

Kolumne

# Die datenschutzrechtliche Einwilligung – Der Stein der Weisen?

---

Christian Kuß (LL.M.)



Dieser Beitrag wurde lektoriert von: Joela Worm und Jan Broszeit



---

Christian ist Partner bei der Rechtsanwaltskanzlei Luther. Er berät überwiegend internationale und nationale Mandanten zu Rechtsfragen des Informationstechnologie-, Urheber- und Datenschutzrechts. Außerdem veröffentlicht er regelmäßig Beiträge zu aktuellen Themen der Digitalisierung, wobei er beispielsweise Mitherausgeber des Rechtshandbuchs Künstliche Intelligenz ist.

**S**urft man heute durch das World Wide Web, muss man den Eindruck gewinnen, dass dies der freundlichste Ort der Welt ist: Ständig wird man gefragt, ob man damit einverstanden sei, dass Cookies installiert werden, ob man einen Newsletter erhalten möchte oder ob man „kostenfreie“ Angebote im Austausch gegen seine persönlichen Informationen nutzen möchte. Gleichzeitig scheinen sich die Webseitenbesucher für diese Freundlichkeit kaum zu interessieren. Browsererweiterungen, wie „I don't care about cookies“, sorgen dafür, dass die Cookie-Banner verschwinden.

Die größte Lüge im Internet („Ich habe die AGB gelesen.“) gilt wohl genauso für Einwilligungstexte und Datenschutzerklärungen.

## Die datenschutzrechtliche Einwilligung – Der Stein der Weisen?

Das Desinteresse der Nutzer wird dadurch kompensiert, dass der Gesetzgeber, die Gerichte, die Datenschutzaufsichtsbehörden und Datenschutzorganisationen darauf hinwirken, die Anforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung zu präzisieren und zu erhöhen. Aber geht dieses Bestreben nicht fehl, wenn die betroffenen Personen selbst über ihre personenbezogenen Daten nicht selbstbestimmt entscheiden (wollen)?

### A. Das Volkszählungsurteil

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt für dieses Thema ist das Volkszählungsurteil des *Bundesverfassungsgerichts* vom 15.12.1983.<sup>1</sup> Das *BVerfG* verbot in seinem Urteil eine geplante Volkszählung und erklärte das Volkszählungsg für verfassungswidrig. Im Gegenzug formulierte es das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das Grundrecht gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung der eigenen persönlichen Daten zu bestimmen.<sup>2</sup> Mit diesem Urteil reagierte das *BVerfG* auf die neu entstandenen Risiken durch automatische Datenverarbeitungen, namentlich die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe von persönlichen Daten. In dem Urteil führt das *BVerfG* aus:

*„Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, daß [sic!] dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten.*

<sup>1</sup> BVerfG, NJW 1984, 419.

<sup>2</sup> BVerfG, NJW 1984, 419.

*Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“<sup>3</sup>*

„Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber von der Einwilligung absehen und stattdessen spezifische Rechtsgrundlagen für einzelne Verarbeitungssituationen erlassen würde.“

Das Recht zur informationellen Selbstbestimmung führt aber nicht dazu, dass ausschließlich der Einzelne berechtigt ist, über seine persönlichen Daten zu verfügen.

*„Dieses Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann.“<sup>4</sup>*

Nach diesem Urteil des *BVerfG* steht das Individuum im Zentrum des Datenschutzrechts: Er hat die Befugnis zu entscheiden, wer seine persönlichen Daten verarbeiten darf. Soweit eine solche Verarbeitung auch ohne seine Zustimmung zulässig ist, soll er jedenfalls wissen können, wer welche Daten von ihm verarbeitet.

Damit hat das *BVerfG* die zentralen Grundsätze des Datenschutzes festgeschrieben. Dennoch wird weiterhin munter über die Einwilligung<sup>5</sup> und ihre Wirksamkeit<sup>6</sup> gestritten.

<sup>3</sup> BVerfG, NJW 1984, 419 (422).

<sup>4</sup> BVerfG, NJW 1984, 419 (422).

<sup>5</sup> Jüngst etwa anhängig vor dem EuGH das sog. *Schrems-III Verfahren* über die Umdeutung einer Einwilligung in einen Vertrag auf personalisierte Werbung.

<sup>6</sup> Etwa das *Planet49-Urteil* des EuGH vom 1. Oktober 2019 Rs. C-673/17.

### B. Die datenschutzrechtliche Einwilligung – Der Stein der Weisen?

Zunächst kennt das Datenschutzrecht neben der Einwilligungserklärung eine Handvoll weiterer Rechtsgrundlagen, die es einem Verantwortlichen gestatten, personenbezogene Daten zu verarbeiten, auch wenn die betroffene Person nicht eingewilligt hat.

Diese Rechtsgrundlagen werden regelmäßig eng ausgelegt. Deshalb kommt der Einwilligung in der Praxis eine hohe Bedeutung zu; auch Gerichte stellen im Zweifel auf die Notwendigkeit einer Einwilligung ab.

Die „Einwilligung“ wird von der DS-GVO in Art. 4 Nr. 11 definiert als „[...] *jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung [...] mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.*“

Doch was ist eine freiwillig abgegebene Willenserklärung? Im Kern soll es eine Willenserklärung sein, die ohne Zwang abgegeben wird. Im Sprachgebrauch denkt man dabei zunächst an äußeren Zwang, etwa durch Gewalteinwirkung oder Drohung. Daneben existiert ein innerer Zwang, der sich im Hervorrufen von Vorstellungen und Handlungsimpulsen manifestiert. Gemeint ist die unzulässige Beeinflussung einer Person, wie sie durch Suggestion in Form optischer Gestaltung gerne auch auf Webseiten genutzt wird.

Einschlägige Beispiele für dieses Spannungsfeld stellen **Dark Patterns** und das **Nudging** dar. Bei **Dark Patterns** handelt es sich um eine sorgsam ausgearbeitete Oberfläche bzw. Prozesse, die den Nutzer leichter zu einem bestimmten Handeln verleiten, ohne dass dies offenkundig wird. Cookie Banner sind hierfür ein prominentes Beispiel. Sie sollen zu unbedachten Handlungen verleiten, indem sie Verhaltensanomalien des Menschen ausnutzen (z.B. den **Default Bias**, also die Neigung Voreinstellungen nicht zu verändern).<sup>7</sup>

Gleichzeitig klicken Nutzer häufig auf die Einwilligungserklärungen, ohne eine bewusste Entscheidung zu treffen, weil sie diese als lästige Hürde auf dem Weg zum spannenden Content wahrnehmen.

In vielen Fällen wird man anzweifeln können, ob der Nutzer über den Willen verfügt, sich rechtlich binden zu wollen. Ein wirksame Einwilligung ist damit zweifelhaft.

Dieses Nutzerbild steht im Widerspruch zum europarechtlichen Leitbild des mündigen Verbrauchers.

Ebenso widerspricht es der Vorstellung des **BVerfG** von einem Individuum, das selbstbestimmt über seine persönlichen Informationen entscheidet.

Aus diesem Grund werden die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung beständig präzisiert und weiter ausgestaltet, um die betroffenen Personen zu schützen. In der Folge werden die relevanten Einwilligungstexte immer länger und ausführlicher. Im Ergebnis dürften damit noch weniger betroffene Personen diese Texte im Detail lesen. Insoweit kann man festhalten, dass derjenige, der geschützt werden soll, diesen Schutz überhaupt nicht wahrnimmt. Die Schutzbestrebungen des Staates gehen ins Leere. Viele Nutzer bleiben desinteressiert oder überfordert. Gleichzeitig suggeriert die erteilte Einwilligung aber, dass es sich um eine bewusste Entscheidung der betroffenen Person handelt.

Vor diesem Hintergrund täte der Gesetzgeber gut daran, zu erkennen, dass die Einwilligung nicht der Stein der Weisen ist. Das Beharren auf der Einwilligung als zentrale Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung dürfte vielmehr dazu führen, dass viele müde sind, sich überhaupt mit dem Thema Datenschutz zu befassen.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber von der Einwilligung absehen und stattdessen spezifische Rechtsgrundlagen für einzelne Verarbeitungssituationen erlassen würde.

<sup>7</sup> Gerpott, MMR 2020, 739.

## Die datenschutzrechtliche Einwilligung – Der Stein der Weisen?

Per Gesetz könnte eindeutig geregelt werden, welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet werden dürften und welche nicht. Die exzessive Datennutzung durch große Digitalkonzerne müsste sich nicht hinter dem Feigenblatt der Einwilligungserklärung verstecken, sondern könnte durch den Gesetzgeber gelenkt werden. Im TTDSG<sup>8</sup> hat der Gesetzgeber diese Chance leider versäumt. Stattdessen steht damit die nächste Einwilligungserklärung ins Haus.

### C. Fazit

Die Einwilligung ist die zentrale Ausdrucksform der informationellen Selbstbestimmung. Sie beruht auf der häufig falschen Annahme, dass die betroffene Person die Einwilligung willentlich und wissentlich erteilt hat. Die Anforderungen an die Einwilligung werden beständig präzisiert und erhöht. Der dadurch vermeintlich gewonnene Schutz geht jedoch fehl. Stattdessen sollte der Gesetzgeber spezifische Rechtsgrundlagen schaffen, die vorsehen, wie personenbezogene Daten verarbeitet werden dürfen. Damit würde der Schutz der betroffenen Personen tatsächlich erreicht werden.

Zurück zum dynamischen  
Inhaltsverzeichnis?

Zum dynamischen  
Inhaltsverzeichnis

<sup>8</sup> Das TTDSG ist das Bundesgesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien, was seit dem 01.12.2021 in Kraft ist.

# CTRL

Cologne Technology & Law  
Forum & Law  
view



+

**Hier geht es zur ganzen Ausgabe**



Dort findest Du in 19 Beiträgen alles von Datenschutz bei Connected Cars über Krypto-Auktionen bis hin zum Artificial Intelligence Act und Legal Tech.