

Patricia Maria Rogosch

# Die Einwilligung im Datenschutzrecht



**Nomos**

# **Frankfurter Studien zum Datenschutz**

**Veröffentlichungen der Forschungsstelle  
für Datenschutz an der Johann-Wolfgang-Goethe-  
Universität, Frankfurt am Main**

**Herausgegeben von  
Prof. Dr. Dr. h.c. Spiros Simitis**

**Band 40**

Patricia Maria Rogosch

# Die Einwilligung im Datenschutzrecht



**Nomos**

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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2012

ISBN 978-3-8487-0074-5

## D6

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Thomas Hoeren, für die interessante, erfahrungsreiche und schöne Zeit am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht sowie für die thematische Anregung und seine hilfreiche Unterstützung während des gesamten Dissertationsvorhabens. Prof. Bernd Holznagel danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem bin ich Verena Steigert, Sebastian Neurauter und Dr. Stefanie Hein sowohl für das Korrekturlesen der Arbeit als auch für die wertvollen und konstruktiven Anregungen zum Dank verpflichtet.

Mein ganz besonderer Dank gebührt jedoch Till Martin Kaesbach, der mir in all meinen Höhen und Tiefen in der gesamten Promotionsphase fest zur Seite gestanden und immer an mich geglaubt hat.

Schließlich danke ich meinen Eltern, Peter und Kornelia Rogosch, die mich zu jeder Zeit nach Kräften unterstützt haben, und ohne die diese Doktorarbeit niemals möglich geworden wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Münster, im Oktober 2012

Patricia Maria Rogosch



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Kapitel 1: Einleitung	17
A. Problemaufriss	17
B. Ziel der Arbeit	20
C. Gang der Untersuchung	20
Kapitel 2: Grundlagen der Einwilligung	22
A. Geschichtliche Entwicklung der datenschutzrechtlichen Einwilligung	22
I. Gesetzliche Entwicklung der Einwilligung	22
II. Entwicklung von bereichsspezifischen Regelungen zur datenschutzrechtlichen Einwilligung	24
III. Konsequenz der Entwicklungen	25
B. Europarechtliche Aspekte	26
I. Datenschutzrichtlinie 95/46/EG	26
II. Entwurf der Europäischen Kommission für eine EU-Datenschutz-Grundverordnung	27
C. Rechtsgrundlagen	28
I. BDSG	29
II. Bereichsspezifische Datenschutzgesetze	30
III. Landesdatenschutzgesetze	32
D. Verhältnis der Einwilligung zu den gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen	33
E. Anwendungsbereich	33
I. Öffentlicher Bereich	34
II. Nicht-öffentlicher Bereich	35
Kapitel 3: Rechtsnatur der Einwilligung	36
A. Einseitige Einwilligung	37
I. Rechtsnatur der einseitigen Einwilligung	37
II. Einseitige Einwilligung als rechtsgeschäftliche Erklärung	39
B. Schuldvertragliche Einwilligung	41

I.	Datenschutzrechtliche Einwilligung als Kommerzialisierungsinstrument	41
II.	Kunsturheberrechtliche Einwilligung als Kommerzialisierungsinstrument	42
III.	Verhinderung der Kommerzialisierung?	43
IV.	Rechtsnatur der schuldvertraglichen Einwilligung	44
V.	Grenzfälle	45
C.	Verfügungsgeschäft	46
 Kapitel 4: Stärkung der Einwilligung durch Verbesserung einzelner und Schaffung zusätzlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen		 47
A.	Einwilligungsfähigkeit	47
I.	Einseitige Einwilligung und Minderjährigkeit	48
1.	Geschäftsfähigkeit	48
2.	Das Merkmal der Einsichtsfähigkeit	49
3.	Beschränkung der Einsichtsfähigkeit	50
a)	Altersgrenze	50
b)	Festlegung einer Altersgrenze	51
c)	Teilbereichsabhängige Altersgrenze	52
II.	Schuldvertragliche Einwilligung und Minderjährigkeit	53
1.	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters	53
2.	Doppelzuständigkeit	54
a)	Doppelzuständigkeit und kunsturheberrechtliche Einwilligung	54
b)	Doppelzuständigkeit und datenschutzrechtliche Einwilligung	55
3.	Einsichtsfähigkeit und Altersgrenze	55
B.	Form der Einwilligung	56
I.	Schriftform als Regelfall	56
1.	Schriftform	56
2.	Elektronische Einwilligung als vollwertiges Substitut	58
II.	Ausnahmen vom Schriftformerfordernis beim Vorliegen besonderer Umstände	58
III.	Mögliche Formen der Einwilligung	59
1.	Mündliche Einwilligung	60
2.	Elektronische Einwilligung	60
3.	Konkludente Einwilligung	61
a)	Gegen eine konkludente Einwilligung im Datenschutzrecht	62
b)	Für eine konkludente Einwilligung im Datenschutzrecht	62
c)	Konkludente Einwilligung nur bei Eindeutigkeit	64
d)	Ausschluss einer konkludenten Einwilligung nach § 28 Abs. 3a BDSG	65

