

**Mandated Choice: der Zwang zur Entscheidung auf dem Prüfstand von *Privacy by Default* (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO)**

Mario Martini/Quirin Weinzierl\*

A. Entscheidungsarchitekturen der digitalen Welt.....	2
I. Voreinstellungen als Instrument der Entscheidungssteuerung .....	2
II. <i>Mandated Choice</i> als Entscheidungsarchitektur .....	4
1. Empirischer Befund.....	5
2. (Verhaltens-)Ökonomische Erklärungsversuche .....	7
B. Zulässigkeit von <i>Mandated Choice</i> unter Art. 25 Abs. 2 DSGVO?.....	9
I. Allgemeine Vereinbarkeit einer <i>Mandated Choice</i> -Entscheidungsarchitektur mit Art. 25 Abs. 2 DSGVO .....	9
1. Kein Verstoß gegen das Verbot datenschutzunfreundlicher Voreinstellung ( <i>Opt-out</i> -Verbot).....	10
2. Kein genereller Zwang zur datenschutzfreundlichen Voreinstellung (kein genereller <i>Opt-in</i> -Zwang) .....	11
II. Grenzen der <i>Mandated Choice</i> -Entscheidungsarchitektur.....	15
1. (Unionsrechtliche) Analogie für stark verhaltenssteuernde <i>Mandated Choice</i> -Architekturen.....	16
2. Schranken analoger Anwendung .....	17
3. Zulässigkeitsfeststellung im Einzelfall .....	19
C. Auswirkungen einer <i>Mandated Choice</i> auf die Wirksamkeit der Einwilligung (Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO) .....	20
I. Dogmatisches Verhältnis von <i>Privacy by Default</i> (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO) zur Wirksamkeit der Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a i. V. m. Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO).....	20

---

\* Prof. Dr. Mario Martini ist Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften (DUV) Speyer und Leiter des Programmbereichs „Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV) sowie Mitglied der Datenethikkommission der Bundesregierung. Ass. jur. Quirin Weinzierl, LL.M. (Yale) ist Forschungsreferent am FÖV und Koordinator des Programmbereichs; mit der Thematik der Ausnutzung von Verhaltenssteuerung setzt er sich auch im Rahmen seines laufenden Promotionsvorhabens an der DUV Speyer auseinander. Die Autoren danken besonders dem Forschungsreferenten *Jonas Botta* für die sehr gelungene Unterstützung.

II. Kopplungsverbot (Art. 7 Abs. 4 DSGVO) .....	21
III. Eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO) .....	22
D. Besondere Anforderungen bei sensiblen Daten, Art. 9 DSGVO .....	23
E. Ausblick auf die E-Privacy-VO – fast ein Zwang zu <i>Mandated Choice</i> .....	25
F. Fazit .....	27

*Der Mensch trifft Entscheidungen nicht rein rational. Diese Erkenntnis hat sich in der Wirtschaftswissenschaft längst durchgesetzt. Wie mit „begrenzter Rationalität“ regulatorisch sachgerecht umzugehen ist, ist hingegen weniger klar. Die verhaltensökonomischen Effekte, die Entscheidungen lenken, lassen sich insbesondere normativ nur schwer greifen. Die Privacy by Default-Regelung der DSGVO (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO) illustriert dies paradigmatisch: Sie soll datenschutzfeindliche Voreinstellungen unterbinden. Doch finden Entscheidungsarchitekten stets neue Gestaltungen, die verhaltenspsychologische Effekte zum Nachteil der Privatheit ausnutzen. Eine ihrer praktisch relevantesten Spielarten ist der Zwang zur Entscheidung („Mandated Choice“). In welchem Verhältnis solche Architekturen zu den normativen Vorgaben des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO stehen, ist im Augenblick unklar. Ein tiefer Blick in die verhaltenspsychologischen Hintergründe der Regelung bringt Licht ins Dunkel.*

## A. Entscheidungsarchitekturen der digitalen Welt

### I. Voreinstellungen als Instrument der Entscheidungssteuerung

In der Welt digitaler Dienste wie Facebook, Microsoft, Google und Co. hat sich ein beständiges Gestaltungsmuster herausgebildet: Verantwortliche treffen für die Zustimmung des Nutzers zu Verarbeitungsprozessen vielfältige Voreinstellungen. Mit deren Hilfe lassen sie sich weitreichende Verarbeitungsrechte einräumen – etwa um Nutzer zu tracken und personalisierte Werbung schalten zu können oder um Gesichts- und Spracherkennung zu betreiben. Der Nutzer hat die Freiheit, diese Voreinstellungen abzuändern. Doch macht er davon nur selten Gebrauch – er behält Voreinstellungen vielmehr typischerweise bei.

Solche *Opt-out*-Voreinstellungen („Widerspruchslösung“) machen sich eine wissenschaftlich gut unterlegte verhaltenspsychologische Erkenntnis zunutze, den sog. *Default Effect*: Bei einer *Opt-out*-Gestaltung entscheiden sich im Schnitt 72 % für eine Verarbeitung. Bei einer *Opt-in*-Gestaltung („Zustimmungslösung“), die es dem Einzelnen abverlangt, eine gewünschte Einstellung zu aktivieren, sind es hingegen 46 %. Das entspricht einem Steuerungseffekt von 26 %.<sup>1</sup>

Diese Zustimmungsraten kontrastieren deutlich mit der abstrakt hohen Wertschätzung der Internetnutzer für den Schutz ihrer Privatsphäre (sog. *Privacy Paradox*).<sup>2</sup> Als Hauptgrund für dieses

---

<sup>1</sup> S. hierzu *Y. Baek/Y. Bae/I. Jeong/E. Kim/J. Rhee*, Changing the default setting for information privacy protection: What and whose personal information can be better protected?, *The Social Science Journal* 2014, S. 523 (528). Abhängig von der betroffenen Information können die Entscheidungsraten bei 20 % bzw. 77 % liegen (ein Effekt von 57 %). Vgl. zu weiteren Untersuchungen *J. Ausloos/E. Kindt/E. Lievens/P. Valcke/J. Dumortier*, Guidelines for Privacy-Friendly Default Settings, ICRI Working Paper, 2013, S. 15.

