

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 18

Spielerisch selbstbestimmt

**Rechtskonforme Einwilligungserklärungen
in Zeiten ubiquitärer Digitalisierung**

Von

Martin Scheurer



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN SCHEURER

Spielerisch selbstbestimmt

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 18

Spielerisch selbstbestimmt

Rechtskonforme Einwilligungserklärungen
in Zeiten ubiquitärer Digitalisierung

Von

Martin Scheurer



Duncker & Humblot · Berlin

Veröffentlicht mit finanzieller Unterstützung der Universität Passau.

Die Juristische Fakultät der Universität Passau
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-15785-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55785-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85785-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Auch nach den Vorgaben der DSGVO ist die Einwilligungserklärung das zentrale Ausübungsinstrument datenschutzrechtlicher Selbstbestimmung. Mit der grundrechtlichen Verankerung der Einwilligung in den Vorgaben der Charta sowie mit der entsprechenden Platzierung innerhalb des novellierten Sekundärrechts wurden bekannte und bewährte Aspekte der individuellen Datendisposition zementiert sowie jedenfalls partiell novelliert. Allerdings wird das Versprechen einer freiwilligen, selbstbestimmten und allem voran informierten Einwilligung im Kontext der voranschreitenden Vernetzung und Verdatung der Gesellschaft vermehrt kritisch beäugt.

Gerade aber mit Blick auf die zunehmende Ökonomisierung personenbezogener Daten sollten die Vorgaben des Datenschutzrechts nicht als Antagonist der datengetriebenen Wirtschaft identifiziert werden, sondern vielmehr als Innovationsmotor bei der Ausgestaltung kreativer Einwilligungsprozesse. In diesem Sinne untersucht die vorliegende Arbeit die Vereinbarkeit zwischen technischen und rechtlichen Innovationen im Kontext der selbstbestimmten Datendisposition. Die Herstellung einer entsprechenden Konvergenz zwischen Technik und Recht bei der Ausgestaltung kreativer Einwilligungsprozesse ist dabei das zentrale Anliegen dieser Schrift, welche im Januar 2019 fertiggestellt und von der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Sommersemester 2019 als Dissertation angenommen wurde.

An dieser Stelle möchte ich zuvorderst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dirk Heckmann herzlich für die inspirierende, konstruktive sowie umfassende Betreuung während der Abfassung der vorliegenden Arbeit danken.

Bei Herrn Prof. Dr. Meinhard Schröder bedanke ich mich sehr für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt zudem der Deutschen Forschungsgemeinschaft, welche diese Arbeit im Kontext des DFG Graduiertenkollegs 1681/2 „Privatsphäre und Digitalisierung“ umfassend finanziell gefördert hat. In diesem Zusammenhang möchte ich mich herzlich bei den Kollegiatinnen und Kollegiaten des Kollegs für den fruchtbaren interdisziplinären wissenschaftlichen Austausch bedanken, wobei mein besonderer Dank dem Postdoc des Kollegs, Herrn Dr. Martin Hennig gilt.

Zudem bedanke ich mich bei meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht,

insbesondere bei Herrn Dipl. Jur. Thimo Brand, Herrn Dipl. Jur. Christoph Halder, Herrn Rechtsanwalt Jörn Jäger sowie bei Frau Dipl. Jur. Sarah Rachut.

Zu ganz besonderem Dank bin ich meiner Familie, meinen Freunden sowie meiner Freundin Tatjana verpflichtet, die mich während der Promotionszeit bedingungslos unterstützt, motiviert und gefördert haben.

Passau, Juni 2019

Martin Scheurer

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
<i>Erster Teil</i>	
Grundlagen	27
Kapitel 1	
Zum Begriff der informationellen Selbstbestimmung	27
A. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	28
B. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	38
C. Zwischenfazit	39
Kapitel 2	
Die Neuordnung des Datenschutzrechts durch die DSGVO	40
A. Die Rechtssetzung durch die Europäische Union	41
B. Die Einordnung der DSGVO im Gefüge des Unionsrechts	47
C. Zwischenfazit	65
<i>Zweiter Teil</i>	
Das Konzept der informationellen Selbstbestimmung nach den Vorgaben der DSGVO	67
Kapitel 1	
Die autonome Auslegung der DSGVO nach den Vorgaben des Unionsrechts	67
A. Die primärrechtskonforme und autonome Auslegung des Sekundärrechts ..	69
B. Die (weiteren) Auslegungskriterien des EuGH	72
C. Exkurs: Europäische Auslegungsgrundsätze bei nationalen Umsetzungsgesetzen	77