e)	Ausschluss einer konkludenten Einwilligung nach § 13 Abs. 2 TMG und § 94 TKG	65
f)	Behandlung von konkludenten Einwilligungen im Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung	65
4.	Stillschweigende Einwilligung	66
5.	Mutmaßliche Einwilligung	68
C.	Informiertheit des Betroffenen	69
I.	Informiertheit als grundlegende Voraussetzung	69
II.	Gesetzliche Hinweispflicht der verantwortlichen Stelle	69
III.	Umfang und Reichweite	70
IV.	Umsetzungsprobleme in der Praxis	71
V.	Anforderungen an die Informiertheit	73
1.	Qualität der Informationen	73
2.	Zugang und Sichtbarkeit	74
VI.	Nachträgliche Informationspflichten	75
1.	Auskunftsanspruch nach §§ 19, 34 BDSG	75
2.	Datenbrief	77
3.	Beschränkte Wirkungsdauer einer Einwilligung	78
VII.	Ergebnis zur Informiertheit	78
D.	Freiwilligkeit	79
I.	Das Freiwilligkeitsmerkmal bei der einseitigen Einwilligung	79
II.	Das Kriterium der Freiwilligkeit bei einer schuldvertraglichen Einwilligung	80
1.	Das Problem der Koppelung	80
2.	Koppelungsverbot	81
3.	Generelles Koppelungsverbot	82
4.	Eingeschränktes Koppelungsverbot	82
a)	Koppelung bei alternativem Zugang	82
aa)	Alte Rechtslage zur Koppelung bei Vorliegen eines alternativen Zugangs	82
bb)	Koppelungsverbot nach neuer Rechtslage	84
cc)	Alternativer Zugang als sinnvolles Koppelungskriterium	87
b)	Koppelung bei berechtigtem Informationsinteresse	88
5.	Sicherung der Freiwilligkeit durch Ausschluss der Einwilligung in einzelnen Bereichen	90
a)	Gefährdung der Freiwilligkeit durch Machtdisparität	90
b)	Ausschluss der Einwilligung in einzelnen Bereichen	90
aa)	Ausschluss der Einwilligung in die Datenübermittlung von Kreditinstituten an Auskunftseiten	91
(1)	Einwilligungsverbot für Kreditinstitute bei Konditionenanfragen nach § 28a Abs. 2 S. 4 BDSG	91

(2) Ausschluss der Einwilligung zur Datenübermittlung an Auskunfteien durch Kreditinstitute nach § 28a Abs. 2 BDSG	91
bb) Ausschluss der Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis	92
cc) Ausschluss der Einwilligung bei signifikantem Kräfteungleichgewicht nach dem Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung	95
dd) Andere Mitgliedsstaaten der EU	95
c) Geeigneter Lösungsansatz zur Sicherung der Freiwilligkeit?	95
aa) Missachtung der Interessen des Betroffenen	96
bb) Verfassungsrechtliche Bedenken	97
cc) Verstoß gegen die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG	99
dd) Konsequenz für den Lösungsansatz	101
6. Weitere Lösungsansätze zur Sicherung der Freiwilligkeit	101
a) Statuierung absoluter Informationserhebungsverbote	101
b) Anwesenheit eines Repräsentanten	103
c) Rücksprache mit einem Dritten	104
d) Schaffung eines gesetzlichen Erlaubnistatbestandes	104
e) Abstimmung von Einwilligungsklauseln mit Aufsichtsbehörden	105
III. Ausreichende Sicherung des Freiwilligkeitsmerkmals?	106
E. Die formularmäßige Einwilligung	107
I. Die einseitige Einwilligung und das AGB-Recht	109
1. Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf die einseitige Einwilligungserklärung	109
a) Vorformulierte Erklärung	109
b) »Zusammenhang mit einer Vertragsbeziehung«	111
c) Kein Entgegenstehen datenschutzrechtlicher Regelungen	111
2. Anwendung des AGB-Rechts auf formularmäßige Einwilligungserklärungen	112
a) Wirksame Einbeziehung	112
b) Inhaltskontrolle nach §§ 307-309 BGB	113
II. Die schuldvertragliche Einwilligung und das AGB-Recht	114
III. Problemkreise der formularmäßigen Einwilligung	114
1. Erklärungsform: Opt-In- oder Opt-Out-Modell	114
a) Begriffsbestimmung	115
b) Bestehende Rechtslage nach dem deutschen Datenschutzrecht: Opt-Out ausreichend	116
c) Probleme des Opt-Out-Modells	117
aa) Mündiger Verbraucher	117
bb) Zurechnung der Einwilligung	118
cc) Risikoverlagerung	119
d) Wettbewerbsrechtliche Einwilligung: Opt-In erforderlich	120