<sup>2</sup> Vgl. *N. Gerber/P. Gerber/M. Volkamer*, Explaining the privacy paradox: A systematic review of literature investigating privacy attitude and behavior, *Computers & Security* 2018, S. 226.; *M. Martini*, in: B. Paal/D.

Verhaltensmuster identifiziert die neo-klassische ökonomische Theorie<sup>3</sup> die Transaktionskosten der (Um-)Entscheidung (*Switching Costs*)<sup>4:5</sup> Statt ihrer eigentlichen, nutzenmaximierenden Präferenz zu folgen, belassen Menschen die Voreinstellungen eines Internetangebots, um Entscheidungskosten zu sparen. Denn es bedarf Zeit und Mühe, die Einstellungen zu verstehen, sich durch aufwändige Einstellungsmenüs zu klicken und dabei ggf. noch nach zusätzlichen Informationen zu suchen. Die Voreinstellung zu belassen, entpuppt sich dann als der Weg, der die persönlichen Ressourcen insgesamt am meisten schont.

Die moderne, auf Verhaltenspsychologie basierende ökonomische Theorie (*Behavioral Economics*)<sup>6</sup> findet für den *Default Effect* eine umfassendere Begründung.<sup>7</sup> Sie geht davon aus, dass die Entscheidungskosten allein ihn nicht erklären können. Vielmehr nimmt sie an, dass der Mensch nicht uneingeschränkt, rein rational, sondern mit begrenzter Rationalität („Bounded Rationality“) handelt.<sup>8</sup> Entsprechend integriert sie – basierend auf der sog. *Prospect Theory*<sup>9</sup> – psychologische Faktoren in ihr Modell menschlicher Entscheidungsfindung. Dass die Menschen Voreinstellungen beibehalten, gründet in der Lesart der behaviouralistischen Ökonomie auf einer Mischung verschiedener verhaltenspsychologischer Effekte:<sup>10</sup> überfordernde Entscheidungssituationen (*Cognitive Effort*), die Überbewertung der Nachteile im Verhältnis zu den Vorteilen, die aus der Abweichung vom *Default-*

---

Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 25 DSGVO Rn. 12; *P. Norberg/D. Horne*, The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors, *Journal of Consumer Affairs* 2007, S. 100.

<sup>3</sup> Sie basiert auf dem Modell rationaler Entscheidungen („rational choice theories“), das den Menschen als *homo oeconomicus* begreift. Vgl. darstellend etwa *K. Chatziathanasiou/M. Leszczynska*, Experimentelle Ökonomik im Recht, RW 2017, S. 314 (326 f.); *A. Steinbeck/A. Lachenmaier*, Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, NJW 2014, S. 2086 (2087 f.).

<sup>4</sup> S. grundlegend zu der Bedeutung von Transaktionskosten *R. Coase*, The Nature of the Firm, *Economica* 1937, S. 386 (391 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. etwa die Einführung bei *K. Mathis/A. Steffen*, From Rational Choice to Behavioural Economics, in: K. Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, 2015, S. 31.

<sup>6</sup> Vgl. zur Einführung etwa *E. Zamir/D. Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 19 ff.

<sup>7</sup> S. *C. Jolls/C. Sunstein/R. Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, *Stanford Law Review* 1998, S. 1471 (1476 ff.); *A. van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: M. Anderheiden/P. Bürkli/H. Heinig et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109 (112 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. die grundlegende Kritik am klassischen Modell bei *H. Simon*, A Behavioral Model of Rational Choice, *The Quarterly Journal of Economics* 1955, S. 99 (104 ff.); s. zur Einführung etwa *F. Weber/H.-B. Schäfer*, „Nudging“, ein Spross der Verhaltensökonomie, *Der Staat* 2017, S. 561 (567 ff.).

<sup>9</sup> Entwickelt von *D. Kahneman/A. Tversky*, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica* 1979, S. 263 (274 ff.); vgl. hierzu darstellend etwa *Chatziathanasiou/Leszczynska*, Experimentelle Ökonomik (Fn. 3), S. 327 f.

<sup>10</sup> Damit ist nicht gesagt, dass sich diese Effekte bei Voreinstellungen stets messbar auf das Ergebnis auswirken – vielmehr lässt sich auch hier durch ein *Framing* (s. A. II.) die Entscheidung weg von der Voreinstellung steuern; vgl. *L. Willis*, Why Not Privacy by Default, *Berkeley Technology Law Journal* 2014, S. 61 (111 ff.).

