

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einleitung	1
§ 1 <i>Einführung: Personenbezogene Daten als „Zahlungsmittel“ in der digitalen Gesellschaft</i>	1
§ 2 <i>Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	7
Teil 1: Grundlagen datenfinanzierter Geschäftsmodelle	27
Kapitel 1: Datenfinanzierte Geschäftsmodelle – Erscheinungsformen und Interessenlage	29
§ 3 <i>Praktische Erscheinungsformen datenfinanzierter Geschäftsmodelle</i>	29
§ 4 <i>Interessenlage der Beteiligten</i>	36
Kapitel 2: Regulatorische Rahmenbedingungen datenfinanzierter Geschäftsmodelle	50
§ 5 <i>Grundrechtliche Ausgangspunkte: Informationelle Selbstbestimmung und Vertragsfreiheit</i>	50
§ 6 <i>Datenschutzrechtliche Regulierung</i>	62
§ 7 <i>Vertragsrechtliche Regulierung</i>	76
Kapitel 3: Vertragliche Bindung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	93
§ 8 <i>Der Vertragsschluss in datenfinanzierten Geschäftsmodellen</i>	93
§ 9 <i>Die Wirksamkeit von Verträgen in datenfinanzierten Geschäftsmodellen</i>	98

Kapitel 4: Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Grundlage der Datenverarbeitung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	114
§ 10 Die Bedeutung der datenschutzrechtlichen Einwilligung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	114
§ 11 Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung	162
§ 12 Das Recht zum Widerruf der Einwilligung	185
§ 13 Die datenschutzrechtliche Einwilligung auf der „Stufenleiter der Gestattungen“	191
Kapitel 5: Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen	216
§ 14 Das Verhältnis zwischen datenschutzrechtlicher Einwilligung und Schuldvertrag im unionsrechtlichen Regelungsrahmen	216
§ 15 Die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand	234
§ 16 Zusammenfassung zu Teil 1	276
Teil 2: Informationelle Freiheit und Selbstbestimmung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	277
Kapitel 6: Die Freiwilligkeit der Einwilligung in Vertragsverhältnissen	279
§ 17 Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung	280
§ 18 Freiwilligkeitsrelevante Umstände in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	308
§ 19 Vorschlag eines Modells zu Bestimmung der Freiwilligkeit in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	368
§ 20 Zwischenergebnis zu Kapitel 6	384
Kapitel 7: Individuelle Information und Missbrauchsschutz als Maßnahmen zur Förderung informationeller Freiheit	386
§ 21 Exponierte Information des Betroffenen	387
§ 22 Komplexitätsreduktion in der Informationsdarstellung	399
§ 23 Reichweitenbegrenzung der datenschutzrechtlichen Einwilligung	420
§ 24 Zwischenergebnis zu Kapitel 7	437

Teil 3: Vertragsbindung und -äquivalenz in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	439
Kapitel 8: Das Recht zum Widerruf der Einwilligung als (potenzielle) Störung der Vertragsbindung und -äquivalenz . . .	441
§ 25 Das Recht zum Widerruf der Einwilligung als datenschutzrechtlich zwingendes Recht	442
§ 26 Beschränkungen des Rechts zum Widerruf auf Grundlage vertraglicher Disposition und Bindung	454
Kapitel 9: Mechanismen zur Erhaltung der Vertragsäquivalenz	488
§ 27 Vertragsrechtliche Implikationen des Einwilligungswiderrufs	488
§ 28 Instrumente zur Erhaltung der Vertragsäquivalenz	514
§ 29 Zwischenergebnis zu Kapitel 9	538
Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussbetrachtung . . .	541
§ 30 Die Grundlagen datenfinanzierter Geschäftsmodelle	541
§ 31 Informationelle Freiheit und Selbstbestimmung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	543
§ 32 Vertragsbindung und -äquivalenz in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	548
§ 33 Schlussbetrachtung	551
Literaturverzeichnis	555
Sachregister	599

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einleitung	1
<i>§ 1 Einführung: Personenbezogene Daten als „Zahlungsmittel“ in der digitalen Gesellschaft</i>	 1
<i>§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	 7
I. Ausgangspunkt: Fragmentäre Regulierungsstrukturen des Austausches „Dienst gegen Daten“	 8
II. Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Vertragsgegenstand . . .	14
1. Vertragliche Bindung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen . . .	15
2. Streit über den maßgeblichen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand	 15
3. Die Diskussion über die Zulässigkeit „qualifizierter Einwilligungsvarianten“	 16
4. Das Verhältnis zwischen Einwilligung und Schuldvertrag	17
5. Vertragliche Ausgestaltung des Austausches „Dienst gegen Daten“	17
III. Selbstbestimmung und Freiwilligkeit der Einwilligung	18
1. Die umstrittene Auslegung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	20
2. Fehlende Systematisierung der Beurteilung der Freiwilligkeit in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	 20
3. Versagen des datenschutzrechtlichen Informationsmodells im Kontext datenfinanzierter Dienste	 22
4. Inhaltskontrolle datenschutzrechtlicher Einwilligungen	22
IV. Einwilligungswiderruf und Vertragsbindung	23
1. Begrenzung des Rechts zum Widerruf der Einwilligung	23
2. Vertragsrechtliche Folgen des Einwilligungswiderrufs und Wahrung der Vertragsäquivalenz	 24
V. Gang der Untersuchung	25