e) Einführung einer Opt-In-Pflicht ins Datenschutzrecht?	120
aa) Kein Dualismus von datenschutzrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Einwilligung aufgrund von richtlinienkonformer Auslegung	121
bb) Gleches Rangverhältnis innerhalb des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	122
cc) Einwilligung in Werbung nicht schutzbedürftiger als Einwilligung in die Datenverarbeitung	123
dd) Überschneidungstatbestände	124
ee) Einheitlichkeit der Rechtsordnung	125
f) Ergebnis zum Opt-Out- und Opt-In-Modell	125
2. Erkennbarkeit	126
a) Besondere Hervorhebung nach § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG	126
b) Präzisierung in § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	127
c) Tatsächliche Erkennbarkeit einer Einwilligungsklausel durch das Hervorhebungsgebot?	127
d) Trennungsgebot	128
aa) Trennungsgebot bei der wettbewerbsrechtlichen Einwilligung	129
bb) Trennungsgebot bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung	129
cc) Trennungsgebot nach dem Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung	130
e) Eigenständige Zustimmungshandlung	130
3. Freiwilligkeit	131
4. Bestimmtheit	131
5. Ergebnis zur Erkennbarkeit bei formularmäßigen Einwilligungen	132
F. Widerruf	132
I. Allgemeines	132
II. Abgrenzung zur Verweigerung	134
III. Abgrenzung zum Widerspruch	135
IV. Voraussetzungen	135
V. Besonderheiten bei der schuldvertraglichen Einwilligung	136
VI. Folgen des Widerrufs	138
1. Ex nunc Wirkung	138
2. Pflicht der verantwortlichen Stelle bei Widerruf einer Einwilligung	139
3. Berufung auf gesetzliche Erlaubnistatbestände nach Widerufen der Einwilligung?	141
a) Konflikt zwischen Betroffenem und verantwortlicher Stelle	141
b) Gleichrangigkeit von Einwilligung und gesetzlichem Erlaubnistatbestand	142

c)	Informationspflicht	142
4.	Entschiigung	143
a)	Entschigungspflicht bei Widerruf einer kunsturheberrechtlichen Einwilligung nach § 22 KUG	143
b)	Anwendbarkeit der Grundsätze auf eine datenschutzrechtliche Einwilligung?	144
aa)	Entschigungspflicht bei einseitiger Einwilligung	144
bb)	Entschigungspflicht bei einer schuldvertraglichen Einwilligung	144
G.	Wirkungsdauer der Einwilligung	145
I.	Problem der gegenwärtigen Situation	145
II.	Zeitliche Begrenzung der Einwilligung	146
1.	Wirkungsdauer bei ungenutzter Einwilligung	147
a)	Wirkungsdauer einer ungenutzten wettbewerbsrechtlichen Einwilligung	147
b)	Befristung einer ungenutzten datenschutzrechtlichen Einwilligung	147
2.	Befristung bei aktiver Nutzung der Einwilligung	148
3.	Besonderheiten einer schuldvertraglichen Einwilligung	149

## Kapitel 5: Stärkung des Instituts der Einwilligung durch Vereinheitlichung ihrer Voraussetzungen

A.	Problem der gesetzesystematischen Zersplitterung aufgrund bereichsspezifischer Besonderheiten	150
I.	Die elektronische Einwilligung	151
1.	Die qualifizierte elektronische Einwilligung nach § 126 Abs. 3 i. V. m. § 126a Abs. 1 BGB i. V. m. SigG	152
a)	Anwendungsbereich	152
b)	Voraussetzungen der elektronischen Einwilligung nach § 126 Abs. 3 i. V. m. § 126a Abs. 1 BGB i. V. m. SigG	153
2.	Die einfache elektronische Einwilligung	154
a)	Voraussetzungen	154
aa)	Bewusste und eindeutige Handlung des Betroffenen	154
bb)	Protokollierung der Einwilligung	155
cc)	Jederzeitige Abrufbarkeit der Einwilligung	156
dd)	Jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung	156
b)	Zwischenergebnis	157
3.	Die elektronische Einwilligung nach den Datenschutzrechtsbestimmungen einzelner Länder	157
4.	Vereinheitlichung der elektronischen Einwilligungen	158
a)	Erforderlichkeit dreier inhaltlich ungleicher elektronischer Einwilligungen?	159