Zustand resultieren (*Loss Aversion*<sup>11</sup>), die Neigung der Menschen, auf Fragen nicht ablehnend zu reagieren (*Confirmation Bias*<sup>12</sup>), sowie das Vertrauen in die Person, die eine Voreinstellung gesetzt hat (*Recommendation Bias*).<sup>13</sup> Die verschiedenen Effekte sind weder abschließend noch lassen sie sich trennscharf voneinander scheiden; sie überschneiden sich mitunter.<sup>14</sup>

## II. Mandated Choice als Entscheidungsarchitektur

Die möglichen Baupläne für Entscheidungsarchitekturen sind ungleich vielfältiger, als es die Binarität von *Opt-in* und *Opt-out* nahelegt. Insbesondere *eine* Entscheidungsgestaltung fügt sich in dieses Muster nicht bruchlos ein:<sup>15</sup> der Zwang zur Entscheidung (sog. *Mandated Choice*<sup>16</sup>).<sup>17</sup> In diesem Fall ist das „Häkchen“, das die Verarbeitung erlaubt, weder gesetzt noch ungesetzt. Der Nutzer hat vielmehr zwei Entscheidungsmöglichkeiten, die gleichberechtigt nebeneinanderstehen: „ja“ oder „nein“. Er kann den Dienst jedoch erst dann (weiterhin) nutzen, wenn er sich für eine der beiden Optionen entscheidet. Ähnlich wie in der Kinderfernsehshow von *Michael Schanze* gilt unausgesprochen die Regel: „1 oder 2 – Du musst Dich entscheiden, zwei Felder sind frei“.

---

<sup>11</sup> S. dazu grundlegend *D. Kahneman/A. Tversky*, Choices, Values, and Frames, *American Psychologist* 1984, S. 341 (348); auch „endowment effect“ genannt, vgl. *D. Kahneman/J. Knetsch/R. Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, *Journal of Economic Perspectives* 1991, S. 193 (194 f.).

<sup>12</sup> S. grundlegend zum *Confirmation Bias* *P. Wason*, On the Failure to Eliminate Hypotheses in a Conceptual Task, *Quarterly Journal of Experimental Psychology* 1960, S. 129 (138 f.).

<sup>13</sup> Vgl. etwa *H. Beck*, *Behavioral Economics*, 2014, S. 167 ff.

<sup>14</sup> Vgl. etwa *Kahneman/Knetsch et al.*, *Anomalies* (Fn. 11), S. 194.

<sup>15</sup> Zumeist übersehen, etwa *P. Radlanski*, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 2016, S. 18 ff.; 213 f.

<sup>16</sup> *C. Sunstein/R. Thaler*, *Nudge*, 2014, S. 86 f., 180 f.; vgl. auch *H. Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, *JZ* 2011, S. 814 (818). *Sunstein* spricht auch von „active choice“, s. *C. Sunstein*, Choosing not to Choose, *Duke Law Journal* 2014, S. 1.

<sup>17</sup> Die im Kontext der Organspende in Deutschland diskutierte „Erklärungslösung“ ist hingegen kein Fall der *Mandated Choice*. Denn dort sollen die Entscheidungsvarianten „zustimmen, nicht zustimmen oder sich nicht erklären“ zur Verfügung stehen; so der Vorschlag des Bundesrates, s. BR-Drs. 457/11 (Beschluss), dazu *E. Richter-Kuhlmann/N. Siegmund-Schultze*, Novellierung des Transplantationsgesetzes: Die Erklärungslösung wird favorisiert, *Deutsches Ärzteblatt* 2011, A-1939 (A-1939 f.). Hier handelt es sich nach wie vor um eine Voreinstellung, da sich mit der Nicht-Erklärung der Rückfall auf eine vorgegebene Alternative verbindet. Vgl. *Q. Weinzierl*, Entscheiden müssen ist besser als spenden müssen, *Verfassungsblog*, 5.8.2019; zur frühen Diskussion in den USA, etwa *A. Spital*, Consent für Organ Donation: Time for a Change, *Clinical Transplantation* 1993, S. 525.

## Entscheidungsarchitekturen

Voreinstellung	<i>Mandated Choice</i>
<p><i>Opt-out</i></p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Ich bin mit der Verarbeitung meiner Daten zum Zweck X einverstanden.</p> <p><input type="checkbox"/> Weiter</p>	<p>Ich bin mit der Verarbeitung meiner Daten zum Zweck X einverstanden.</p> <p><input type="checkbox"/> Ja</p> <p><input type="checkbox"/> Nein</p> <p>Zum Fortfahren, Auswahl treffen</p> <p><input type="button" value="Weiter"/></p>
<p><i>Opt-in</i></p> <p><input type="checkbox"/> Ich bin mit der Verarbeitung meiner Daten zum Zweck X einverstanden.</p> <p><input type="button" value="Weiter"/></p>	

Jüngst nutzten verschiedene Anbieter, unter ihnen Microsoft und Facebook, eine *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitektur, als sie ihre Dienste an die DSGVO anpassten.<sup>18</sup> Sie fragten bspw. Zustimmungserklärungen zu Spracherkennung, Standortdaten, personalisierter Werbung und Gesichtserkennung ab. Statt dafür eine Standardeinstellung vorzusehen, boten die Anbieter dem Nutzer zwei Entscheidungsalternativen an: Zustimmung oder Ablehnung.<sup>19</sup> Wer keine der beiden Alternativen auswählte, konnte Facebooks Plattform oder Microsofts Betriebssystem in ihrer Gesamtheit nicht (mehr) nutzen.

### 1. Empirischer Befund

Auf den ersten Blick ist eine *Mandated Choice*-Konstruktion Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung par excellence: Die Offenheit der Entscheidungssituation verheißt, den von Verhaltenssteuerung freien Willen des Einzelnen zur Entfaltung zu bringen.<sup>20</sup> Der Zwang, sich

---

<sup>18</sup> S. die Dokumentation bei *Norwegian Consumer Council*, Deceived by Design – How Tech Companies Use Dark Patterns to Discourage us from Exercising Our Rights to Privacy, 2018. S. etwa auch *Wolfangel*, Wie Facebook versucht, die neuen Datenschutzregeln auszuhebeln, <https://www.sueddeutsche.de/digital/dsgvo-wie-facebook-versucht-die-neuen-datenschutzregeln-auszuhebeln-1.3988334>. Google hingegen verwendete eine Voreinstellung; s. auch die von CNIL gegenüber Google sanktionierten Verstöße, *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, The CNIL's restricted committee imposes a financial penalty of 50 Million euros against GOOGLE LLC, 21.1.2019.

