

Anouk Marie Bender

Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen
Einwilligung bei unentgeltlichen
Dienstleistungen im Internet



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 61

Anouk Marie Bender

Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen
Einwilligung bei unentgeltlichen
Dienstleistungen im Internet



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8421-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2797-6 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

für
Jan, Hugo & Ferry

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich Februar 2021 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zu allererst meinem Doktorvater, Professor Dr. *Boris P. Paal*, M.Jur. (Oxford) für die in jeder Hinsicht hervorragende Betreuung meiner Promotion sowie für die Aufnahme der Abhandlung in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe. Ich möchte außerdem Professor Dr. *Hanno Merkt*, LL.M. (Univ. of Chicago) für die Zweitbegutachtung und die damit einhergehende Auseinandersetzung mit meiner Arbeit danken.

Diese Arbeit wurde mit freundlicher Unterstützung des Vereins zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts e. V. gedruckt, wofür ich mich ebenfalls bedanken möchte.

Während der Erstellung dieser Arbeit durfte ich insgesamt sieben interessante Experteninterviews mit Dr. *Oliver Griess* (BfDI), *Carolin Loy* und *Michael Will* (beide BayLDA), *Paul Nemitz* (KOM), *Marie McGinley* und *Peter Kraus* (beide EDSA), *Katharina Rieke* (BVDW), *Christine Steffen*, LL.M. (Verbraucherzentrale NRW e. V.) sowie *Axel Voss* (EP) führen. Ich danke meinen Gesprächspartnern für ihre Zeit und Offenheit, mit der sie ihre Ideen geteilt und diese Arbeit dadurch um ihre wertvollen Perspektiven bereichert haben.

Ich möchte mich außerdem bei meiner Familie und meinen Freunden bedanken. *Anne Dreessen*, *Julia Herrnberger*, Dr. *Stephan Kuntner* und Dr. *Anke Moroder* danke ich für ihre Freundschaft in allen Lebenslagen, so haben sie auch die Zeit der Promotion mit vielen guten Gesprächen begleitet. Meinen Eltern, Dr. *Hans-Ulrich Lunkenheimer* und Dr. *Waltraud Lunkenheimer*, habe ich unendlich viel zu verdanken. Zugleich sind sie für mich aufgrund der Freude und des Tatendrangs, mit denen sie ihren eigenen Berufen nachgegangen sind, Vorbilder auf meinem Ausbildungs- und Berufsweg. Meinem Mann Dr. *Jan Philipp Bender*, mit dem das Leben wunderschön und immer spannend ist, danke ich für viele wertvolle und oftmals auch kritische, aber stets konstruktive Anmerkungen zu dieser Arbeit aus nicht juristischer Perspektive. Und schließlich danke ich unse-

Vorwort

ren beiden Söhnen *Hugo* und *Ferry*, ohne die es diese Arbeit nicht geben würde.

München, Juni 2021

Anouk Marie Bender

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	21
A. Motivation und Zielsetzung	22
B. Gang der Untersuchung	23
Erstes Kapitel: Rechtliche Rahmenbedingungen	26
A. Entwicklung des Rechtsrahmens	27
I. Europäische Grundlagen	27
II. Ursprünge deutschen Datenschutzrechts	29
IV. Datenschutzrichtlinie 95/46/EG	31
V. Bundesdatenschutzgesetz von 2001	33
VI. Datenschutz-Grundverordnung	34
VII. Zwischenergebnis	36
B. Datenschutz im technologischen Wandel	37
I. Europäische Rechtsgrundlagen	37
1. ePrivacy-Richtlinie	38
2. ePrivacy-Verordnung	39
III. Deutsche Rechtsgrundlagen	40
III. Zwischenergebnis	41
C. Freiwilligkeit der Einwilligung	42
I. Koppelung	42
1. Regelungsgehalt	43
2. Maßstab für die Erforderlichkeit	46
3. Unentgeltliche Dienstleistungen im Internet	47
a) Monetäre vs. datenfinanzierte Geschäftsmodelle	48
b) Synallagmatische Verknüpfung	49
c) Erforderlichkeit bei datenfinanzierten Geschäftsmodellen	50
d) Unanwendbarkeit der Koppelungsbeschränkung?	52
4. Zwischenergebnis	53
II. Machtungleichgewicht	54
III. Nachteil	56