Teil 1: Grundlagen datenfinanzierter Geschäftsmodelle 27

Kapitel 1: Datenfinanzierte Geschäftsmodelle –
Erscheinungsformen und Interessenlage 29

§ 3 Praktische Erscheinungsformen datenfinanzierter Geschäftsmodelle 29

I. Vollständig datenfinanzierte Geschäftsmodelle 31

II. Freemium-Modelle 32

III. Rabattmodelle 34

IV. Data on top-Modelle 35

§ 4 Interessenlage der Beteiligten 36

I. Interessenlage der Nutzer datenfinanzierter Geschäftsmodelle 36

1. Individuelle Vorteile der Nutzung datenfinanzierter Dienste 36

2. Die Risiken datenfinanzierter Geschäftsmodelle 38

a) Verarbeitungsrisiken und ihre (potenziellen) Folgen
für den Betroffenen 38

b) Strukturelle Unterlegenheit des Nutzers 41

c) Informations- und Rationalitätsdefizite des Betroffenen 42

II. Interessenlage der Anbieter datenfinanzierter Geschäftsmodelle . . . 45

1. Ökonomische Interessen 46

2. Reputationsbezogene Interessen 49

Kapitel 2: Regulatorische Rahmenbedingungen
datenfinanzierter Geschäftsmodelle 50

§ 5 Grundrechtliche Ausgangspunkte: Informationelle Selbstbestimmung
und Vertragsfreiheit 50

I. Das „Datenschutzgrundrecht“ des Art. 8 EU-GRCh 50

1. Die abwehrrechtliche Dimension des Datenschutzgrundrechts . . . 52

a) Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EU-GRCh 52

b) Die Legitimation von Einschränkungen des Schutzbereiches . . 54

c) Die (mittelbare) Wirkungsdimension des Grundrechts 56

2. Objektiv-rechtliche Gewährleistungen des Art. 8 EU-GRCh 58

II. Die Vertragsfreiheit 59

§ 6 Datenschutzrechtliche Regulierung 62

I. Der Anwendungsbereich der DS-GVO 63

1. Der sachliche Anwendungsbereich 63

2. Der räumliche Anwendungsbereich 66

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XV
a) Das Niederlassungsprinzip	67
b) Das Marktortprinzip	68
II. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	70
III. Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	70
1. Der Erlaubnisvorbehalt des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO als Grundlage des regulatorischen Schutzkonzepts	71
2. Privilegierungsfeindlichkeit des Erlaubnisvorbehaltes	74
<i>§ 7 Vertragsrechtliche Regulierung</i>	76
I. Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen	76
1. Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen	78
a) „Digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“	78
b) Abgrenzung zum Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2019/771	81
2. Die Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher	82
3. Die Zahlung eines Preises durch den Verbraucher in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	83
4. Die Umsetzung der DID-RL im BGB	84
II. Vorgaben des allgemeinen Verbraucherschutzes	85
1. Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbraucherrechte- Richtlinie und der §§ 312 ff. BGB	86
2. Verbraucherrechtliche Widerrufsrechte	88
a) Ausschluss des Widerrufsrechts bei vollständiger Erbringung einer Dienstleistung	89
b) Ausschluss des Widerrufsrechts bei der Bereitstellung datenträgerloser digitaler Inhalte	90
c) Rechtsfolgen des Verbraucherwiderrufs	91
 Kapitel 3: Vertragliche Bindung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	 93
<i>§ 8 Der Vertragsschluss in datenfinanzierten Geschäftsmodellen</i>	93
I. Registrierungspflichtige Angebote	95
II. Registrierungsfreie Angebote	96

§ 9 Die Wirksamkeit von Verträgen in datenfinanzierten
Geschäftsmodellen 98

I. Vereinbarkeit von Verträgen über die Verarbeitung personenbezogener
Daten mit dem Datenschutzgrundrecht 99

1. Die Rechtsauffassung des *EDSB* und ihre möglichen Konsequenzen 101

2. Die Reaktion des Unionsgesetzgebers 103

3. Keine Beschränkung der Vertragsfreiheit durch das
Datenschutzgrundrecht 104

a) Die Invalidität des Organhandelsvergleichs im Lichte
der EU-GRCh 104

b) Kein Verbot von Verträgen über die Verarbeitung
personenbezogener Daten auf Grundlage von Art. 8 Abs. 2
EU-GRCh 105