<sup>19</sup> Die Einwilligungsgestaltungen werfen weitere datenschutzrechtliche Fragen auf, insbesondere ob die Einwilligung aufgrund der zur Verfügung gestellten Informationen „in informierter Weise“ im Sinne von Art. 4 Nr. 11 DSGVO ergangen ist und damit dem Transparenzgrundsatz entspricht; vgl. *Dachwitz*, Datenschutz: Einmal die Einwilligung für alles, bitte, <https://netzpolitik.org/2018/datenschutz-einmal-die-einwilligung-fuer-alles-bitte/>, der allerdings die *Mandated Choice*-Situation nicht klar erfasst.

<sup>20</sup> Vgl. zur Einwilligung als Ausdruck informationeller Selbstbestimmung und damit zentrales Element der DSGVO *B. Buchner/T. Petri*, in: J. Kühling/B. Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 6 Rn. 17. Zur grundsätzlichen Kritik an der Einwilligung bzw. Selbstbestimmung etwa *W. Hartzog*, The Case Against Idealising Control, *European Data Protection Law Review* 2018, S. 423 (423 ff.); *D. Solove*,

entscheiden zu müssen, vermeidet vordergründig insbesondere den unterschwellig steuernden Effekt der Voreinstellung, den *Default Effect*. Er verzichtet gerade auf das sog. *Nudging*,<sup>21</sup> das *Cass Sunstein* und *Richard Thaler* als verhaltensökonomisch-regulatorisches Konzept bekannt gemacht haben.<sup>22</sup> Die lenkenden Elemente des „libertären Paternalismus“<sup>23</sup>, der dem *Nudging* als philosophische Rechtfertigung<sup>24</sup> zugrunde liegt, lassen sich so im Grundsatz auflösen.<sup>25</sup> Selbst das *Privacy Paradox* scheint durch eine *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitektur überwunden.

Der Zwang, sich entscheiden zu müssen, ist aus freiheitsrechtlicher Perspektive zugleich nicht gänzlich neutral: Der Nutzer *kann* nicht nur auswählen; er *muss* es vielmehr – jedenfalls, wenn er einen Dienst in Anspruch nehmen möchte. Der Diensteanbieter setzt den Nutzer mithin einer *coactus volui*-Situation aus: Er gibt ihm einen Entscheidungsrahmen vor, der den Handelnden das Ergebnis zwar frei wählen lässt, ihn allerdings zum Handeln zwingt.<sup>26</sup>

Auch die Erwartung, den wirklichen, ungesteuerten Willen zum Vorschein kommen zu lassen, erfüllt der Entscheidungszwang nicht durchgehend. Träfe die Autonomie-Hypothese zu, sollte die Zustimmungsrate für eine Datenverarbeitung sich nämlich zwischen der *Opt-in*- und *Opt-out*-Einstellung einpendeln. Das bestätigen empirische Untersuchungen jedoch nicht. Zwar liegen bislang nur wenige Studienergebnisse vor (oftmals zu den Themen Organ- und Blutspende sowie private Rentensparpläne). Sie zeichnen aber zumindest ein sehr disparates Bild. Manche Untersuchungen sehen *Mandated Choice*-Entscheidungsraten gleichsam „zwischen“ den Zustimmungsraten bei *Opt-in* und *Opt-out*.<sup>27</sup> Viele hingegen attestieren *Mandated Choice*-Situationen ähnliche Ergebnisse wie *Opt-*

---

Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, Harvard Law Review 2013, S. 1880 (1883 ff.).

<sup>21</sup> S. *R. Thaler/C. Sunstein*, Nudge, 2009. S. dazu etwa *J. Wolff*, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtswissenschaft 2015, S. 194 (196 ff.).

<sup>22</sup> S. *Sunstein/Thaler*, Nudge (Fn. 16), S. 83 ff.

<sup>23</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 21), S. 14 ff.; *C. Sunstein/R. Thaler*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, University of Chicago Law Review 2003, S. 1159 (1160 ff.); *R. Thaler/C. Sunstein*, Libertarian Paternalism, American Economic Review 2003, S. 175 (175 ff.); s. auch *Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus (Fn. 16), S. 185 ff.

<sup>24</sup> S. hierzu *M. Seckelmann/W. Lamping*, Verhaltensökonomischer Experimentalismus im Politik-Labor, DÖV 2016, S. 189 (191 ff.).

<sup>25</sup> Daneben stoßen Voreinstellungen auf umfassende weitere Kritik, s. hierzu etwa *L. Willis*, When Nudges Fail: Slippery Defaults, University of Chicago Law Review. 2013, S. 1155; *ders.*, Why Not Privacy by Default (Fn. 10), S. 111 ff.

<sup>26</sup> Der Einzelne entscheidet nur, weil er nicht die Wahl hat, nicht zu entscheiden. Der Diensteanbieter setzt den Handelnden mithin dem Zwang aus, seine Ziele den Bedingungen des den Rahmen setzenden Akteurs anzupassen. Er benutzt die Präferenzstruktur des „Opfers“, um seine Ziele zu erreichen (vgl. hierzu *M. Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilung lenkung, 2008, S. 459 mit Fn. 692 m. w. N.). Die Sachentscheidung, als zweiter Schritt des Entscheidungsprozesses, konfrontiert den Entscheider demgegenüber nicht mit einer *coactus volui*-Situation. Denn in der Auswahl zwischen den Alternativen ist der Entscheider frei; er kann seine Ziele darin ausdrücken, nicht nur seine Präferenzen.