aa) Ziel: Verhinderung eines Medienbruchs	159
bb) Unterschiedlicher Anwendungsgrad der drei elektronischen Einwilligungen	159
cc) Rechtsunsicherheit	161
dd) Abgrenzungsprobleme beim Anwendungsbereich	161
ee) Einfache elektronische Einwilligung auch nach § 4a BDSG?	162
(1) Elektronische Einwilligung nach § 28 Abs. 3a S. 1 2. HS. BDSG	162
(2) Elektronische Einwilligung gemäß § 28 Abs. 3a S. 1 2. HS. BDSG analog	164
(3) Elektronische Einwilligung gemäß § 13 Abs. 2 TMG beziehungsweise § 94 TKG analog	164
(4) Elektronische Einwilligung bei Vorliegen besonderer Umstände	165
(5) Konsequenz	166
b) Vereinheitlichung	167
aa) Einfache elektronische Einwilligung	167
bb) Ablauf mit durchführbarer qualifizierter elektro-nischer Einwilligung	169
5. Vermeidung der identischen Bezeichnung	170
<b>II. Die schriftliche Bestätigung</b>	170
1. Inhalt der schriftlichen Bestätigung	171
a) Schriftform oder Textform	171
b) Auslegung	172
aa) Grammatikalische Auslegung	172
bb) Systematische Auslegung	173
cc) Historische Auslegung	174
dd) Teleologische Auslegung	174
ee) Teleologische Reduktion	176
ff) Ergebnis zur Auslegung der schriftlichen Bestätigung	176
c) Bestätigungsplikt als Wirksamkeitsvoraussetzung?	177
2. Ungleichbehandlung von mündlichen Einwilligungen	178
3. Vereinheitlichung von mündlichen Einwilligungen	179
a) Erforderlichkeit einer Differenzierung?	179
b) Verallgemeinerung	180
4. Ergebnis zur schriftlichen Bestätigung	180
<b>III. Unterschiedliche Behandlung von konkludenten Einwilligungen</b>	181
<b>IV. Das Hervorhebungsgebot</b>	182
1. Präzisierung in § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	182
2. Angemessenheit anderer Maßstäbe?	182
<b>V. Koppelungsverbote</b>	183
1. Einführung des § 28 Abs. 3b BDSG	184
2. Auswirkungen der Einführung des § 28 Abs. 3b BDSG	184

a)	Anpassung des § 95 Abs. 5 TKG an die Koppelungsregelung im BDSG	184
b)	Einschränkung des Anwendungsbereichs gegenüber dem alten Koppelungsverbot in § 12 Abs. 3 TMG a. F.	185
c)	Koppelungsverbot aus § 4a BDSG	185
d)	Unterschiedlicher Maßstab von Freiwilligkeit	187
e)	Unterscheidung von öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen	187
3.	Verallgemeinerung des Koppelungsverbotes	187
B.	Ergebnis zur Vereinheitlichung der Voraussetzungen der Einwilligung	189
Kapitel 6: Zusammenfassung der Ergebnisse		190
A.	Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung	190
B.	Verbesserung der Wirksamkeitsvoraussetzungen	190
C.	Vereinheitlichung der Anforderungen an eine Einwilligung	192
Kapitel 7: Ausblick		194
Literaturverzeichnis		197

## Abkürzungsverzeichnis

BDSG 1977	Bundesdatenschutzgesetz von 1977
BDSG 1990	Bundesdatenschutzgesetz von 1990
DSG LSA	Datenschutzgesetz Sachsen-Anhalt
DSG MV	Landesdatenschutzgesetz Mecklenburg-Vorpommern
DSRL 95/46/EG	Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, RL 95/46/EG (kurz Datenschutzrichtlinie)
DSRL 2002/58/EG	Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, RL 2002/58/EG (kurz: Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)
Projekt ELENA	Elektronisches Entgeltnachweis-Verfahren oder elektronischer Einkommensnachweis
EU-Datenschutz-Grundverordnung	EU-Datenschutz-Grundverordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
MDStV	Mediendienststaatsvertrag
SZ	Süddeutsche Zeitung
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDG	Teledienstegesetz
TMG	Telemediengesetz
...	

Im Übrigen richten sich Abkürzungen nach: *Kirchner, Hildebert/ Pannier, Dietrich, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 6. Aufl. 2008