II. Keine Begrenzung der Vertragsfreiheit durch die DS-GVO 106

1. Keine vertragliche Nichtigkeitsanordnung durch die DS-GVO
in Bezug auf datenfinanzierte Geschäftsmodelle 107

2. Keine vertragsrechtliche Begrenzung der Einwilligung
im Schuldvertrag durch die DS-GVO 109

a) Das Recht zum Widerruf der Einwilligung gem. Art. 7 Abs. 3
DS-GVO 109

b) Das „Kopplungsverbot“ des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO 110

III. Keine Nichtigkeit infolge „algorithmischer Fremdbestimmung“
in datenfinanzierten Geschäftsmodellen 111

Kapitel 4: Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Grundlage
der Datenverarbeitung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen 114

§ 10 Die Bedeutung der datenschutzrechtlichen Einwilligung
in datenfinanzierten Geschäftsmodellen 114

I. Das Binnenverhältnis der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1
DS-GVO 117

II. Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO in datenfinanzierten
Geschäftsmodellen 122

1. Meinungsstand 124

2. Keine Erledigung des Meinungsstreits durch das Inkrafttreten
der DID-RL 128

3. Das Kriterium der „Erforderlichkeit“ als Grenze der
Legitimationswirkung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO 129

a) Das Kriterium der Erforderlichkeit 130

b) Der Bezugspunkt der Erforderlichkeit	132
aa) Die Vertragsfreiheitstheorie	132
bb) Die Kernvertragstheorie	133
cc) Der Vertragskern als maßgeblicher Bezugspunkt der Erforderlichkeit	135
4. Keine Anwendung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	138
a) Die Grenzen der Kernvertragstheorie in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	138
b) Systemwidrige Konsequenzen einer Anwendung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	142
aa) Schutzdefizit vertragsrechtlicher Konzepte	142
bb) Unterlaufen der spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung	144
cc) Limitierung des Anwendungsbereiches der DID-RL	145
c) Eigener Ansatz: Restriktive Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO	145
aa) Bisherige Begründungsansätze und ihre Defizite	146
bb) Ankerpunkte einer restriktiven Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO im Kontext datenfinanzierter Geschäftsmodelle	148
III. Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	150
1. Die Diskussion über die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	151
2. Die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	153
a) Berechtigte Interessen der Verantwortlichen in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	153
b) Die Erforderlichkeit von Datenverarbeitungen	154
c) Die Interessenabwägung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen aa) Die Leitlinien der Abwägung im Allgemeinen	156
bb) Die Abwägung im Kontext datenfinanzierter Geschäftsmodelle	158
IV. Zwischenergebnis	161

<i>§ 11 Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung</i>	162
I. Willensbekundung des Betroffenen	164
1. Das Erfordernis der aktiven Einwilligung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	165
2. Praktische Implikationen	166
II. Inhaltliche Anforderungen	169
III. Subjektive Anforderungen	171
1. Einwilligungsbewusstsein	171
2. Einwilligungsfähigkeit	171
a) Regelungsgehalt und Anwendungsvoraussetzungen des Art. 8 DS-GVO	172
b) Datenfinanzierte Dienste als Dienste der Informationsgesellschaft	173
IV. Informiertheit	175
1. Die Informiertheit des Betroffenen als objektive Anforderung	176
2. Der Inhalt der Information	178
V. Spezifische Anforderungen an die Einwilligung in allgemeinen Geschäftsbedingungen	180
VI. Ergänzende Anwendung mitgliedsstaatlicher Vorschriften	182
<i>§ 12 Das Recht zum Widerruf der Einwilligung</i>	185
I. Die Ausübung des Rechts zum Widerruf der Einwilligung	187
1. Formelle Anforderungen	188
2. Keine materiellen Anforderungen	189
II. Die datenschutzrechtlichen Folgen des Widerrufs	189
III. Die Information über das Widerrufsrecht	190
<i>§ 13 Die datenschutzrechtliche Einwilligung auf der „Stufenleiter der Gestattungen“</i>	191
I. Die „Stufenleiter der Gestattungen“ als Modell zur Systematisierung rechtlicher Gestaltungsformen	192
1. Die Grundzüge der „Stufenleiter der Gestattungen“ im deutschen Zivilrecht	192
2. Entsprechungen der „Stufenleiter der Gestattungen“ im unionalen Rechtsrahmen	193
II. Die Zulässigkeit „qualifizierter Einwilligungsvarianten“ im europäischen Datenschutzrecht	194
1. Translative Rechtsübertragungen im unionalen Datenschutzrecht	196
2. Konstitutive Rechtsübertragungen im europäischen Datenschutzrecht	200