Inhaltsverzeichnis

IV. Bündelung	57
IV. Zwischenergebnis	59
Zweites Kapitel: Datenschutzrechtliche Realität	61
A. Vorgehensweise	62
I. Experteninterviews	63
1. Auswahl der Interviewpartner	63
2. Interviewfragen	64
3. Darstellung der Ergebnisse	65
II. Einwilligungserklärungen im Vergleich	65
1. Auswahl untersuchter Websites	65
2. Darstellung der Ergebnisse	67
III. Themenverwandte Umfragen und Studien	68
1. Kurzvorstellung	68
2. Darstellung der Ergebnisse	70
B. Technischer Hintergrund	70
I. Webtracking	70
1. Identifikatoren	71
a) Cookies	72
b) Fingerprinting	73
c) Browser-Sniffing	73
d) Sound-Beacons	74
2. Cross-Domain-Tracking	74
3. Cross-Device-Tracking	75
4. Social Media Plugins	75
II. Profilbildung	76
III. Onlinewerbung	78
1. Personalisierte Werbung	79
2. Programmatische Werbung	81
3. Erfolgsmessung	82
C. Perspektiven der Praxis	83
I. Vielzahl der Entscheidungen	84
II. Vielfalt der Erklärungen	86
1. Inhaltliche Vielfalt	88
a) Passive Cookie-Banner	88
b) Aktive Cookie-Banner	89
2. Grafische Gestaltung	90
III. Reichweite der Einwilligung	94
1. Komplexität	94

2. Datenschutzkompetenz	98
IV. Mangelnde Alternative	101
1. Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Diensten	101
2. Wahlmöglichkeit innerhalb eines Dienstes	101
D. Fazit	105
Drittes Kapitel: Vereinbarkeit der Praxis mit den rechtlichen Rahmenbedingungen	106
A. Vorgehensweise	107
B. Vielzahl der Entscheidungen	109
I. Verhältnis zwischen den Rechtsgrundlagen	109
1. Vorrang der Einwilligung	110
2. Gleichrangigkeit der Rechtsgrundlagen	110
3. Bewertung	111
II. Rückgriffsmöglichkeiten auf andere Rechtsgrundlagen	112
1. Keine kumulative Anwendung	113
2. Rückgriff unter Einschränkungen	113
3. Sperrwirkung der Einwilligung	115
4. Bewertung	116
III. Zwischenergebnis	117
C. Vielfalt der Erklärungen	117
I. Grundsatz der Datenminimierung	118
II. Datenschutzfreundliche Voreinstellungen	120
1. Vorausgefüllte Ankreuzkästchen	121
2. Sonstige Gestaltungsformen	122
III. Zwischenergebnis	125
D. Reichweite der Einwilligung	126
I. Gebot der Transparenz	126
II. Informierte Entscheidung	128
1. Mehrebenenansatz	129
2. Bildsymbole	130
3. Bewertung	131
III. Zwischenergebnis	132
E. Fehlende Alternativen	132
I. Wahlmöglichkeit zwischen Diensten	133
1. Berücksichtigung alternativer Angebote	133
2. Einbeziehung kartellrechtlicher Wertungen	134
3. Unerheblichkeit alternativer Angebote	135

Inhaltsverzeichnis

4. Bewertung	136
II. Wahlmöglichkeit innerhalb eines Dienstes	137
1. Entgeltlicher Alternativzugang	138
a) Zulässigkeit einer entgeltpflichtigen Alternative	138
b) Angemessenheit des Entgelts	142
2. Inhaltliche Differenzierung	144
3. Bewertung	145
III. Zwischenergebnis	146
F. Ausblick auf die ePrivacy-VO	146
G. Fazit	150
Viertes Kapitel: Lösungsvorschlag	153
A. Diskutierte Lösungsvorschläge	153
I. AGB-Kontrolle	154
1. Anwendbarkeit des AGB-Rechts	155
a) Einordnung als AGB	155
b) Einwilligung als Hauptleistungspflicht	157
c) Datenschutz als Prüfungsmaßstab	159
d) Zwischenergebnis	162
2. Stärkung der Freiwilligkeit	163
a) Datenschutzrechtliche Angemessenheitsprüfung	163
b) Eigenständige AGB-Kontrolle	165
c) Zwischenergebnis	167
3. Bewertung	168
II. Zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit	170
1. Gesetzliche Anknüpfungspunkte	170
2. Kritik an der geltenden Rechtslage	171
3. Gestaltungsvorschläge	172
4. Bewertung	173
III. Zeitliche Entkoppelung	176
1. Plädoyer der Befürworter	176
2. Bewertung	177
B. Eigener Lösungsvorschlag	178
I. Subsidiarität	179
1. Begründung	180
2. Vorschlag für die Umsetzung	181
II. Standardformulierung und Gestaltungsvorgaben	182
1. Begründung	183
2. Vorschlag für die Umsetzung	184

Inhaltsverzeichnis

III. Bildsymbole	184
1. Begründung	185
2. Vorschlag für die Umsetzung	186
IV. Bezahlalternative	187
1. Begründung	187
2. Vorschlag für die Umsetzung	188
C. Fazit	188
Literaturverzeichnis	193
Sonstige Materialien	203

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
BayLDA	Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BDSG 1977	Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz) vom 27. Januar 1977, BGBl. I 1977, S. 201 ff.
BDSG 1990	Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung des Datenschutzes vom 20. Dezember 1990, BGBl. I 1990, S. 2954 ff.
BDSG 2001	Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze vom 18. Mai 2001, Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze vom 18. Mai 2001, BGBl. I 2001, S. 904 ff.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfDI	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMI	Bundesministeriums des Inneren
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drs.	Deutscher Bundestag Drucksache
BVDW	Bundesverbands Digitale Wirtschaft e. V.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CIGI	Centre for International Governance Innovation

Abkürzungsverzeichnis

CNIL	Französische Datenschutzaufsichtsbehörde (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)
Cookie-RL	Richtlinie 2009/136/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/ /2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, Amtsblatt Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11.
dimap	das Institut für Markt- und Politikforschung
DInhRL	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Amtsblatt Nr. L 136 vom 22. Mai 2019, S. 1 ff.
DIVSI	Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet
DMP	Demand-Side-Plattform
DPC	Irische Datenschutzaufsichtsbehörde (Data Protection Commissioner)
DSGVO	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), Amtsblatt Nr. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1 ff.

DSGVO-E(EP)	Europäisches Parlament, Beschluss vom 12. März 2014 im Rahmen der ersten Lesung zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission (Interinstitutionelles Dossier des Rats der Europäischen Union vom 27. März 2014, 2012/0011 (COD); 7427/1/14, REV 1).
DSGVO-E(KOM)	Europäische Kommission, Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), 25. Januar 2012, KOM(2012) 11 endg.
DSGVO-E(Rat)	Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), 15. Juni 2015, Drs. 9565/15
DSGVO-E(Trilog)	Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) [erste Lesung] – Politische Einigung, 28. Januar 2016, 5455/16
DSK	Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder
DSP	Demand-Side-Plattform
DSRL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Amtsblatt Nr. L 281 vom 23. November 1995, S. 31 ff.
EDSB	Europäischer Datenschutzbeauftragter
EDSA	Europäischer Datenschutzausschuss
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention

Abkürzungsverzeichnis

ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-US Privacy Shield	Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1250 der Kommission vom 12. Juli 2016 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des vom EU-US-Datenschutzschild gebotenen Schutzes (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen C(2016) 4176), Amtsblatt L 207 vom 1. August 2016, S. 1 ff.
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EP	Europäisches Parlament
ePrivacy-RL	Richtlinie 2002/58/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), Amtsblatt Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37 ff.
ePrivacy-VO-E(KOM)	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), vom 10. Januar 2017, COM(2017) 10 final; 2017/0003 (COD)

ePrivacy-VO-E(EP)	Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation) (COM(2017)0010 – C8-0009/2017 – 2017/0003(COD)) vom 26. Oktober 2017, A8-0324/2017
ePrivacy-VO-E(Rat)	Entwurf einer Verordnung über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation) – Mandat des Rates, vom 10. Februar 2021, Dok. 6087/21
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HDPa	Griechische Datenschutzaufsichtsbehörde
HSDG 1970	Hessisches Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970, GVBl. I 1970, 625 ff.
IAB	Interactive Advertising Bureau
ICO	Datenschutzaufsichtsbehörde des Vereinigten Königreichs (Information Commissioner's Office)
IfD-Allensbach	Institut für Demoskopie Allensbach
insbes.	insbesondere
i. S. v.	im Sinne von
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission

Abkürzungsverzeichnis

LIBE	Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) des europäischen Parlaments
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
REFIT	Programm der KOM zur Gewährleistung der Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung in der EU
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge
SSP	Supply-Side-Plattform
TKG	Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert am 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328)
TMG	Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179, 2007 I S. 251), zuletzt geändert am 19. November 2020 (BGBl. I S. 2456)
TTDSG-E	Referentenentwurf des BMWi vom 12. Januar 2021 für ein Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien sowie zur Änderung des Telemediengesetzes
u. a.	und andere/ unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
W&V	Zeitschrift Werben und Verkaufen