1)	Widerruf als mögliche Pflichtverletzung	408
(a)	Parallel existierendes vertragliches Recht zur Vertragsauflösung	409
(b)	Sonstige Vertragsgestaltungen mit Dauerschuldcharakter	410
(c)	Verträge mit punktuellm Leistungsaustausch	411
(d)	Folgerungen	412
(2)	Nichtleistung	414
(a)	Durchsetzbarkeit im Wege der Zwangsvollstreckung	414
(b)	Unvollkommene Verbindlichkeit bzw. einseitig verpflichtender Vertrag	416
(c)	Rechtsfolgen schuldhafter Leistungsverweigerung	417
(aa)	Ausschluss der Naturalrestitution	417
(bb)	Problem der Wertermittlung	418
(3)	Schlechtleistung	420
(4)	Zusammenfassung	422
(5)	Praxisrelevanz	423
e.	Ausweichen auf gesetzliche Verarbeitungsgrundlage	424
aa.	Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO	424
(1)	Abgrenzungskriterien	425
(2)	Folgerungen für datenfinanzierte Angebote	427

bb. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO – Überwiegende Interessen	428
(1) Interessenabwägung	428
(2) Folgerungen für datenfinanzierte Angebote	429
(a) Hohes Maß an Rechtsunsicherheit bei Fehlbewertung	430
(b) Gesetzlich limitierte Datenverarbeitung	432
f. Schlussfolgerungen	432
3. Zwischenergebnis Datenverarbeiter	434
II. Betroffene Person	435
1. Kognitive Elemente	436
a. Information overload	436
aa. Umfang der Informationserteilung	436
bb. Unschärfe der Information	438
b. Rationalitätsdefizite	439
aa. Cognitive bias	439
bb. Cognitive bias bei der Risikobewertung einer Datenverarbeitung	440
(1) Availability heuristic	440
(2) Unrealistic optimism	441
(3) Zeitabhängigkeit, Datenaggregation und peanuts effect	442
cc. Cognitive bias durch äußere Darstellungen – Opt-Out als Framing	443
c. Zwischenergebnis Kognitive Elemente	444
aa. Unzusammenhängende Vielzahl von Einzelinformationen	445
bb. Unterstützende Visualisierung als ergänzende Pflicht	446
2. Voluntative Elemente	447
a. Fallgruppen typischer Freiwilligkeitsgefährdungen	447
aa. Freiwilligkeitsvoraussetzungen der DS-GVO	448
bb. Vergleich zur bisherigen Rechtslage	448
(1) Fallgruppen nach dem BDSG a.F.	449
(2) Vergleich	450
b. Privacy paradox	451
aa. Besonderheiten personenbezogener Daten	452
bb. Spieltheoretische Erklärung	453
c. Zwischenergebnis: Voluntative Elemente	455

*Inhaltsverzeichnis*

3. Zusammenspiel mit anderen Vorschriften der DS-GVO	456
a. AGB-Prüfung	456
aa. Potential der AGB-Prüfung	457
bb. AGB-Prüfung und informationelle Selbstbestimmung	458
b. Sonstige Datenschutzgrundsätze der DS-GVO	459
c. Verstärkte Vollzugsmöglichkeiten	460
4. Zwischenergebnis betroffene Person	460
III. Ergebnis	461
B. Alternativkonzept	462
I. (Inhaltliche) Beschränkung der Einwilligungsmöglichkeit	462
1. (Teil-)Ausschluss der Einwilligung	462
a. Vorwurf des Paternalismus	463
b. Stellungnahme	464
aa. Rechtfertigung einer Schmälerung des Anwendungsbereichs datenschutzrechtlicher Einwilligungen	464
(1) Schutz der betroffenen Person	464
(2) Schutz Dritter	466
(a) Mehrrelationalität von Daten	466
(b) Personenbezogene Daten als öffentliches Gut in Zeiten von Big Data	468
(c) Folgerungen	469
bb. Praktische Umsetzbarkeit	470
2. Objektivierter Interessensprüfung	471
3. Schlussfolgerungen	472
II. Neuordnung der Legitimationsgrundlagen	472
1. Bisherige Rechtslage: Alternativität der Verarbeitungsgrundlagen	473
2. Klassischer Vorschlag: Exklusivität der Einwilligung (als primärer Verarbeitungsgrundlage)	474
3. Alternativer Vorschlag: Subsidiarität der Einwilligung	475
a. Vorzüge	476
b. (Praktische) Umsetzbarkeit	478
4. Schlussfolgerungen	480
III. Weitere Instrumentarien	481
1. Informiertheit	481
2. Freiwilligkeit	483
a. Zeitliche Entkoppelung von Vertragsschluss und Einwilligung	483