<sup>27</sup> S. etwa *J. Montoy/W. Dow/B. Kaplan*, Patient choice in opt-in, active choice, and opt-out HIV screening: randomized clinical trial, BMJ (Clinical research ed.) 2016, h6895 (zu HIV-Tests); etwas weniger

out-Voreinstellungen. Eine Untersuchung mit nicht-registrierten Organspendern macht das beispielhaft deutlich: Bei einer *Opt-in*-Einstellung willigten 10 % der Probanden ein, bei einer *Opt-out*-Einstellung hingegen 37 %. Im Rahmen der *Mandated Choice*-Situation stimmten sogar 39 % der Organspende zu – und damit ähnlich viele wie unter *Opt-out*.<sup>28</sup> Weitere Studien fördern vergleichbar hohe Zustimmungsraten zutage.<sup>29</sup>

## 2. (Verhaltens-)Ökonomische Erklärungsversuche

Die hohen Zustimmungsraten, die eine *Mandated Choice*-Architektur erzielen kann, lassen sich mit dem *Default Effect* nicht erklären. Denn gemessen an der Theoriewelt der neo-klassischen Ökonomik, kann der Nutzer schon keine Transaktionskosten sparen. Da die Entscheidungssituation einer „perfekten“ *Mandated Choice* offen ist, gibt es keine formelle Voreinstellung, die er belassen könnte; er muss sich eine Entscheidung abringen. Auch die verhaltensökonomische Theorie scheint keine Erklärung liefern zu können. Denn es besteht gerade weder eine (vorgewählte) Ausgangsposition, die der Betroffene durch seine Entscheidung verlieren könnte (*Loss Aversion*), noch impliziert die offene Entscheidungssituation ohne Weiteres eine Empfehlung (*Recommendation Bias*). Warum genau eine *Mandated Choice*-Architektur ähnlich hohe Entscheidungswerte wie eine *Opt-out* Lösung induzieren kann, ist daher noch weitgehend offen.<sup>30</sup>

Sicher ist jedoch, dass sich in einer *Mandated Choice*-Gestaltung mit der Art und Weise, wie sich die Auswahloption präsentiert, die Zustimmungsraten steuern lässt. Denn jede Entscheidungssituation ist in einen Rahmen eingebettet (sog. *Framing*).<sup>31</sup> Mit seiner Hilfe lassen sich auch in vordergründig

---

aussagekräftig *P. Keller/B. Harlam/G. Loewenstein/K. Volpp*, Enhanced active choice: A new method to motivate behavior change, *Journal of Consumer Psychology* 2011, S. 376 (379 f.). Die Studie von *J. Kessler/A. Roth*, Don't Take 'No' For An Answer: An Experiment With Actual Organ Donor Registrations, 2014 scheint ein völlig anderes Bild wiederzugeben – dies liegt aber wohl daran, dass die *Opt-in*-Konstellation wie eine Friss-Oder-Stirb-Situation gewirkt hat (eine Zustimmung also erforderlich schien), erst bei der *Mandated Choice* schienen die Menschen ihre Wahlmöglichkeit wahrzunehmen. Wenig Aussagekraft besitzen indes die Studien von *G. Carroll/J. Choi/D. Laibson/B. Madrian/A. Metrick*, Optimal Defaults and Active Decisions, *Quarterly Journal of Economics* 2009, S. 1639, *A. Stutzer/L. Goette/M. Zehnder*, Active Decisions and Prosocial Behaviour: a Field Experiment on Blood Donation, *The Economic Journal* 2011, F476 und *J. Beshears/J. Choi/D. Laibson/B. Madrian*, Active Choice, Implicit Defaults, and the Incentive to Choose, Working Paper, 2019, die jeweils nicht *Opt-in*, *Opt-out* und *Mandated Choice* testen.

<sup>28</sup> *H. van Dalen/K. Henkens*, Comparing the effects of defaults in organ donation systems, *Social Science & Medicine* 2014, S. 137 (139 f.). S. auch *E. Johnson/D. Goldstein*, Medicine. Do Defaults Save Lives?, *Science* 2003, S. 1338 (1338) mit ähnlichen Verhältnissen: *Opt-in* 42 %, *Opt-out* 82 %, *Mandated Choice* („neutral“) 79 %; sowie hierzu *E. Johnson/D. Goldstein*, Decisions by Default, in: E. Shafir (Hrsg.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, 2013, S. 417 (426 mit Fn. 5).

<sup>29</sup> *S. Hedlin/C. Sunstein*, Does Active Choosing Promote Green Energy Use? Experimental Evidence, *Ecology Law Quarterly* 2016, S. 107 (127 ff.); *E. Johnson/S. Bellman/G. Lohse*, Defaults, Framing and Privacy: Why Opting In-Opting Out, *Marketing Letters* 2002, S. 5 (10 ff.).

<sup>30</sup> Vgl. *Stutzer/Goette et al.*, Active Decisions and Prosocial Behaviour (Fn. 27), F476. Diese vertreten die These, dass der Zwang, sich aktiv mit der Blutspende auseinanderzusetzen, eine gegenstandsbezogene altruistische Präferenz induziere.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *D. Kahneman*, A Perspective on Judgement and Choice: Mapping Bounded Rationality, *American Psychologist* 2003, S. 697 (702) sowie grundlegend *A. Tversky/D. Kahneman*, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science* 1981, S. 453 (453 ff.). Eine Klassifikation bei *I. Levin/S.*

neutralen Situationen versteckte Steuerungseffekte erzielen: Die Rahmenbedingungen, die der Verantwortliche setzt, schlagen unmittelbar auf das Entscheidungsergebnis durch.<sup>32</sup>

Dies beginnt bereits damit, dass die Zuordnung der Antwortmöglichkeiten der *Mandated Choice* („Ja“, „Nein“) das Ergebnis steuert: Je nachdem, ob der Anbieter die Frage nach einer Einwilligung positiv oder negativ formuliert („Informieren Sie mich über weitere Umfragen.“ vs. „Informieren Sie mich nicht über weitere Umfragen.“), erzielt er unterschiedliche Zustimmungsraten (sog. *Attribute Framing*).<sup>33</sup> *Confirmation Bias* und *Loss Aversion* lösen sich daher selbst bei einer – auf den ersten Blick – neutralen Ausgestaltung der Entscheidung nie ganz auf. Auch der weitere Rahmen der Entscheidung kann lenkend wirken, etwa durch Hervorhebungen, Entscheidungspfade und Begleittexte, z. B. „Andere haben in 75 % der Fälle zugestimmt“, oder dadurch, dass der Anbieter die Konsequenzen einer Ablehnung entweder in dunklen Farben malt oder sie offen lässt („... stehen Ihnen Teile der Dienste nicht zur Verfügung“) – sog. *Goal Framing*.<sup>34</sup> So gewinnen Elemente der Verhaltenssteuerung, die bei Voreinstellungen wirken, auch im Rahmen einer *Mandated Choice* an Schlagkraft.

Die Gestaltungen, die Microsoft und Facebook verwendeten, illustrieren dies exemplarisch.<sup>35</sup> Beide formulierten die Zustimmung als positive, die Verweigerung als negative Option. Im Übrigen unterschieden sich die Gestaltungs- und Steuerungsdetails deutlich. Microsoft stellte die Zustimmung und Ablehnung weitgehend gleichwertig gegenüber: Der Nutzer konnte beide mit gleich vielen Klicks erreichen. Die Nachteile, die sich mit einer Zustimmung oder Ablehnung verbanden, hob Microsoft auch nicht besonders hervor. Gleichwohl gestaltete das Unternehmen Symbole – z. B. durch eine leuchtende bzw. nicht-leuchtende Lampe – so, dass die Zustimmung positive Assoziationen hervorrief.

Facebook geht weit über diese Einbettung hinaus. Seine Entscheidungsarchitektur nutzt den Einfluss des *Framing* vielfältig und durchaus findig aus. So fordert bspw. der Weg zu einer datenschutzfreundlichen Einstellung mehr Klicks als derjenige zur datenschutzunfreundlichen. Auffällig ist auch das *Framing* der Entscheidungsumgebung: Es unterstreicht etwa die Vorzüge der Gesichtserkennungstechnik („protect[s] you from strangers using your photos“) und blendet bestehende

---

*Schneider/G. Gaeth*, All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1998, S. 149 (152 ff.). Auch „*Malicious Interface Design*“ genannt, soweit es das Ziel der Steuerung zum Nachteil des Benutzers verfolgt, vgl. *G. Conti/E. Sobiesk*, Malicious Interface Design: Exploiting the User, in: M. Rappa/P. Jones (Hrsg.), *Proceedings of the 19th International Conference on World Wide Web: Raleigh, North Carolina, USA, April 26-30, 2010*, 2010, S. 271 (271 ff.).

<sup>32</sup> Vgl. etwa *Beck*, *Behavioral Economics* (Fn. 13), S. 154 f.

<sup>33</sup> S. *Johnson/Bellman et al.*, Defaults, Framing and Privacy (Fn. 29), S. 10, diese berichten von 88,5 % gegenüber 70,8 % Zustimmung. Zum sog. attributiven *Framing* vgl. *Beck*, *Behavioral Economics* (Fn. 13), S. 154 f.; *Levin/Schneider et al.*, *Framing Effects* (Fn. 31), S. 158 ff.

<sup>34</sup> Derartige Einbettungen können den Rahmen des *Framing* im entscheidungspsychologischen Sinn verlassen. Denn dann sind nicht mehr gleichwertige Entscheidungsalternativen betroffen. Bei weitem Verständnis lassen sie sich aber wohl auch noch als Handlungsframing klassifizieren, vgl. *Beck*, *Behavioral Economics* (Fn. 13), S. 155; *Levin/Schneider et al.*, *Framing Effects* (Fn. 31), S. 167 ff. Zu den Effekten vgl. etwa die Ergebnisse von *Keller/Harlam et al.*, *Enhanced active choice* (Fn. 27), S. 382 mit einem Vergleich von „Active Choice“ und „Enhanced Active Choice“ (also mit starkem *Framing*).

<sup>35</sup> Vgl. hierzu insgesamt die Darstellung bei *Norwegian Consumer Council*, *Deceived by Design* (Fn. 18), S. 12 ff.

Nachteile und Gefahren aus. Die *Loss Aversion* kommt dadurch sublim wieder ins Spiel. Facebooks Zustimmungsbildschirm suggeriert dem Nutzer durch ein rotes Hinweissymbol zudem, er habe neue Benachrichtigungen erhalten, und weckt dadurch dessen Neugierde. Dies erhöht den Entscheidungsdruck auf den Nutzer und vermindert gleichzeitig den Anreiz, sich intensiv mit den Vor- und Nachteilen der Entscheidung zu befassen.

