

INHALT

| | |
|---|-------------|
| VORWORT | VII |
| ABKÜRZUNGEN | XVII |
| 1. TEIL: VON DER DEFINITION ZUR AUTONOMEN INTERPRETATION | 1 |
| 2. TEIL: ANALYSE DER ANFORDERUNGEN AN DIE DATENSCHUTZRECHTLICHE EINWILLIGUNG | 5 |
| A. Ausdruck der Selbstbestimmung | 5 |
| B. Normierte Rechtsgrundlage | 10 |
| C. Wirksamkeitsvoraussetzungen | 12 |
| I. Kernanforderungen nach Maßgabe des Art. 4 Nr. 11 DSGVO | 13 |
| 1. „von der betroffenen Person“ | 13 |
| 2. „freiwillig“ | 14 |
| a) Freiwilligkeitskriterium nach ErwG 42 Satz 5 DSGVO | 14 |
| aa) Zwang, Druck oder Täuschung | 15 |
| bb) Vorliegen einer anderen Erlaubnis | 16 |
| cc) Erleiden eines Nachteils | 17 |
| (1) Ansätze in der Literatur | 21 |
| (2) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 22 |
| b) Freiwilligkeitskriterium nach ErwG 43 Satz 1 DSGVO | 26 |
| c) Freiwilligkeitskriterium nach ErwG 43 Satz 2, 1. Halbsatz DSGVO | 28 |
| d) Freiwilligkeitskriterium nach ErwG 43 Satz 2, 2. Halbsatz DSGVO | 31 |
| aa) ErwG 43 Satz 2, 2. Halbsatz DSGVO versus Art. 7 Abs 4 DSGVO | 32 |
| (1) Ansätze in der Literatur | 32 |
| (2) Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe und des EDSA | 34 |
| (3) Ansatz des OGH | 35 |
| (4) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 36 |
| (a) Fehlende Bedingung oder Verbotscharakter | 36 |
| (b) Beispielhafte Aufzählung | 38 |
| (c) Handlungsanweisung und konkretisierende Norm | 39 |

| | |
|---|-----|
| (d) Resultierende Folgefragen | 44 |
| (e) Bestätigung der Interpretation durch andere Auslegungsmittel | 47 |
| bb) Interpretation der Merkmale „Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung“ | 62 |
| (1) Bestimmung des Begriffs der „Dienstleistung“ | 62 |
| (2) Bestimmung des Begriffs des „Vertrags“ | 63 |
| (3) Bestimmung des Begriffs der „Erfüllung“ | 67 |
| cc) Interpretation des Merkmals „erforderlich“ | 69 |
| e) Verhältnis der Freiwilligkeitskriterien zueinander | 74 |
| aa) Ansätze in der Literatur | 74 |
| bb) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 75 |
| f) Ungeschriebene Kriterien für die Beurteilung der Freiwilligkeit | 78 |
| 3. „für den bestimmten Fall“ | 78 |
| a) Ansätze in der Literatur | 79 |
| b) Bisherige Ausführungen des BGH | 80 |
| c) Bisherige Ansätze des EuGH | 81 |
| d) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 82 |
| aa) Semantische Interpretation | 82 |
| bb) Historische Interpretation | 84 |
| (1) Analyse der DSRI | 85 |
| (2) Analyse nationaler Datenschutzgesetze einzelner Mitgliedstaaten | 90 |
| (a) Ansätze in der Literatur | 90 |
| (b) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 92 |
| cc) Systematische Interpretation | 95 |
| dd) Teleologische Interpretation | 101 |
| 4. „in informierter Weise“ | 102 |
| a) Inhaltliche Anforderung | 103 |
| aa) Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe und des EDSA .. | 105 |
| bb) Ansätze in der Literatur | 106 |
| cc) Bisherige Ansätze des EuGH | 108 |
| dd) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 109 |
| (1) Historische Interpretation | 110 |
| (2) Systematische Interpretation | 113 |
| (3) Teleologische Interpretation | 115 |
| b) Verhältnis zum Merkmal „für den bestimmten Fall“ | 119 |
| aa) Nachrangigkeit und „akzessorische Verbundenheit“ | 120 |
| bb) Änderungsbedarf <i>de lege ferenda</i> | 121 |
| c) Verhältnis zur Informationspflicht nach Art. 13 DSGVO | 121 |