Kapitel 2

Die Charta als Prüfstein der Anwendung und Auslegung der DSGVO	80
A. Der Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 der Charta	82
B. Die Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 7 der Charta	93
C. Ergebnis und Abgleich mit der grundrechtlich garantierten informationellen Selbstbestimmung	114

Dritter Teil

Die Einwilligung – Voraussetzungen und Umsetzungsmöglichkeiten nach den Vorgaben der DSGVO 116

Kapitel 1

**Die DSGVO als Rechtsrahmen
der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung** 117

A. Die Anwendbarkeit der DSGVO	117
B. Auswirkungen auf derzeitige Bestimmungen zur Einwilligungserklärung nach dem nationalen Recht	125
C. Zwischenfazit	129

Kapitel 2

Die persönlichen Einwilligungsvoraussetzungen 130

A. Die Einwilligungsberechtigung	130
B. Die Einwilligungsfähigkeit nach den Vorgaben der DSGVO	136
C. Zwischenfazit	156

Kapitel 3

Die formellen Einwilligungsvoraussetzungen 157

A. Zeitliche Aspekte der Einwilligungserklärung	157
B. Die Form- und Transparenzvorgaben der DSGVO	159
C. Die Nachweispflichten im Rahmen der Erteilung der Einwilligungserklärung	202

Inhaltsübersicht	11
Kapitel 4	
Die materiellen Einwilligungsvoraussetzungen	208
A. Das Gebot der materiellen Transparenz – Die Bestimmtheit, Art. 4 Nr. 11 i. V.m. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO	209
B. Das Gebot der Informiertheit, Art. 4 Nr. 11 i. V.m. Art. 7 DSGVO	215
C. Das Gebot der Freiwilligkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 DSGVO	314
D. Zwischenfazit	329
<i>Vierter Teil</i>	
Schlussbetrachtung	331
Kapitel 1	
Zusammenfassende Thesen	331
Kapitel 2	
Schlussbemerkung	342
Literaturverzeichnis	343
Sachverzeichnis	387

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
<i>Erster Teil</i>	
Grundlagen	27
Kapitel 1	
Zum Begriff der informationellen Selbstbestimmung	27
A. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m.	
Art. 1 Abs. 1 GG	28
I. Der Schutzbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts	29
1. Die Abwehrdimension der informationellen Selbstbestimmung	30
2. Die Gewährleistungsdimension der informationellen Selbstbestimmung	31
II. Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht	33
1. Allgemeine Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht	33
2. Die Einwilligungserklärung als Grundrechtsverzicht?	34
III. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht im nicht-öffentlichen Bereich	35
1. Die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte	36
2. Die Schutzpflichtendimension der Grundrechte	36
B. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	38
C. Zwischenfazit	39
Kapitel 2	
Die Neuordnung des Datenschutzrechts durch die DSGVO	40
A. Die Rechtssetzung durch die Europäische Union	41
I. Das Unionsrecht als supranationale Rechtsordnung	41
II. Das Rechtsquellsystem des Unionsrechts	43
B. Die Einordnung der DSGVO im Gefüge des Unionsrechts	47
I. Die Kompetenznorm zum Erlass der DSGVO – Art. 16 Abs. 2 AEUV	47

I.	1. Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten	48
	2. Vorschriften über den freien Datenverkehr	48
II.	Die Wahl der Rechtsform im Gesetzgebungsverfahren	51
	1. Ein Gesamtkonzept für den Datenschutz in der EU	52
	2. Ein europäischer Datenschutzrahmen für das 21. Jahrhundert	53
	3. Beibehaltung des Verordnungscharakters im weiteren Gesetzgebungsverfahren	56
III.	Die Festsetzung des Normcharakters in den Vorgaben der DSGVO	57
	1. Die Erwägungsgründe der DSGVO als Erkenntnisquelle	58
	2. Die Vorgaben der Erwägungsgründe der DSGVO	61
C.	Zwischenfazit	65