*Opt-out-* (und *Opt-in-*) auf der einen und *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitekturen auf der anderen Seite unterscheiden sich mithin zwar wesentlich in ihrer grundsätzlichen Konstruktion: Die einen operieren mit Voreinstellungen, lösen jedoch keinen Entscheidungsbedarf aus; die anderen sind formell voreinstellungsfrei, zwingen jedoch zur Entscheidung. Ihre verhaltenspsychologischen Wirkungen können sich gleichwohl ähneln: Sie nutzen dann – im einen Fall durch die Voreinstellung selbst, im anderen Fall durch ein *Framing*, das sie der Entscheidungssituation beigegeben – dieselben verhaltenspsychologischen Effekte aus.<sup>36</sup>

## B. Zulässigkeit von *Mandated Choice* unter Art. 25 Abs. 2 DSGVO?

Den Risiken, die von einer Voreinstellung für die Privatsphäre ausgehen können, tritt die DSGVO mit einer ihrer wichtigsten normativen Innovationen entgegen: *Privacy by Default*. Das Gebot hat seinen normativen Ausdruck in Art. 25 Abs. 2 DSGVO gefunden.<sup>37</sup> Die DSGVO schützt personenbezogene Daten damit gerade auch durch eine Modellierung der Entscheidungsarchitektur:

Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen – ganz im Geiste der Grundsätze der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) und der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 1 DSGVO)<sup>38</sup> –, Voreinstellungen so auszurichten, dass er personenbezogene Daten nur insoweit verarbeitet, als es erforderlich ist, um den Verarbeitungszweck zu erreichen.

### I. Allgemeine Vereinbarkeit einer *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitektur mit Art. 25 Abs. 2 DSGVO

Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO formuliert an sich ausschließlich eine Vorgabe für die Verarbeitung *erforderlicher* Daten:<sup>39</sup> „[N]ur“ diese darf der Verantwortliche „durch Voreinstellung“ (engl. „by default“) verarbeiten. In der Sache ist das (zumindest teilweise) eine Tautologie. Denn erforderliche Daten zu verarbeiten, gestattet das Gesetz schon an anderer Stelle, namentlich in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b-f DSGVO. Einer gesonderten Zustimmung bedarf es dann nicht.

---

<sup>36</sup> Gleichwohl ist dieser Befund mit Vorsicht zu genießen. Die Datenlage für *Mandated Choice* ist zum einen im Vergleich zu derjenigen für *Opt-out*-Gestaltungen dünn. Zum anderen sind die psychologischen Effekte, die ihm zugrunde liegen, weniger gut erforscht.

<sup>37</sup> Es ist ein Unterfall des *Privacy by Design*-Prinzips, das Art. 25 Abs. 1 DSGVO verankert, vgl. A. Cavoukian, *Privacy by design: The 7 foundational principles*, 2009, S. 2 f.

<sup>38</sup> Nach seiner systematischen Stellung findet Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO nicht alleine auf Konstellationen einer Einwilligung, sondern auch auf Verarbeitungen Anwendung, die sich auf eine gesetzliche Verarbeitungserlaubnis stützen, vgl. hierfür etwa M. Hansen, in: S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *DatenschutzR*, 2019, Art. 25 Rn. 43.

<sup>39</sup> Dies greift eine Weichenstellung auf, die in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und b-f DSGVO wurzelt. Die Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b-f DSGVO erlauben Datenverarbeitungen, die *erforderlich* sind, um einen Zweck zu erreichen, den die DSGVO als legitim goutiert, etwa eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen. Einer gesonderten Einwilligung bedarf es dann nicht. Andere, mithin in diesem Sinne *nicht-erforderliche* Daten, darf der Verantwortliche ausschließlich aufgrund einer Einwilligung verarbeiten (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO). Vgl. auch M. Martini/J. Botta, *Undurchsichtige Datentransfers – gläserne Studierende?*, *VerwArch* 2019, S. 235 (258).

Seine besondere Bedeutung entfaltet die *Privacy by Default*-Regelung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO vielmehr im Bereich der *nicht-erforderlichen* Daten: Diese darf der Verantwortliche nicht ohne Weiteres verarbeiten. Für nicht-erforderliche Daten trifft die Vorschrift aber keine explizite Regelung.<sup>40</sup> Immerhin einen Umkehrschluss lässt sie zu: Wenn der Verantwortliche „nur“ erforderliche Daten „durch Voreinstellung“ verarbeiten darf, ist es untersagt, nicht-erforderliche Daten „durch Voreinstellung“ zu verarbeiten. Wie weit dieser Handlungsbefehl des Gesetzgebers im Detail reicht, bleibt vage. Für die Beurteilung einer *Mandated Choice*-Architektur ist dies jedoch zentral, denn sie bewegt sich typischerweise im Bereich nicht-erforderlicher<sup>41</sup> Daten.<sup>42</sup>

## 1. Kein Verstoß gegen das Verbot datenschutzunfreundlicher Voreinstellung (*Opt-out*-Verbot)

Was die DSGVO unter der unzulässigen Verwendung einer „Voreinstellung“ im Sinne des Art 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO versteht, definiert sie nicht. Der Begriff selbst hat bislang wenig Aufmerksamkeit erfahren. Bei extensiver Auslegung lässt er sich *materiell-funktionsoffen* verstehen. Eine Voreinstellung umfasst dann jede Entscheidungsgestaltung, die durch Anbietervorgabe eine Verhaltenssteuerung erzielt. Dies müsste sich nicht notwendig in einem „bereits angekreuzte[n] Kästchen“ (ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO) erschöpfen. Auch sonstige Determinanten, welche die Entscheidung prägen, könnten im Grundsatz darunter fallen. Eine Verarbeitung erfolgte dann im Ergebnis „durch“ („by“) eine Voreinstellung, wenn sich die Verhaltenssteuerung zulasten des Datenschutzes Betroffener auswirkt. *Opt-out* wäre ein Fall, das steuernde *Framing* einer *Mandated Choice* ein anderer.