a) Die Diskussion über ausschließliche Datennutzungsrechte . . .	202
b) Einfache Datennutzungsrechte im Regelungsrahmen der DS-GVO	203
c) Die Unvereinbarkeit konstitutiver Datennutzungsrechte mit dem Rechtsrahmen der DS-GVO	204
aa) Der datenschutzrechtliche Einwilligungsbegriff und sekundärrechtliche Lizenzmodelle	204
bb) Systematische Friktionen der Anerkennung einfacher Datennutzungsrechte unter der DS-GVO	208
3. Die Einwilligung als schuldrechtlicher Gestattungsvertrag	208
a) Das Konzept der schuldvertraglichen Einwilligung	209
aa) Die Grundzüge der schuldvertraglichen Einwilligung	210
bb) Kritik am Konzept der schuldvertraglichen Einwilligung	211
b) Schuldrechtliche Gestattung der Datenverarbeitung unter der DS-GVO	212
aa) Der Vorschlag der Öffnung der DS-GVO zugunsten schuldrechtlicher Gestattungen	212
bb) Das Konzept einer schuldrechtlichen Gestattung im Lichte des Einwilligungskonzepts der DS-GVO	213
 Kapitel 5: Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen	216
 <i>§ 14 Das Verhältnis zwischen datenschutzrechtlicher Einwilligung und Schuldvertrag im unionsrechtlichen Regelungsrahmen</i>	216
I. Datenschutzrechtliche Einwilligung und Schuldvertrag als getrennte Rechtsakte	217
II. Die rechtliche Beziehung zwischen Einwilligung und Schuldvertrag – Abstraktions- vs. Kausalprinzip	222
1. Meinungsstand: Abstraktionsprinzip vs. Kausalprinzip	222
2. Grundlagen eines sekundärrechtlichen Abstraktionsprinzips	226
a) Das Risiko der Fragmentierung der Einwilligungs- voraussetzungen auf Grundlage eines Kausalprinzips	226
b) Grundlagen einer Abstraktion in der DID-RL	228
c) Grundlagen einer Abstraktion in der DS-GVO	230
aa) Abstraktion vom nationalen Vertragsrecht nach Art. 8 Abs. 3 DS-GVO	231
bb) Abstraktion im Rahmen der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO	232

cc) Abstraktion im Rahmen des Trennungsgebotes des Art. 7 Abs. 2 DS-GVO	232
dd) Der Durchbrechungsvorbehalt des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	233
III. Zwischenergebnis zu § 14	234
<i>§ 15 Die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand</i>	<i>234</i>
I. (Fehlende) Regulatorische Vorgaben für die Einwilligung als Vertragsgegenstand	236
1. Die Regelung der „Bereitstellung“ personenbezogener Daten durch die DID-RL	236
a) Die Erteilung der Einwilligung als Komponente der „Bereitstellung“ personenbezogener Daten	237
b) Fehlen vertragsrechtlicher Vorgaben in Art. 3 Abs. 1 DID-RL	238
aa) Die Genese des Art. 3 Abs. 1 DID-RL – ein „Entschärfungsprozess“	239
bb) Keine Typisierung eines Synallagmas durch Art. 3 Abs. 1 DID-RL	241
2. Die Regelungen zur „Bereitstellung“ personenbezogener Daten im deutschen Vertragsrecht	243
a) Keine Determinierung der vertragsrechtlichen Einordnung durch die §§ 327 ff. BGB	243
b) Die Grenzen des vertragstypologischen Regelungsmodells des BGB	245
aa) Typengemischte Verträge in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	245
bb) Die Implikationen des § 516a Abs. 1 BGB	246
II. Die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Gegenstand vertraglicher Gestaltungsinstrumente	249
1. Die Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenstand von Leistungspflichten	250
2. Die Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenstand von vertraglichen Bedingungen	252
III. Die Modelle zur dogmatischen Erfassung	253
1. Synallagmatisches Modell	254
a) Grundlagen des Modells	256
b) Modifikationen des Modells	259
aa) Beschränkungen der Klagbarkeit, Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit	260
bb) Synallagmatisches Modell mit Ersetzungsbefugnis	262

c) Vereinbarkeit mit vertragsrechtlichen Vorgaben	263
2. Konditionale Modelle	264
a) Schuldrechtliches Konditionalmodell	264
aa) Grundlagen des Modells	265
bb) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der §§ 327 ff. BGB	267
b) Einwilligungsakzessorisches Konditionalmodell	267
aa) Grundlagen des Modells	269
bb) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der §§ 327 ff. BGB	269
3. Realvertragsmodell	270
a) Grundlagen des Modells	270
b) Vereinbarkeit mit vertragsrechtlichen Vorgaben	272
aa) Die Zulässigkeit realvertraglicher Gestaltungen	272
bb) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der §§ 327 ff. BGB	274
4. Der Ausschluss kausaler Leistungsverknüpfungen	274
IV. Zwischenergebnis zu § 15	275
§ 16 Zusammenfassung zu Teil 1	276

Teil 2: Informationelle Freiheit und Selbstbestimmung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	277
---	-----

Kapitel 6: Die Freiwilligkeit der Einwilligung in Vertragsverhältnissen	279
--	-----