Zweiter Teil

Das Konzept der informationellen Selbstbestimmung nach den Vorgaben der DSGVO

67

Kapitel 1

Die autonome Auslegung der DSGVO nach den Vorgaben des Unionsrechts

67

A. Die primärrechtskonforme und autonome Auslegung des Sekundärrechts	69
B. Die (weiteren) Auslegungskriterien des EuGH	72
I. Die begrenzte Wirkmacht der Wortlautauslegung im Unionsrecht	72
II. Die historische Auslegung im Unionsrecht	74
III. Systematik sowie Sinn und Zweck der Norm als maßgebliche Auslegungskriterien	75
C. Exkurs: Europäische Auslegungsgrundsätze bei nationalen Umsetzungsge setzen	77
I. Überblick über die Positionen des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts	77
II. Konsequenzen für die nationalen Umsetzungsmaßnahmen im Bereich des Datenschutzes	79

Kapitel 2

Die Charta als Prüfstein der Anwendung und Auslegung der DSGVO 80

A. Der Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 der Charta	82
I. Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 der Charta	83
1. Sekundärrechtliche Begriffsbestimmung – Verstoß gegen das Gebot des Vorrangs des Primärrechts?	83

	Inhaltsverzeichnis	15
2. Der sachliche Schutzbereich	84	
a) Die DSGVO als Bezugspunkt der Auslegung	85	
b) Das personenbezogene Datum im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO	86	
3. Der persönliche Schutzbereich	90	
II. Eingriffe in das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 Abs. 2 der Charta	90	
1. Die Verarbeitung personenbezogener Daten als Eingriff in das Grundrecht	91	
2. Die Einwilligung als eingriffsausschließender Tatbestand	92	
B. Die Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 7 der Charta	93	
I. Anwendbarkeit und Abgrenzung zu Art. 8 der Charta	94	
II. Der Schutzbereich der Norm	96	
1. Die Achtung des Privatlebens, Art. 7 Var. 1 der Charta	97	
a) Der Wortlaut – Zum Begriff Privatheit	98	
aa) Privatheit als Kontrollkonzept	98	
bb) (Informationelle) Privatheit und Digitalisierung	100	
cc) Zwischenergebnis	102	
b) Systematisch/teleologische Erwägungen: Das Recht auf Achtung des Privatlebens in Art. 8 EMRK	103	
aa) Das Privatleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 Var. 1 EMRK .	104	
bb) Der Datenschutz als Konkretisierung des Privatlebens .	106	
cc) Zwischenergebnis	108	
c) Historische Grundlagen: „The Right to be let alone“	108	
2. Die Achtung der Kommunikation, Art. 7 Var. 4 der Charta	109	
III. Eingriffe in die Schutzdimensionen des Art. 7 der Charta	111	
1. Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privatlebens	111	
a) Die Erhebung personenbezogener Daten als qualifizierter Ein- griff in das Privatleben	112	
b) Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten als weitergehen- der Eingriff in das Privatleben	113	
2. Eingriffe in das Recht auf Achtung der Kommunikation	113	
C. Ergebnis und Abgleich mit der grundrechtlich garantierten informationellen Selbstbestimmung	114	

Dritter Teil

**Die Einwilligung – Voraussetzungen und
Umsetzungsmöglichkeiten nach den Vorgaben der DSGVO** 116

Kapitel 1

**Die DSGVO als Rechtsrahmen
der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung** 117

A. Die Anwendbarkeit der DSGVO	117
I. Abgrenzung zu den Vorgaben der e-Privacy-VO in der Fassung des Kommissionsentwurfs	117
1. Zielrichtung der e-Privacy-VO in der Fassung des Kommissionsentwurfs	118
2. Der Anwendungsbereich der e-Privacy-VO	119
a) Das Verhältnis zur DSGVO	119
b) Sachlicher Anwendungsbereich	120
aa) Die Verarbeitung elektronischer Kommunikationsdaten bei elektronischen Kommunikationsdiensten, Art. 2 Abs. 1 Alt. 1 e-Privacy-VO	120
bb) Schutz der Informationen in Bezug auf die Endeinrichtung der Nutzer	122
c) Zwischenergebnis	123
II. Der sachliche Anwendungsbereich der DSGVO	123
III. Der räumliche Anwendungsbereich der DSGVO	124
B. Auswirkungen auf derzeitige Bestimmungen zur Einwilligungserklärung nach dem nationalen Recht	125
I. Die Möglichkeit zur Modifikation der Einwilligung bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten, Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO	126
II. Die Möglichkeit zur Modifikation der Einwilligung im Kontext des Beschäftigtendatenschutzes	127
C. Zwischenfazit	129

Kapitel 2

Die persönlichen Einwilligungsvoraussetzungen 130

A. Die Einwilligungsberechtigung	130
I. Die Einwilligung als höchstpersönliche Willensbekundung?	130
1. Wortlaut des Art. 4 Nr. 11 DSGVO	131
2. Systematische Erwägungen	133
3. Teleologische Erwägungen	134
II. Zwischenergebnis	136

B. Die Einwilligungsfähigkeit nach den Vorgaben der DSGVO	136
I. Allgemeine Einwilligungsfähigkeit nach der DSGVO	136
II. Spezielle Vorgaben für Kinder bei Diensten der Informationsgesellschaft, Art. 8 DSGVO	138
1. Verhältnis zu den allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen	140
2. Persönlicher Anwendungsbereich	141
3. Sachlicher Anwendungsbereich	142
a) Dienste der Informationsgesellschaft	142
aa) Einheitlicher sachlicher Anwendungsbereich trotz Verweis auf Richtlinie	143
bb) Das Kriterium der Entgeltlichkeit	143
cc) Das Kriterium der elektronischen Übertragung	144
dd) Ausnahmen vom Anwendungsbereich	145
ee) Zwischenergebnis	145
b) Das „direkte Angebot“	146
aa) Alleinige Zielgruppenorientierung Kinder	146
bb) Alleinige Zielgruppenorientierung Erwachsene	147
cc) Keine eindeutige Zielgruppenorientierung	148
c) Zwischenergebnis	149
4. Auswirkungen auf die Einwilligung des Kindes bei Eröffnung des Anwendungsbereiches des Art. 8 Abs. 1 DSGVO	150
a) Nach Vollendung des 16. Lebensjahres, Art. 8 Abs. 1 Satz 1 DSGVO	150
b) Vor Vollendung des 16. Lebensjahres, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 DSGVO	152
aa) Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 DSGVO	152
bb) Einwilligung des Kindes mit Zustimmung des Trägers der elterlichen Verantwortung, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 DSGVO	153
C. Zwischenfazit	156

Kapitel 3

Die formellen Einwilligungsvoraussetzungen

A. Zeitliche Aspekte der Einwilligungserklärung	157
B. Die Form- und Transparenzvorgaben der DSGVO	159
I. Die unmissverständliche Willensbekundung	159
1. Das Opt-Out-Verfahren als unmissverständliche Willensbekundung?	160
a) Die rationale Entscheidung im Kontext der Einwilligungserklärung	161
aa) Grundlagen des Rationalmodells	162

bb) Die rationale Einwilligungsentscheidung	163
cc) Zwischenergebnis: Die rationale Einwilligungserklärung	166
b) Tatsächliche Entscheidungen bei Abgabe der Einwilligungserklärung im Rahmen des Opt-Out-Verfahrens	166
c) Entscheidungserhebliche Faktoren bei der Ausgestaltung der Einwilligungserklärung	168
aa) Fehlerquellen bei der Beurteilung der zugrundeliegenden Informationen	170
bb) Fehlerquellen bei der Entscheidungsfindung	171
d) Zwischenergebnis	174
2. Die grundsätzliche Zulässigkeit der konkludenten Einwilligungserklärung	175
3. Das Erfordernis der ausdrücklichen Erklärung in besonderen Verarbeitungssituationen	177
II. Der Grundsatz des formfreien Erklärungsaktes	178
1. Die schriftliche Erklärung	179
a) Abkehr vom Grundsatz der Schriftform	179
b) Die Ausgestaltung der schriftlichen Erklärung im Sinne der DSGVO	180
2. Die mündliche Erklärung	181
3. Die Erklärung auf elektronischem Wege	182
a) Allgemeine Anforderungen an die elektronische Einwilligungserklärung	182
b) Der Einsatz von „Personal Information Management Systems“ ..	184
4. Zwischenergebnis	188
III. Das Gebot der formellen Transparenz bei verbundenen Erklärungen, Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO	188
1. Sinn und Zweck des formellen Transparenzgebots	189
2. Anwendungsbereich der Norm	189
a) Einbeziehung weiterer Sachverhalte	189
b) Allgemeine Übertragbarkeit der Anforderungen auf vorformulierte Einwilligungserklärungen	190
aa) Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke	191
bb) Vergleichbare Interessenlage	192
3. Die verständliche und leicht zugängliche Form	193
4. Die klare und einfache Sprache	195
a) Allgemeine Anforderungen an die klare und einfache Sprache ..	196
b) Besonderheiten bei kindlichen Adressatenkreisen	198
c) Die Dichotomie zwischen klarer, einfacher Sprache und juristisch erforderlicher Präzision	200
5. Zwischenergebnis	201
C. Die Nachweispflichten im Rahmen der Erteilung der Einwilligungserklärung	202

I.	Die Nachweispflicht des Art. 7 Abs. 1 DSGVO	202
II.	Die Nachweispflichten im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 8 DSGVO	204
	1. Anforderungen an den Grad des Nachweises	205
	2. Angemessene Anstrengungen unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik	206
III.	Zwischenergebnis	208
 Kapitel 4 Die materiellen Einwilligungsvoraussetzungen		208
A.	Das Gebot der materiellen Transparenz – Die Bestimmtheit, Art. 4 Nr. 11 i. V.m. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO	209
	I. Der Grundsatz der Zweckbindung im Rahmen der Einwilligungs- erklärung	209
	II. Möglichkeiten der Abweichung vom Bestimmtheitsgrundsatz	213
	III. Zwischenergebnis	215
B.	Das Gebot der Informiertheit, Art. 4 Nr. 11 i. V.m. Art. 7 DSGVO	215
	I. Der Mindestinformationsumfang – Das Informationsdefizit als Unter- maßverbot	216
	II. Begrenzung durch Informationsaufnahmebeschränkungen der Betroffe- nen	218
	1. Subjektive Voraussetzungen	218
	a) Die Problematik des „Information Overload“	219
	b) Unzureichendes Verständnis für komplexe Verarbeitungs- vorgänge	221
	aa) Warum Datenschutzerziehung?	222
	bb) Allgemeine Pflicht zur Einbeziehung didaktischer Aspekte im Rahmen der Einwilligungserklärung?	225
	2. Objektive Gegebenheiten	228
	3. Zwischenergebnis	229
	III. Begrenzung durch Belange der Verantwortlichen	229
	1. Die Möglichkeit zur Einschränkung der Informationspflichten durch berechtigte Interessen des Verantwortlichen	230
	a) Anwendbarkeit des Interessenausgleichs im Rahmen der Infor- mationspflichten	230
	b) Zum Begriff der berechtigten Interessen	232
	2. Die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen als berechtigtes Interesse des Verantwortlichen	234
	a) Die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses als grundsätzliches Interesse des Verantwortlichen	234
	aa) Der Schutz des Geschäftsgeheimnisses auf primärrechtlicher Ebene	235

bb) Der Schutz des Geschäftsgeheimnisses auf sekundärrechtlicher Ebene	236
b) Die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses als berechtigtes Interesse im Rahmen der informierten Einwilligung	238
c) Zwischenergebnis	241
3. Das Prinzip der praktischen Konkordanz als Ausgleichsmechanismus kollidierender Interessen	241
a) Das Prinzip der praktischen Konkordanz nach Hesse	242
b) Interessensaustausch im Kontext der Geschäftsgeheimnisse	244
aa) Bestimmung der Grundrechtskollision	245
bb) Legitimes Ziel	246
cc) Geeignetheit	246
dd) Erforderlichkeit	247
ee) Angemessenheit	248
4. Zwischenergebnis	251
IV. Vertrauensbildende Maßnahmen als Risiko- und damit Informationsminimierung	252
1. Vertrauen im Kontext des Datenschutzrechts	252
a) Zum Begriff des Vertrauens	253
b) Übertragbarkeit auf datenschutzrechtliche Sachverhalte	254
2. Vertrauensbildende Maßnahmen zur Reduktion der Informationspflichten	257
a) Transparente Verarbeitungsprozesse	258
b) Zertifizierungsverfahren sowie korrespondierende Datenschutzziegel	260
c) Die praktische Ausgestaltung	264
3. Zwischenergebnis	271
V. Informationsbegrenzung durch den Einsatz von Bildsymbolen	271
1. Die Vorgaben der DSGVO – Anwendbarkeit im Kontext der Einwilligung	273
2. Umsetzungsvorschläge	274
a) Anforderungen an ein gelungenes Datenschutzpiktogramm	275
b) Die praktische Ausgestaltung	277
aa) Vorschlag des Europäischen Parlaments – Delegierte Rechtsakte der Kommission	277
bb) Privicons	279
3. Zwischenergebnis	281
VI. Spielerisch selbstbestimmt – Informationsvermittlung durch den Einsatz spielerischer Mittel	282
1. Grundlagen des Gamifications	283
a) Begriffsbestimmung und Abgrenzung	283
aa) Die Integration spielerischer Elemente	285
bb) Die Ausgestaltung im Sinne eines Spiel-Designs	286

cc) Die Platzierung innerhalb eines spielfremden Kontexts	288
dd) „Zweckbindung“: Gamification als Werkzeug zur Problemlösung	288
b) Anwendungsbeispiele	289
aa) Kontext Gesundheitswesen	290
bb) Kontext Bildungswesen	293
c) Zwischenergebnis	297
2. Die motivierende Wirkung gamifizierter Anwendungen auf den Spieler	297
a) Zum Begriff der Motivation	298
b) Die motivierende Wirkung gamifizierter Anwendungen	300
c) Zwischenergebnis	304
3. Anwendbarkeit auf das System der datenschutzrechtlichen Einwilligung	304
a) Grundsätzliche Eignung des Datenschutzrechts zur Gamifizierung	304
b) Gamifizierte Elemente einer Einwilligungserklärung	306
aa) Das Ziel der gamifizierten Einwilligungserklärung	306
bb) Spezifische Spieldesign-Elemente im Anwendungsbereich der Einwilligung	307
(1) Leicht integrierbare Spielelemente	308
(a) Das „doppelte Selbstbestimmungsrecht“ – Freiheit zur Wahl gamifizierter Einwilligungserklärungen	308
(b) Der Einsatz eines Punktesystems im Kontext der Einwilligungserklärung	308
(c) Der Einsatz spezieller Achievements/Abzeichen im Kontext der Einwilligungserklärung	310
(2) Weiterführende Elemente	312
4. Zwischenergebnis	313
VII. Zwischenfazit	314
C. Das Gebot der Freiwilligkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 DSGVO	314
I. Grundlagen des Gebots der Freiwilligkeit	315
1. Freiwilligkeit als Freiheit, „Nein“ zu sagen	315
2. Freiwilligkeit im Kontext evidenter Machtasymmetrien	317
a) Grundsätzlich bedenkliche Machtgefälle	318
aa) Der Aspekt der Freiwilligkeit im Verhältnis Bürger-Staat	318
bb) Der Aspekt der Freiwilligkeit innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses	319
cc) Der Aspekt der Freiwilligkeit innerhalb des Gesundheitswesens	320
b) Relevante Faktoren im Einzelfall	322
3. Zwischenergebnis	324

II.	Das Koppelungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO	324
1.	Der Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 4 DSGVO	324
a)	Das Kriterium der Vertragserfüllung	325
b)	Abgrenzung zu den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b DSGVO	326
2.	Umfang und Ausmaß	327
III.	Zwischenergebnis	329
D.	Zwischenfazit	329
 <i>Vierter Teil</i>		
Schlussbetrachtung		331
 Kapitel 1		
Zusammenfassende Thesen		331
 Kapitel 2		
Schlussbemerkung		342
Literaturverzeichnis	343
Sachverzeichnis	387