| | | |
|-----|---|-----|
| aa) | Zeitliches Moment | 125 |
| bb) | Differenzierte Funktionswirkung | 126 |
| cc) | Differenzierte Rechtsfolgen | 127 |
| dd) | Praktische Erwägungen | 130 |
| d) | Formale Anforderungen | 130 |
| aa) | Ansätze in der Literatur | 131 |
| bb) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 131 |
| 5. | „unmissverständlich“ | 135 |
| a) | Bedeutung | 135 |
| aa) | Semantische Interpretation | 136 |
| bb) | Historische Interpretation | 138 |
| cc) | Systematische Interpretation | 140 |
| dd) | Teleologische Interpretation | 141 |
| b) | Beurteilungsadressat | 143 |
| 6. | „in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung“ | 144 |
| a) | Verbale Variante | 144 |
| b) | Nonverbale Variante | 145 |
| aa) | „Opt-out“- und „Opt-in“-Lösungen | 146 |
| (1) | Stand der Meinungen in der Literatur | 148 |
| (2) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 151 |
| (a) | Semantische Interpretation | 151 |
| (b) | Historische Interpretation | 157 |
| (c) | Systematische Interpretation | 158 |
| (d) | Teleologische Interpretation | 160 |
| bb) | Konkludente Einwilligung | 163 |
| (1) | Ansätze in der Literatur | 163 |
| (2) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 165 |
| cc) | Mutmaßliche Einwilligung | 171 |
| (1) | Ansätze in der Literatur | 174 |
| (2) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 175 |
| (a) | Semantische Interpretation | 175 |
| (b) | Historische Interpretation | 177 |
| (c) | Systematische Interpretation | 179 |
| (d) | Teleologische Interpretation | 180 |
| II. | Flankierende Anforderungen nach Maßgabe der Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) und Art. 7 DSGVO | 182 |
| 1. | Zweckbestimmung | 183 |
| 2. | Nachweispflicht | 185 |
| a) | Umfang der Nachweispflicht | 185 |

| | | |
|-----|--|-----|
| b) | Form des Nachweises | 187 |
| c) | Nachweispflicht versus Beweislast..... | 190 |
| d) | Rechtsgrundlage für die Verarbeitung des Nachweises..... | 191 |
| 3. | Ersuchen um eine Einwilligung im Kontext anderer Sachverhalte.. | 194 |
| a) | Verständnis der Norm..... | 195 |
| aa) | Verständnis des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO | 196 |
| (1) | „schriftliche Erklärung“ | 196 |
| (2) | „andere Sachverhalte“ | 197 |
| (3) | „Ersuchen um Einwilligung“ | 197 |
| (4) | „in verständlicher und leicht zugänglicher Form“ | 198 |
| (5) | „in einer klaren und einfachen Sprache“ | 199 |
| (6) | „klar zu unterscheiden“ | 200 |
| bb) | ErwG 42 Satz 3 DSGVO und der Verweis auf Richtlinie 93/13/EWG | 201 |
| (1) | Ansätze in der Literatur | 202 |
| (2) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 207 |
| (a) | Semantische Interpretation..... | 208 |
| (b) | Historische Interpretation..... | 209 |
| (c) | Systematische Interpretation | 214 |
| (d) | Teleologische Interpretation | 222 |
| cc) | Verständnis des Art. 7 Abs. 2 Satz 2 DSGVO | 226 |
| (1) | „Teile der Erklärung“ | 226 |
| (2) | „Verstoß gegen diese Verordnung“ | 230 |
| (a) | Ansätze in der Literatur..... | 230 |
| (b) | Eigene Stellungnahme..... | 231 |
| b) | Anwendbarkeit auf andere Formen der „Willensbekundung“ | 234 |
| aa) | Ansätze in der Literatur | 234 |
| bb) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz..... | 237 |
| c) | Einwilligung gemeinsam mit anderen Erklärungen..... | 239 |
| aa) | Ausführungen des Generalanwalts <i>Szpunar</i> | 240 |
| bb) | Ausführungen des EuGH in der Rechtssache <i>Planet49</i> | 241 |
| cc) | Ansätze in der Literatur | 242 |
| dd) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz..... | 249 |
| 4. | Widerrufsmöglichkeit und Inkennntnissetzung..... | 256 |
| a) | Ansätze in der Literatur..... | 258 |
| b) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 260 |
| 5. | Beurteilung der Freiwilligkeit | 264 |
| 6. | Einwilligungsfähigkeit..... | 265 |
| a) | Ansätze in der Literatur <i>de lege abrogata</i> und <i>de lege lata</i> | 266 |
| b) | Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 268 |