§ 17 Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung	280
---	-----

I. Freiwilligkeit als Resultat einer gesamtkontextuellen Betrachtung . .	281
1. Die Vorgaben der Erwägungsgründe 42 und 43 DS-GVO	281
2. Die Voraussetzungen einer „echten und freien Wahl“ des Betroffenen	282
a) Abwesenheit von Zwang	282
b) Abwesenheit freiwilligkeitsausschließender Nachteile	283
c) Abstrakte Zwangslagen	284
II. Die Kopplungsregelung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	285
1. Die <i>ratio legis</i> des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	286
2. Die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO . . .	287
a) Einwilligung in eine nicht zur Erfüllung des Vertrages erforderliche Datenverarbeitung	288
b) Vorliegen einer Kopplungslage	289
3. Der Streit über die Rechtsfolge des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	291

a) Überblick über den Meinungsstand	291
aa) „Absolutes“ Kopplungsverbot	291
bb) Widerlegbare Vermutung der Unfreiwilligkeit	293
cc) Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als Berücksichtigungsgebot	294
dd) Die <i>Meta Platforms Inc/Bundeskartellamt</i> -Entscheidung des EuGH	295
b) Die Einordnung von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als Berücksichtigungsgebot	297
aa) Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als absolutes Kopplungsverbot	297
(1) Die Genese des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	297
(2) Die Bedeutung von ErwGr. 43 S. 2 DS-GVO bei der Auslegung	298
(3) Implikationen für die Bedeutung der Einwilligung und den Anwendungsbereich der DID-RL	299
(4) Primärrechtliche Erwägungen	302
bb) Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als Vermutungsregelung	303
(1) Die Wertung des ErwGr. 43 S. 2 DS-GVO	304
(2) Systematischer Vergleich des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO mit sekundärrechtlichen Vermutungsregelungen	305
cc) Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als Berücksichtigungsgebot	307
4. Implikationen für datenfinanzierte Geschäftsmodelle	307
 <i>§ 18 Freiwilligkeitsrelevante Umstände in datenfinanzierten Geschäftsmodellen</i>	
I. Freiwilligkeitsausschließende Umstände	309
1. Vertragliche Pflichten zur Einwilligungserteilung	309
a) Vertragliche Pflichten zur Erteilung der Einwilligung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	310
b) Vertragliche Absicherung der Freiwilligkeit im klassischen synallagmatischen Modell	311
aa) Vollstreckungsverzicht	312
bb) Peremptorischer Klageverzicht	314
2. Freiwilligkeitsausschließende Nachteile bei der Verweigerung bzw. dem Widerruf der Einwilligung	315
a) Die Diskussion über die Anforderungen an freiwilligkeitsausschließende Nachteile	315
b) Freiwilligkeitsausschließende Nachteile im Rahmen datenfinanzierter Geschäftsmodelle	316
II. Freiwilligkeitsgefährdende Umstände	319
1. Fehlende Auswahlmöglichkeiten des Betroffenen	319

2. Ungleichgewichtslagen	322
a) Verbrauchereinwilligungen	323
b) Marktmacht	324
c) Netzwerk- und Bindungseffekte	326
3. Sozialer Druck	328
4. Übermäßige Anreize	331
5. Besondere Angewiesenheit des Betroffenen auf die Leistung	333
a) Implikationen für die Beurteilung der Freiwilligkeit	333
b) Besondere Angewiesenheit in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	335
aa) Kartellrechtliche Konzepte als Orientierungspunkt	335
bb) Betrachtung der Kategorien datenfinanzierter Geschäftsmodelle	337
(1) Zugang zu digitalen Inhalten	337
(2) Telematik-Versicherungstarife	338
(3) Online-Suchmaschinen	338
(4) Soziale Netzwerke	339
III. Freiwilligkeitsfördernde Umstände	340
1. Kompensatorische vertragsrechtliche Ausgleichsmechanismen	340
a) Vertragsbeendigungsrechte	341
b) Ersetzungsbefugnis	341
2. Überobligatorische Information über das datenfinanzierte Geschäftsmodell	341
3. Existenz gleichwertiger Alternativangebote	344
a) Überblick über den Diskussionsstand	344
aa) Die streitige Bedeutung von Alternativangeboten im Rahmen der Freiwilligkeit	345
bb) Die Diskussion über den relevanten Anbieter des Alternativangebotes	346
cc) Inhaltliche Anforderungen an das Alternativangebot	346
dd) Einordnung der <i>Meta Platforms Inc.</i> -Entscheidung des EuGH	347
b) Die Bereithaltung eines entgeltlichen Alternativzugangs durch den Anbieter	349
aa) Praktische Beispiele entgeltlicher Alternativangebote	349
bb) Die Gleichwertigkeit entgeltlicher Alternativzugänge	351
cc) Grundrechtliche Bedenken gegen eine Pflicht zur Bereitstellung eines entgeltlichen Alternativzugangs	353
(1) Eingriff in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit	354