*Inhaltsverzeichnis*

b. Beschränkung der zeitlichen Wirksamkeit	484
IV. Ergebnis	487
Kapitel 7: Schlussbetrachtung	489
Literaturverzeichnis	497
Sonstige Materialien	525



## Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
a.A./A.A.	andere Ansicht
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für civilistische Praxis
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
AfP	Archiv für Presserecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
allg.	allgemein/allgemeines/allgemeine/allgemeiner
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bearb.	Bearbeiter
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechung
Begr.	Begründer/Begründung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt

*Abkürzungsverzeichnis*

BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung BGH in Zivilsachen
BIUZ	Biologie in unserer Zeit
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Bsp.	Beispiel/Beispiele
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater
CR	Computer und Recht
ANA	Datenschutznachrichte
DB	Der Betrieb
DI-RL	Digitale-Inhalte-Richtlinie
digit.	Digitale/digitaler/digitales
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DS	Datenschutz
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DS-GVO(EP)	Zweiter Entwurf der DS-GVO durch das Europ. Parlament
DS-GVO(KOM)	Erster Entwurf der DS-GVO durch die Kommission
DS-GVO(Rat)	Dritter Entwurf der DS-GVO durch den Rat
DS-RL	Datenschutz-Richtlinie

DSB	Datenschutz-Berater
dsbzgl.	diesbezüglich
DSK	Datenschutzkonferenz
DSR	Datenschutzrecht
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVB1	Deutsche Verwaltungsblätter
EDSA	Europäischer Datenschutzausschuss
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Reporter
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
ErwGr	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuG	Europäischer Gerichtshof erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
europ.	Europäische/europäischer/europäisches
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgend
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

*Abkürzungsverzeichnis*

gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der EU
GRCh	EU-Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	GRUR-Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR Int	GRUR International
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HB	Handbuch
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.Erg.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.R.d.	im Rahmen des/im Rahmen der
i.R.e.	im Rahmen einer/im Rahmen eines
i.S.d.	im Sinne des/im Sinne der
i.V.m.	in Verbindung mit
i.Z.m.	in Zusammenhang mit
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
InTer	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
ITRB	Der IT-Rechtsberater
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Kommission	Europäische Kommission
krit.	kritisch
KUG	Kunsturhebergesetz
LG	Landgericht
lit.	littera/Buchstabe
MarkenG	Markengesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
mind.	mindestens
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m.v.B.	mit vielen Beispielen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschau
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
NK	Zeitschrift Neue Kriminalpolitik
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
o.ä.	oder ähnliche/oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht

*Abkürzungsverzeichnis*

PatG	Patentgesetz
PinG	Privacy in Germany
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RegBegr.	Regierungsbegründung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
sog.	sogenannt/sogenannte/sogenanntes
sonst.	sonstiges
st.	Ständige
str.	strittig
StGB	Strafgesetzbuch
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
Überbl.	Überblick
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
Verf.	Verfasser



VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
WP	Working Paper
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.Bsp.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfpW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNeuropsych	Zeitschrift für Neuropsychologie
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend

