

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
Kapitel 1: Einführung und Grundlagen . . . . .	1
<i>A. Gegenstand der Untersuchung</i> . . . . .	1
<i>B. Auswahl der Rechtsordnungen und Methodik</i> . . . . .	4
<i>C. Gang der Untersuchung</i> . . . . .	5
<i>D. Entwicklung des Datenschutzrechts</i> . . . . .	6
<i>E. Internationale Grundlagen</i> . . . . .	8
I. Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten des Europarates . . . . .	9
II. Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten der OECD . . . . .	11
III. „Richtlinien betreffend personenbezogene Daten in automatisierten Dateien“ der Vereinten Nationen . . . . .	12
<i>F. Unionsrechtliche Grundlagen</i> . . . . .	13
I. Primärrecht . . . . .	13
1. Datenschutzgrundrecht, Art. 8 EU-Charta . . . . .	14
2. Datenschutzgrundrecht und datenschutzrechtliche Kompetenzbestimmung in Art. 16 AEUV / Art. 39 EUV . . . . .	15
3. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 8 EMRK . . . . .	16
II. Sekundärrecht . . . . .	17
1. Datenschutzrichtlinie 95/46/EG . . . . .	17
2. Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG . . . . .	18
3. Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) . . . . .	19
4. Mindeststandard oder Vollharmonisierung durch die Datenschutzrichtlinie? . . . . .	20

5. Geltung der sekundärrechtlichen europäischen Vorgaben für die Schweiz . . . . .	21
a. Sektorielle oder bereichsübergreifende Maßgeblichkeit der Datenschutzrichtlinie RL 95/46/EG in der Schweiz? . . . . .	21
b. Bereichsübergreifende Maßgeblichkeit der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation RL 2002/58 . . . . .	25
c. Bereichsübergreifende Maßgeblichkeit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) . . . . .	25
<i>G. Grundstrukturen des Datenschutzrechts in Deutschland, Österreich und der Schweiz . . . . .</i>	26
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .	26
II. Einfachgesetzliche Regelungsstrukturen . . . . .	29
III. Grundgedanke des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt . . . . .	31
IV. Datenschutzkontrolle und Rechtsdurchsetzung . . . . .	33
 Kapitel 2: Das datenschutzrechtliche Einverständnis . . . . .	37
<i>A. Rechtliche Einordnung des datenschutzrechtlichen Einverständnisses . . . . .</i>	37
I. Nationale Begrifflichkeiten für das Einverständnis . . . . .	38
II. Rechtsnatur des datenschutzrechtlichen Einverständnisses . . . . .	40
III. Ergebnis zur rechtlichen Einordnung des Einverständnisses . . . . .	44
<i>B. Formale Anforderungen an das datenschutzrechtliche Einverständnis . . . . .</i>	45
I. Abgabe der Einverständniserklärung . . . . .	45
1. Höchstpönliche Abgabe . . . . .	45
2. Abgabe durch den Minderjährigen . . . . .	48
II. Gestaltung der Einverständniserklärung . . . . .	52
1. Schriftformerfordernis . . . . .	52
2. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten der Einverständniserklärung . . . . .	56
a. Mündliche Einverständniserklärung . . . . .	56
b. Einverständniserklärung durch schlüssiges Handeln . . . . .	56
c. Schweigen als Einverständniserklärung . . . . .	59
d. Elektronische Einverständniserklärung . . . . .	60
(1) Elektronische Einwilligung gem. § 13 Abs. 2 TMG und § 94 TKG . . . . .	61
(2) Elektronische Einwilligung in Werbung und Adresshandel gem. § 28 Abs. 3a S. 1 BDSG . . . . .	62

(3) Generelle Zulassung der elektronischen Einwilligung . . .	62
e. Unterstellte Einverständniserklärung . . . . .	63
f. Vorformulierte Einverständniserklärungen . . . . .	64
3. Sonderfall der Opt-in oder Opt-out Gestaltung . . . . .	65
a. Die Payback-Entscheidung des Bundesgerichtshofs . . . . .	66
b. Widerspruchs- oder Opt-Out-Obliegenheiten in Österreich . .	69
c. Opt- in und Opt- Out-Modelle in der Schweiz . . . . .	70
III. Ergebnis zu den formalen Anforderungen an das Einverständnis . .	71
<i>C. Inhaltliche Anforderungen an das Einverständnis . . . . .</i>	<i>73</i>
I. Autonomie des Einverständnisses . . . . .	73
1. Handeln ohne Zwang als Ausgangspunkt . . . . .	73
a. Die freie Entscheidung in Deutschland . . . . .	73
b. Erteilung ohne Zwang in Österreich . . . . .	74
c. Freiwilligkeit in der Schweiz . . . . .	75
2. Erteilung des Einverständnisses im Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung . . . . .	76
a. Das deutsche Koppelungsverbot . . . . .	76
b. Verbotene Koppelungen in Österreich . . . . .	79
c. Abhängigkeitsverhältnisse in der Schweiz . . . . .	81
d. Das neue Koppelungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO . . . . .	83
II. Erklärung in Kenntnis der Sachlage . . . . .	83
III. Ergebnis zu den inhaltlichen Anforderungen an das Einverständnis	86
<i>D. Einverständnis bei besonderen Kategorien von Daten . . . . .</i>	<i>88</i>
<i>E. Beseitigung des Einverständnisses . . . . .</i>	<i>89</i>
I. Beseitigung mit Wirkung für die Vergangenheit . . . . .	90
II. Beseitigung mit Wirkung für die Zukunft . . . . .	90
<b>Kapitel 3: Personenbezogene Daten als Leistung im Vertrag . . . . .</b>	<b>95</b>
<i>A. Personenbezogene Daten im Vertrag . . . . .</i>	<i>96</i>
I. Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand . . . . .	97
II. Datenschutzrechtliche Einordnung in Deutschland, Österreich und der Schweiz . . . . .	99
1. Datenschutzrechtliche Verortung in § 28 Abs. 1 BDSG? . . . . .	100
2. Datenschutzrechtliche Verortung in § 7 Abs. 1 DSG 2000? . . . . .	104
3. Datenschutzrechtliche Verortung in Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG? . . . .	107
4. Ergebnis zur datenschutzrechtlichen Einordnung . . . . .	108

<i>B. Datenüberlassung als Leistungspflicht</i> . . . . .	108
I. Möglichkeit einer Verpflichtung zur Leistung von Daten . . . . .	108
1. Einschränkung der Vertragsfreiheit . . . . .	110
a. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder zwingendes Recht	110
b. Verstoß gegen die guten Sitten . . . . .	112
c. Verletzung des Rechts der Persönlichkeit . . . . .	115
2. Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs . . . . .	116
a. Ansätze zur Beschränkung des Widerrufsrechts in Deutschland	116
b. Widerruf und vertragliche Bindung in Österreich . . . . .	119
c. Dauerhafte Bindung und Widerruflichkeit in der Schweiz . . . .	120
II. Erfüllung – Leistungshandlung oder Leistungserfolg? . . . . .	123
III. Durchsetzbarkeit der Leistungspflicht . . . . .	125
1. Unvollkommene Verbindlichkeiten . . . . .	126
2. Einwand des rechtsmissbräuchlichen Handelns . . . . .	127
3. Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung . . . . .	128
IV. Dauerschuldcharakter . . . . .	129
V. Verknüpfung der Leistungspflichten und Koppelungsverbot . . . . .	130
1. Koppelungsverbot des § 28 Abs. 3b BDSG . . . . .	131
2. Koppelung in Österreich . . . . .	133
3. Abhängigkeitsverhältnisse in der Schweiz . . . . .	134
4. Koppelungsverbot in der Datenschutzgrundverordnung . . . . .	136
<i>C. Behandlung von Leistungsstörungen</i> . . . . .	137
I. Widerruf des datenschutzrechtlichen Einverständnisses als Pflichtverletzung . . . . .	137
II. Angabe falscher personenbezogener Daten . . . . .	142
<i>D. Zusammenfassende rechtsvergleichende Betrachtung</i> . . . . .	145
Kapitel 4: Verhältnis von schuldrechtlicher Verpflichtung und Einwilligung – Einheits- oder Trennungslösung? . . . . .	147
<i>A. Deutschland</i> . . . . .	147
I. Stufenleiter der Gestattungen als Ausgangspunkt . . . . .	147
II. Trennung von schuldrechtlicher Verpflichtung und Einwilligung . .	148
III. Einwilligung als Verfügungsgeschäft? . . . . .	151
1. Die Übertragbarkeit des Informationellen Selbstbestimmungsrechts	151
a. Anerkennung eines subjektiven Rechts am eigenen Datum . .	152
b. Dogmatische Ansätze zur Übertragung von Persönlichkeitsrechten . . . . .	153

(1) Die Abtretung von Nutzungsbefugnissen . . . . .	154
(2) Die translative Übertragung . . . . .	155
(3) Die gebundene Rechtsübertragung . . . . .	156
(4) Kritik an der Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten . . . . .	157
(5) Keine klare Linie in der Rechtsprechung . . . . .	157
2. Verwertbarkeit ohne Übertragbarkeit . . . . .	159
IV. Folgen der Nichtigkeit des Schuldverhältnisses . . . . .	163
1. Anwendbarkeit des Abstraktionsprinzips . . . . .	163
2. Anwendung des § 139 BGB . . . . .	166
V. Zusammenfassung . . . . .	167
<i>B. Österreich . . . . .</i>	168
I. Zustimmung und Gestattungsvertrag . . . . .	168
II. Zustimmung als Verfügungsgeschäft? . . . . .	169
1. Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten . . . . .	170
2. Verwertbarkeit durch Orientierung am Urheberrecht . . . . .	171
III. Folgen der Nichtigkeit des Schuldverhältnisses . . . . .	173
IV. Zusammenfassung . . . . .	173
<i>C. Schweiz . . . . .</i>	174
I. Die Einwilligung als Teil des Gestattungsvertrags . . . . .	174
II. Die Einwilligung als Verfügungsgeschäft? . . . . .	176
1. Die Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten . . . . .	176
2. Verwertbarkeit ohne Übertragbarkeit . . . . .	179
III. Folgen der Nichtigkeit des Schuldverhältnisses . . . . .	180
IV. Zusammenfassung . . . . .	180
<i>D. Zusammenfassende rechtsvergleichende Betrachtung . . . . .</i>	181
 Kapitel 5: Einbeziehung und richterliche Kontrolle des datenschutzrechtlichen Einverständnisses . . . . .	 183
<i>A. Überblick über die Kontrolle von Allgemeinen (Vertrags-)Geschäftsbedingungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz . . . . .</i>	 184
I. Maßstab der Kontrolle von Allgemeinen (Vertrags-)Geschäftsbedingungen . . . . .	184
II. Allgemeine Einbeziehungsanforderungen . . . . .	188
III. Insbesondere Überraschungssituationen . . . . .	193
IV. Maßstäbe der Inhaltskontrolle . . . . .	195

<i>B. Einbeziehung des datenschutzrechtlichen Einverständnisses . . .</i>	202
I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts . . . . .	202
II. Einbeziehung des datenschutzrechtlichen Einverständnisses . . . .	204
<i>C. Kontrolle der einbezogenen Abreden . . . . .</i>	208
I. Maßstab der Inhaltskontrolle . . . . .	208
II. Inhaltskontrolle des formularmäßigen Einverständnisses . . . . .	210
<i>D. Rechtsfolgen . . . . .</i>	218
<i>E. Zusammenfassende rechtsvergleichende Betrachtung . . . . .</i>	220
Kapitel 6: Schlussbetrachtung . . . . .	225
I. Schaffung eines Persönlichkeitsvertragsrechts . . . . .	225
II. Zusammenfassung der Ergebnisse und rechtsvergleichende Betrachtung . . . . .	226
Literaturverzeichnis . . . . .	237
Sachregister . . . . .	251