(2) Fehlende Bestimmtheit der normativen Grundlagen eines entgeltlichen Alternativmodells	355
(3) Verhältnismäßigkeit eines anbieterbezogenen entgeltlichen Alternativmodells	357
dd) Implikationen für die Berücksichtigung entgeltlicher Alternativzugänge im Rahmen der Freiwilligkeit	359
c) Die Forderung des <i>EDSA</i> nach einer (weiteren) „äquivalenten Alternative“	359
aa) Der Adressatenkreis der Stellungnahme	360
bb) Das Erfordernis einer „äquivalenten Alternative“ in Gestalt einer freien Alternative ohne <i>behavioral advertising</i>	361
cc) Bewertung	362
d) Die Verfügbarkeit von Alternativangeboten auf dem Markt	365
aa) Praktische Beispiele alternativer Angebote in den Marktsegmenten datenfinanzierter Geschäftsmodelle	365
bb) Meinungsstand zur Bedeutung alternativer Angebote im Markt im Rahmen der Freiwilligkeit	367
cc) Förderung der Wahlfreiheit durch Alternativangebote im Markt	368
§ 19 Vorschlag eines Modells zu Bestimmung der Freiwilligkeit in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	368
I. Grundlagen und normative Ausgangspunkte eines Zwei-Stufen-Modells	369
1. Die Grundstruktur des Zwei-Stufen-Modells	369
2. Normative Ausgangspunkte	369
3. Grenzen und Prämissen des Modells	370
II. Erste Stufe – Vorliegen freiwilligkeitsausschließender Umstände	370
III. Zweite Stufe – Die Bestimmung der Freiwilligkeit bei wechselseitig einwirkenden Einzelfallumständen anhand eines <i>Consent-Score</i>	371
1. Gewichtung freiwilligkeitsgefährdender Umstände	372
a) Kopplungslagen i. S.d. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	372
b) Fehlende Auswahlmöglichkeiten des Betroffenen	373
c) Ungleichgewicht zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen	373
d) Sozialer Druck und übermäßige Anreizsetzung	374
2. Gewichtung freiwilligkeitsfördernder Umstände	374
a) Vertragliche Ausgleichsmechanismen	374
b) Überobligatorische Information über das datenfinanzierte Geschäftsmodell	374

c) Verfügbarkeit alternativer Angebote	375
3. Ermittlung des <i>Consent-Score</i>	375
IV. Anwendungsprobe anhand ausgewählter Fallbeispiele	377
1. Der Zugang zu Online-Zeitschriftenartikeln im Rahmen rein datenfinanzierter Geschäftsmodelle	377
a) Erste Stufe: Freiwilligkeitsausschließende Umstände	378
b) Zweite Stufe: Freiwilligkeitsgefährdende und -fördernde Umstände	379
c) Ermittlung des <i>Consent-Score</i>	380
2. Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung als Rabattmodell	381
a) Erste Stufe: Freiwilligkeitsausschließende Umstände	381
b) Zweite Stufe: Freiwilligkeitsgefährdende und -fördernde Umstände	382
c) Ermittlung des <i>Consent-Score</i>	383
§ 20 Zwischenergebnis zu Kapitel 6	384
 Kapitel 7: Individuelle Information und Missbrauchsschutz als Maßnahmen zur Förderung informationeller Freiheit	386
§ 21 Exponierte Information des Betroffenen	387
I. Die Diskussion um die Anwendung der „Button“-Lösung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	389
II. Analoge Anwendung der „Button“-Lösung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	390
1. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 VRRL	391
a) Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke	392
aa) Analogiefähigkeit des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 VRRL	392
bb) Bestand einer planwidrigen Regelungslücke in Bezug auf Art. 8 VRRL	392
b) Vergleichbare Interessenlage	394
2. Implikationen für den Anwendungsbereich des § 312j Abs. 3 BGB	396
III. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die „Button“-Lösung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	396
§ 22 Komplexitätsreduktion in der Informationsdarstellung	399
I. Anforderungen an ein effektives Informationsmodell	401
1. Mehrstufige Informationsmodelle als Ausgangspunkt	401
2. Komplexitätsreduktion zur Effektivierung der Information von Betroffenen	402

II. Überblick über die im datenschutzrechtlichen Schrifttum vorgeschlagenen Konzepte zur Komplexitätsreduktion der Informationsbereitstellung 403

1. *Icons*, Piktogramme & standardisierte Bildsymbole 403

2. Informationen zur Datenverarbeitung auf einem *One-Pager* 404

3. Privacy Nutrition Labels 405

III. Der Rechtsrahmen eines „Datenschutz-Barometers“ als Informationsmodell *de lege ferenda* 406

1. Informationskomprimierung durch Ampeln und Barometer im Lebensmittelrecht 407

 a) Zielsetzung und rechtlicher Hintergrund lebensmittelrechtlicher Informationssysteme 408

 b) Einzelne (landesrechtliche) Regelungskonzepte zu „Kontrollbarometern“ 409

 c) Ableitung von Regulierungskomponenten für ein „Datenschutz-Barometer“ 410

2. Konzeption und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Datenschutz-Barometers“ 411

 a) Grundkonzeption des „Datenschutz-Barometers“ 411

 b) Rechtlicher Rahmen des „Datenschutz-Barometers“ 412

 aa) Einbindung in das datenschutzrechtliche Regelungssystem 412

 (1) Ansätze zur Implementierung des „Datenschutz-Barometers“ 413

 (2) Adressaten des „Datenschutz-Barometers“ 414

 bb) Unabhängige Kontrollstelle und Bewertungsverfahren . . . 415

 cc) Bewertung von Datenschutzbedingungen durch einen *Privacy Score* 417

 (1) Die Ansätze im Schrifttum 417

 (2) Risikoorientierte Gesamtbetrachtung als Grundlage des *Privacy Score* 418

§ 23 Reichweitenbegrenzung der datenschutzrechtlichen Einwilligung . . 420

I. Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle und Überlagerung durch die DS-GVO 421

II. Inhaltskontrolle datenschutzrechtlicher Einwilligungserklärungen . . 423

1. Darstellung des Meinungsstandes 423

 a) Die Diskussion über eine Inhaltskontrolle der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand . . 424

 b) Die Diskussion über den relevanten Kontrollmaßstab 425

2. Die Defizite des bestehenden Rechtsrahmens 427

a) Fehlende normative Grundlagen einer Inhaltskontrolle im Regelungsrahmen der DS-GVO	428
b) Systematische Friktionen bei der (Kontroll-)Maßstabsfindung .	430
3. Vorschlag zur Behebung der bestehenden Regulierungsdefizite <i>de lege ferenda</i>	433
III. Praktische Implikationen für datenfinanzierte Geschäftsmodelle . . .	435
§ 24 Zwischenergebnis zu Kapitel 7	437
Teil 3: Vertragsbindung und -äquivalenz in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	439
Kapitel 8: Das Recht zum Widerruf der Einwilligung als (potenzielle) Störung der Vertragsbindung und -äquivalenz . . .	441
§ 25 Das Recht zum Widerruf der Einwilligung als datenschutzrechtlich zwingendes Recht	442
I. Keine restriktive Auslegung des Art. 7 Abs. 3 DS-GVO	443
1. Ansätze zur Restriktion des Rechts zum Widerruf der Einwilligung	443
2. Restriktionsfestigkeit des Art. 7 Abs. 3 DS-GVO	444
II. Keine grundrechtlich induzierte Begrenzung des Rechts zum Widerruf zur Wahrung ökonomischer Interessen des Verantwortlichen	447
1. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	448
2. Unterstützende Wertungen des Sekundärrechts	449
a) Datenverarbeitung im Bereich der Arzneimittelforschung	450
b) Altruistische Datenverarbeitung nach Maßgabe des Data Governance Act	452
III. Zwischenergebnis	454
§ 26 Beschränkungen des Rechts zum Widerruf auf Grundlage vertraglicher Disposition und Bindung	454
I. Überblick über die Ansätze zur Disposition und Einschränkung des Rechts zum Widerruf der Einwilligung	455
II. Potenzielle Ansatzpunkte einer vertraglichen Disposition über das Recht zum Widerruf der Einwilligung	458
1. Disposition im Wege einer schuldrechtlichen Gestattung	458
a) Dogmatische Grundlagen der Disposition über das Recht zum Widerruf	458
b) Kritik an einer Beschränkung des Widerrufsrechts auf Grundlage schuldrechtlicher Gestattungen	459

2. Vertraglicher Verzicht auf das Recht zum Widerruf der Einwilligung	460
a) Das grundrechtliche Spannungsfeld	461
b) Gefahr der Aushöhlung des Rechts zum Widerruf der Einwilligung	463
c) Aufrechterhaltung von Trennungs- und Abstraktionsprinzip . .	464
3. Vertragliche Vereinbarungen über die Begrenzung des Rechts zum Widerruf	465
III. Keine Restriktionen des Rechts zum Widerruf auf Grundlage der vertraglichen Bindung des Betroffenen	466
IV. Keine Einschränkung durch das Erfordernis eines Widerrufsgrundes	468
V. Einschränkung des Widerrufsrechts auf Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze	469
1. Sondierung der Rechtsgrundlagen	471
a) Das Verbot des Rechtsmissbrauchs als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts	472
b) Das mitgliedstaatliche Vertragsrecht als Grundlage des <i>dolo agit</i> -Einwandes	474
aa) Potenzielle Grundlagen des <i>dolo agit</i> -Einwandes in der unionalen Rechtsordnung	474
bb) Zulässigkeit des Rückgriffs auf Grundsätze der nationalen Zivilrechtsordnungen	478
2. Beschränkung des Rechts zum Widerruf auf Grundlage des <i>dolo agit</i> -Einwandes	478
a) Der <i>dolo agit</i> -Einwand im klassischen synallagmatischen Modell	479
b) Der <i>dolo agit</i> -Einwand im Lichte der Modifikationen des synallagmatischen Modells	480
3. Einschränkungen bei missbräuchlichem Einwilligungswiderruf . .	481
a) Keine Einschränkung auf Grundlage einer analogen Anwendung des Art. 12 Abs. 5 DS-GVO	482
b) Einschränkung aufgrund des unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbots	483
VI. Das Dilemma der gestörten Vertragsäquivalenz in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	484
1. Legitimationsgrenzen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO nach Einwilligungswiderruf	485
2. Die Rolle des Vertragsrechts bei der Erhaltung der Vertragsäquivalenz	487

Kapitel 9: Mechanismen zur Erhaltung der Vertragsäquivalenz	488
§ 27 Vertragsrechtliche Implikationen des Einwilligungswiderrufs	488
I. Zurückbehaltung der Leistung durch den Anbieter	489
1. Vertraglich vereinbarte Zurückbehaltungsrechte	489
2. Gesetzliche Zurückbehaltungsrechte	490
II. Beendigung des Vertragsverhältnisses	492
1. Vertragsbeendigungsrecht des Verantwortlichen	494
a) Die Diskussion über Vertragsbeendigungsrechte des Verantwortlichen infolge des Einwilligungswiderrufs	494
b) Die Implikationen des § 327q Abs. 2 BGB	495
aa) Keine Einschränkungen des Anwendungsbereichs im Lichte europarechtlicher Vorgaben	495
bb) Reichweite des § 327q Abs. 2 BGB	497
cc) Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Vertragsbeziehung für den Unternehmer infolge des Einwilligungswiderrufs . . .	498
2. Vertragsbeendigungsrecht des Betroffenen	501
a) Rechtsgrundlagen eines Vertragsbeendigungsrechtes	501
b) Verhältnis von Vertragsbeendigungserklärungen zur Ausübung des Rechts zum Widerruf der Einwilligung	503
III. Normativer Ausschluss von Ersatzansprüchen infolge des Einwilligungswiderrufs durch § 327q Abs. 3 BGB	505
1. Die Diskussion über Wertersatz- und Schadensersatzansprüche infolge des Einwilligungswiderrufs	506
a) Die Diskussion über Wertersatzansprüche des Verantwortlichen	506
b) Die Diskussion über Schadensersatzansprüche des Verantwortlichen	507
2. Ersatzansprüche als Risiko für die Freiwilligkeit der Einwilligung	508
3. Die Implikationen des § 327q Abs. 3 BGB	509
IV. Bewertung des gesetzgeberischen Regelungskonzepts	511
§ 28 Instrumente zur Erhaltung der Vertragsäquivalenz	514
I. Instrumente der Vertragsgestaltung zur Prävention von Äquivalenzstörungen	515
1. Ausgestaltung datenfinanzierter Geschäftsmodelle nach dem Cashback-Konzept	516
a) Umsetzung des Cashback-Modells in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	517
b) Keine Umgehung des § 327q Abs. 3 BGB	518
c) Inhaltliche Grenzen der Ausgestaltung	519

2. Vertragliche Anpassungsmechanismen	520
a) Vereinbarkeit mit den Anforderungen freiwilliger Einwilligungen	521
b) Vereinbarkeit mit den Vorgaben des § 327q Abs. 3 BGB	521
c) Zwischenergebnis	523
3. Ersetzungsbefugnis	524
II. Gesetzliche Vertragsanpassungsansprüche als <i>ultima ratio</i>	525
1. Bedürfnis nach Vertragsanpassungen in datenfinanzierten Geschäftsmodellen	525
2. Vereinbarkeit der Vertragsanpassung mit § 327q Abs. 3 BGB und Erhaltung der Freiwilligkeit der Einwilligung	527
3. Rechtsgrundlagen der Vertragsanpassung	527
a) Das Fehlen einer Störung der Geschäftsgrundlage i. S. d. § 313 Abs. 1 BGB	528
b) Vertragsanpassungsanspruch aus § 327q Abs. 2 BGB	529
aa) Dogmatische Grundlagen des Vertragsanpassungsanspruchs aus § 327q Abs. 2 BGB	530
bb) Zumutbarkeit der Vertragsanpassung für den Verbraucher	533
c) Vertragsanpassung analog § 327q Abs. 2 BGB abseits von Verträgen über digitale Produkte	533
4. Leitlinien der Vertragsanpassung in den Kategorien datenfinanzierter Geschäftsmodelle	536
a) Rein datenfinanzierte Geschäftsmodelle	536
b) Freemium-Modelle und Rabattmodelle	537
§ 29 <i>Zwischenergebnis zu Kapitel 9</i>	538
 Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussbetrachtung	541
§ 30 <i>Die Grundlagen datenfinanzierter Geschäftsmodelle</i>	541
§ 31 <i>Informationelle Freiheit und Selbstbestimmung in datenfinanzierten Geschäftsmodellen</i>	543
§ 32 <i>Vertragsbindung und -äquivalenz in datenfinanzierten Geschäftsmodellen</i>	548
§ 33 <i>Schlussbetrachtung</i>	551
 Literaturverzeichnis	555
Sachregister	599