| | |
|--|------------|
| III. Kontextspezifische Anforderungen nach Maßgabe der Art. 8 Abs. 1, Abs. 2, 9 Abs. 2 lit. a), 1. Halbsatz, 22 Abs. 2 lit. c) und Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO..... | 271 |
| 1. Kinder und Dienste der Informationsgesellschaft | 272 |
| 2. Besondere Kategorien personenbezogener Daten..... | 274 |
| 3. Automatisierte Entscheidungen und Profiling | 278 |
| 4. Übermittlungen personenbezogener Daten an ein Drittland oder an eine internationale Organisation | 279 |
| D. Rechtsfolgen und Sanktionen bei Verstößen gegen die Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Einwilligung | 282 |
| 3. TEIL: AUSGEWÄHLTE PROBLEM- UND FRAGESTELLUNGEN .. | 284 |
| A. Rechtsnatur der Einwilligung | 284 |
| I. Ansätze in der Literatur <i>de lege abrogata</i> | 285 |
| II. Ansätze in der Literatur <i>de lege lata</i> | 287 |
| 1. National-zivilrechtlicher Ansatz..... | 287 |
| 2. Europäisch-autonomer Ansatz..... | 288 |
| III. Eigene Stellungnahme | 289 |
| B. Verhältnis der Einwilligung zu den sonstigen Rechtsgrundlagen .. | 293 |
| I. Ansätze in der Literatur | 293 |
| II. Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe | 297 |
| III. Auffassung des EDSA | 298 |
| IV. Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 298 |
| 1. Formaljuristische Gleichrangigkeit und faktische Subsidiarität | 299 |
| 2. Vermeintliche Wahlmöglichkeit | 302 |
| 3. Bedürfnis für eine „vorsorgliche“ Einwilligung | 303 |
| 4. Interpretation des Merkmals „mindestens“ | 306 |
| C. Abgabe der Einwilligung durch einen Dritten | 309 |
| I. Ansätze in der Literatur <i>de lege abrogata</i> | 311 |
| II. Ansätze in der Literatur <i>de lege lata</i> | 312 |
| III. Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 316 |
| 1. Semantische Überlegungen..... | 316 |
| 2. Historische Überlegungen..... | 318 |
| 3. Systematische und teleologische Überlegungen | 319 |

| | |
|---|------------|
| D. Koppelungsverbot | 324 |
| I. Historie und Anwendungskontext | 324 |
| II. Stand der Meinungen <i>de lege lata</i> | 330 |
| 1. Ansätze in der Literatur | 331 |
| 2. Ausführungen des Generalanwalts Szpunar | 342 |
| 3. Ansätze in der Rechtsprechung | 343 |
| 4. Ausführungen der Artikel-29-Datenschutzgruppe und des EDSA .. | 346 |
| 5. Ausführungen des Bundeskartellamts | 347 |
| III. Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 347 |
| 1. Intention des deutschen Gesetzgebers <i>de lege abrogata</i> | 349 |
| 2. Koppelungsverbot in den Mitgliedstaaten <i>de lege abrogata</i> | 352 |
| 3. Übertragbarkeit auf die DSGVO | 354 |
| 4. Interpretationsbedürftiger Terminus technicus | 359 |
| 5. Plädoyer für ein Verbot der Abhängigmachung | 362 |
| E. Widerrufbarkeit der Einwilligung | 364 |
| I. Folgen des Widerrufs | 365 |
| 1. Löschungspflicht und Lösungsrecht | 365 |
| a) Ansätze in der Literatur | 365 |
| b) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 368 |
| 2. Rückgriff auf eine andere Rechtsgrundlage | 371 |
| a) Ansätze in der Literatur | 371 |
| b) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 375 |
| II. Ausschluss oder Begrenzung des Widerrufs | 382 |
| 1. Aufgrund fehlender Begründung und Interessenabwägung | 383 |
| a) Ansätze des BAG <i>de lege abrogata</i> | 384 |
| b) Ansätze in der Literatur <i>de lege lata</i> | 386 |
| c) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 389 |
| 2. Aufgrund eines Verstoßes gegen § 242 BGB | 395 |
| a) Ansätze in der Literatur | 397 |
| b) Ansätze in der Rechtsprechung deutscher Gerichte | 399 |
| c) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 400 |
| aa) Einwand des Rechtsmissbrauchs | 401 |
| (1) Judikatur des EuGH im Missbrauchskontext | 402 |
| (2) Judikative Missbrauchsvoraussetzungen im Einzelnen | 406 |
| (a) Formale Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen | 406 |