Einleitung

Die Digitalisierung bestimmt zwischenzeitlich den Takt des Alltags, wobei die Schlagzahl technischer Innovationen rasant ansteigt. Die Entwicklung, Entfaltung und Ausgestaltung unserer Persönlichkeit wird digital und maßgeblich datenbasiert abgewickelt. Im gleichen Maße werden die Stimmen laut, die der Privatheit in der „technisierten Informationsgesellschaft“¹ kaum mehr Wert beimesse² oder aber diese für verloren erklären³. Im besten Fall sei das Konzept der Privatheit altmodisch und fortschrittsfeindlich,⁴ im schlimmsten Fall Diebstahl⁵. Dabei stellt sich die Frage, ob die zunehmend komplexeren und umfassenderen Datenverarbeitungsvorgänge zwangsläufig zu einem Bedeutungsverlust der Privatheit, allem voran in Gestalt informationeller Selbstbestimmung, führen müssen. Insbesondere im Kontext der Digitalisierung sollte vielmehr die Frage auf der Hand liegen, ob und wie diese dazu genutzt werden kann, um die Datenkontrolle des Einzelnen effektiv und selbstbestimmt umzusetzen.⁶ Letzteres ist insbesondere mit Blick darauf, dass die Digitalisierung in Art und Umfang unumgänglich ist, die zukunftsorientierte, wenn nicht sogar die zwingend notwendige Maßnahme.

Zentraler und legislativ novellierter Baustein zur Regulierung der „Macht der Datensammler“⁷ sowie zur Effektuierung digitaler Selbstbestimmung ist dabei die seit dem 25. Mai 2018 geltende Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)⁸. Auch unter dem Regime der Verordnung bleibt die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung „ein entscheidender Pfeiler des Datenschut-

¹ So BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – NJW 2010, 505 (508 Rn. 138).

² Vgl. dazu etwa Heller, Post-Privacy.

³ Vgl. Prantl, DuD 2016, 347 (349); Grimm/Zöllner, Schöne neue Kommunikationswelt oder Ende der Privatheit?; Schaar, Das Ende der Privatsphäre, S. 15 ff.

⁴ Vgl. dazu Cohen, Harvard Law Review 2013, 1904.

⁵ Nach Eggers, Der Circle: „Geheimnisse sind Lügen; Teilen ist Heilen; Alles Private ist Diebstahl“, S. 346.

⁶ So bereits Heckmann, NJW 2012, 2631 (2634).

⁷ Dazu Morgenroth, Sie kennen dich! Sie haben dich! Sie steuern dich! Die wahre Macht der Datensammler.

⁸ Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1.

zes“⁹, welcher den Betroffenen die Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten ermöglichen soll. Die grundrechtliche Verankerung der Einwilligung in Art. 8 Abs. 2 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta)¹⁰ als primären Rechtfertigungstatbestand sowie die entsprechende Platzierung in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO schaffen eine (zumindest auf absehbare Zeit) unumgängliche Rechtswirklichkeit, die es nunmehr umzusetzen gilt. Gerade mit Blick auf die zunehmende Ökonomisierung personenbezogener Daten sollte darin aber kein Verhinderungs-, sondern vielmehr ein Gestaltungsauftrag gesehen werden. Unter Berücksichtigung bestehender rechtlicher, insbesondere datenschutzrechtlicher Grundlagen ist die Herstellung gerade dieser Konvergenz zwischen technischen und rechtlichen Innovationen bei der Ausgestaltung entsprechender Einwilligungserklärungen das zentrale Anliegen dieser Arbeit. Zusammengefasst beruht der vorliegende Forschungsansatz damit auf der folgenden These:

Im Kontext der Digitalisierung kann die Antizipation informationeller Selbstbestimmung insbesondere durch eine entsprechend digitale Modifikation der Einwilligungserklärung erfolgen. Das korrelierende Datenschutzrecht sollte in diesem Sinne weniger als Antagonist der zunehmend datengetriebenen Wirtschaft, sondern vielmehr als wichtiger Protagonist eines zukunftsorientierten, digitalisierten und grundrechtlich fundierten Europas identifiziert werden.

Mit Blick auf die bereits angedeutete Neujustierung des grundrechtlichen Fluchtpunktes, untersucht die vorliegende Arbeit dabei zunächst die Grundlagen datenschutzrechtlicher Selbstbestimmung nach Geltung der DSGVO. Als Ausgangs- und Vergleichspunkt soll dazu auf das Konzept der informationellen Selbstbestimmung nach den Vorgaben des Grundgesetzes (GG) zurückgegriffen werden. Wie in Kapitel 1 des ersten Teils der Arbeit dargestellt wird, bildet dieses – zusammen mit dem Schwesterngrundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – die grundrechtliche Basis der bisher national gedachten datenschutzrechtlichen Selbstbestimmung. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten der DSGVO soll daran anschließend gezeigt werden, dass die Grundverordnung für eine grundlegende und allem voran einheitliche Neuordnung des einfach aber auch grundrechtlichen Datenschutzes innerhalb Europas steht (Kapitel 2).

Darauf aufbauend widmet sich der zweite Teil der Arbeit dem europäischen Grundrechte-Kanon unter besonderem Fokus auf die Charta. Mithin

⁹ Albrecht, CR 2016, 88 (91).

¹⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 391 ff.

werden die insofern maßgeblichen primärrechtlichen Vorgaben unter Einbeziehung des deutschen Konzepts der informationellen Selbstbestimmung analysiert. Mit Blick auf die Spezifika der Methodik des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) (Kapitel 1) sind die datenschutzrechtlich relevanten Bestimmungen des Art. 8 sowie des Art. 7 der Charta zu untersuchen (dazu Kapitel 2). Wenngleich die Charta nicht ausdrücklich auf das Konzept der informationellen Selbstbestimmung rekurriert, ist zu zeigen, dass auch der europäische Datenschutz den Schutz der Betroffenen, nicht aber den Schutz der Daten um ihrer selbst willen forciert. Vielmehr soll gezeigt werden, dass die Verschmelzung innovativer Datenschutzvorgaben mit dem historisch gewachsenen Privatheits- beziehungsweise Persönlichkeitsschutz einen jedenfalls vergleichbaren Grundrechtsschutz bietet.

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet sodann der dritte Teil, der sich umfassend mit der Frage auseinandersetzt, wie das Sekundärrecht der grundrechtlich fundierten Einwilligung zur Geltung verhilft. Dass es dabei maßgeblich auf die Vorgaben der DSGVO ankommt wird in Kapitel 1 aufgezeigt. Abseits der formellen und materiellen Einwilligungsvoraussetzungen ist vorab die Frage der Einwilligungsberechtigung grundlegend zu klären (dazu unter Kapitel 2). Neben der Frage, ob die Einwilligung als höchstpersönliche Erklärung einzuordnen ist, sollen dabei insbesondere die novellierten Vorgaben des Art. 8 DSGVO untersucht werden. Darauffolgend sind die formellen Anforderungen an den Einwilligungsprozess zu beleuchten, wobei neben dem Aufzeigen technischer Möglichkeiten zur Einholung der Einwilligung insbesondere darauf eingegangen werden soll, unter welchen Voraussetzungen überhaupt von einer bewussten Einwilligung gesprochen werden kann. Dies soll insbesondere am Beispiel des „Opt-Out-Verfahrens“ gezeigt werden (Kapitel 3).

Die Frage wie der Einwilligungsprozess im konkreten Fall ausgestaltet werden kann, wird sodann anhand der Ausführungen zu den materiellen Einwilligungsvoraussetzungen behandelt (Kapitel 4). Im Hinblick auf die materiellen Anforderungen an die Einwilligungserklärung ist allem voran zu untersuchen, welche Anforderungen an die Informiertheit zu stellen sind. Dabei ist insbesondere zu klären, ob mittels des Instruments der praktischen Konsolidanz sowie des Vertrauensschutzes die zu befürchtende und letztlich kontraproduktive Informationsüberflutung des Betroffenen verhindert werden kann.

Stellvertretend für zahlreiche weitere denkbare Ansätze soll darüber hinaus analysiert werden, ob und gegebenenfalls wie spielerische („gamifizierte“) Mittel herangezogen werden können, um komplexe datenschutzrechtliche Sachverhalte in einer verständlichen, leicht zugänglichen Form in klarer und einfacher Sprache abzubilden. Dabei soll insbesondere gezeigt werden, dass