| | |
|---|------------|
| (b) Widerspruch zu Sinn und Zweck der unionsrechtlichen Vorschrift..... | 406 |
| (c) Subjektive Elemente | 407 |
| bb) Anwendung auf das datenschutzrechtliche Widerrufsrecht..... | 408 |
| (1) Formale Einhaltung des Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO | 408 |
| (2) Widerspruch zu Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO | 409 |
| (3) Subjektive Anhaltspunkte auf Seiten der betroffenen Person | 412 |
| 3. Aufgrund einer Vereinbarung..... | 413 |
| a) Ansätze in der Literatur..... | 413 |
| b) Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 417 |
| F. Übertragbarkeit der Einwilligung | 421 |
| I. Ansätze in der Literatur <i>de lege abrogata</i> | 424 |
| II. Ansätze in der Literatur <i>de lege lata</i> | 428 |
| III. Bisherige Ausführungen in der Rechtsprechung..... | 431 |
| IV. Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 433 |
| 1. Grundlegende Kritik an den Ansätzen der Literatur..... | 433 |
| 2. Kernanforderungen als Beurteilungsmaßstab | 437 |
| G. Gültigkeitsdauer der Einwilligung..... | 439 |
| I. Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe..... | 441 |
| II. Auffassung des EDSA | 441 |
| III. Ansätze in der deutschen Rechtsprechung..... | 441 |
| IV. Ansätze in der Literatur <i>de lege abrogata</i> | 443 |
| V. Ansätze in der Literatur <i>de lege lata</i> | 446 |
| VI. Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 455 |
| 1. Adaptierung der lauterkeitsrechtlichen Judikatur | 455 |
| 2. Veränderte Umstände versus Gültigkeitsdauer | 457 |
| 3. Systematische und teleologische Überlegungen | 460 |

| | |
|---|-----|
| H. Verzicht auf bzw. Abdingbarkeit von technischen und organisatorischen Maßnahmen mittels datenschutzrechtlicher Einwilligung | 467 |
| I. Kontext und Eingrenzung der Fragestellung | 467 |
| II. Ansätze in der Literatur | 470 |
| III. Ansätze in der Rechtsprechung | 475 |
| IV. Bisherige Auffassungen der Aufsichtsbehörden | 475 |
| V. Eigene Stellungnahme und eigener Ansatz | 479 |
| 1. Einwilligungsdefinition als Interpretationsbasis | 479 |
| 2. Verarbeitungsbegriff versus Sicherheit der Verarbeitung | 480 |
| 3. Maßnahmen mit Verarbeitungscharakter | 480 |
| 4. Analogie oder Einwilligung <i>sui generis</i> ? | 487 |
| 4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN | 489 |
| LITERATUR | 505 |
| GERICHTSENTSCHEIDUNGEN | 534 |
| SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTE | 543 |
| MATERIALIEN DER ARTIKEL-29-DATENSCHUTZGRUPPE | 545 |
| MATERIALIEN DES EDSA | 545 |
| INTERNETSEITEN | 546 |