---

<sup>40</sup> Insoweit ungenau *A. Roßnagel/M. Nebel/P. Richter*, Was bleibt vom Europäischen Datenschutzrecht? Überlegungen zum Ratsentwurf der DS-GVO, ZD 2015, S. 455 (459): Abs. 2 S. 1 fordert gerade nicht „ausdrücklich datenschutzfreundliche“ Voreinstellungen.

<sup>41</sup> Welche Daten im Kontext sozialer Medien und einer Ökonomie des Bezahlens mit Daten als „erforderlich“ gelten (um einen Vertrag durchzuführen [Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO] bzw. berechnete Interessen des Verantwortlichen zu wahren [Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO]), ist Gegenstand umfassender Debatten. Ihre Kehrseite ist die Frage, inwieweit das Einwilligungs- und Freiwilligkeitskriterium im Bereich des „Bezahlens“ mit Daten überhaupt anwendbar ist. Für die grundsätzliche Zulässigkeit: *M. Martini/J. Botta*, Undurchsichtige Datentransfers – gläserne Studierende?, VerwArch 2019, S. 235 (249 f.); *R. Schwartmann/D. Klein*, in: R. Schwartmann/A. Jaspers/G. Thüsing et al. (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 7 Rn. 48; so implizit auch *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Opinion 15/2011 on the definition of consent, WP 187, 13.7.2011, S. 18 f. Mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO stark einschränkend *European Data Protection Board*, Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, 2019, Rn. 25 ff., 48 ff. Vgl. grundsätzlich *N. Krohm/P. Müller-Peltzer*, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung, ZD 2017, S. 551 (553) sowie m. w. N. *M. Engeler*, Das überschätzte Kopplungsverbot, ZD 2018, S. 55 (56 f.) und *A. Golland*, Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung, MMR 2018, S. 130 (130 ff.). Vgl. hierzu auch Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 i. V. m. ErwGrd. 24 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, ABl. L 136 v. 22.5.2019, S. 1 ff., der ein „Bezahlen mit Daten“ grundsätzlich – jedoch nicht als einzige Möglichkeit und wohl nur unbeschadet der DSGVO – vorsieht.

<sup>42</sup> Das gilt etwa für die Zustimmungserklärungen, die Microsoft und Facebook ihren Kunden abgerungen haben. Denn die Sprach- und Gesichtserkennungsangebote, welche die Unternehmen auf diese Weise legitimieren ließen, sind nicht objektiv erforderlich, um die eigentlichen Dienste eines Betriebssystems bzw. eines sozialen Netzwerks nutzen zu können, die originärer Gegenstand des Vertrages sind.

Die Gesetzeshistorie spricht gleichwohl eine andere Sprache: Art. 25 Abs. 2 DSGVO basiert nach dem Willen des Unionsgesetzgebers auf dem hergebrachten *Privacy by Default*-Gedanken. Dieser nimmt – ebenso wie die Erwägungsgründe und das Gros der empirischen Untersuchungen – Standardeinstellungen in den Blick.<sup>43</sup> Der Terminus „Voreinstellung“ ist deshalb in der Lesart des historischen Gesetzgebers *formal* zu verstehen. Die DSGVO unterstreicht dies dadurch, dass sie auch in der deutschen Fassung explizit auf das englische „privacy by default“ verweist. „Default“ (franz. „défaut“) meint im technischen Sinne „a selection automatically used by a program in the absence of a choice made by the user“<sup>44</sup>. „Voreinstellung“ bezeichnet daher eine initialisierte, jedoch änderbare Konfiguration.<sup>45</sup> Strukturbildend sind zwei Elemente: Es bestehen (mindestens) zwei Entscheidungsalternativen; soweit der Betroffene nicht selbst tätig wird, greift eine dieser Alternativen. „[D]urch“ eine solche Voreinstellung erfolgt eine Verarbeitung dann, wenn sie sich auf die vorbereitete Konfiguration stützt. Für nicht-erforderliche Verarbeitungen untersagt Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO dies:<sup>46</sup> Er verbietet *Opt-out*-Architekturen.<sup>47</sup>

Nicht-konfigurierte Entscheidungsalternativen unterfallen dem Verbotsradius der Vorschrift in dieser Lesart nicht.<sup>48</sup> Deshalb ist eine *Mandated Choice* keine formelle „Voreinstellung“ im Sinne des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO – sie zu verwenden verstößt nicht gegen das *Opt-out*-Verbot aus Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO.

## 2. Kein genereller Zwang zur datenschutzfreundlichen Voreinstellung (kein genereller *Opt-in*-Zwang)

Dass eine im Rahmen einer *Mandated Choice* erklärte Zustimmung nicht „durch Voreinstellung“ erfolgt, erteilt ihr noch keine normative *Carte blanche*. Es ist nämlich denkbar, dass Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO sich nicht in einem *Opt-out*-Verbot erschöpft. Ihm könnte vielmehr ein darüber hinausgehender

---

<sup>43</sup> Vgl. *Cavoukian*, *Privacy by design* (Fn. 37), S. 2 f. („default settings“).

<sup>44</sup> *Merriam-Webster Online Dictionary*, default, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/default>.

<sup>45</sup> Vgl. die Definition bei *Hansen* (Fn. 38), Art. 25 Rn. 41.

<sup>46</sup> Dies lässt sich ergänzend auch aus S. 3 der Vorschrift ablesen. Die Vorschrift stellt klar, dass die Verarbeitung „nicht ohne Eingreifen der Person“ vonstattengehen darf. Bei einer *Mandated Choice* greift der Nutzer jedoch – anders als bei einer *Opt-out*-Architektur – ein. Insofern folgt aus S. 3 gerade kein „eindeutiger Zwang zu *Opt-in*-Lösungen“ (so jedoch *R. Mantz*, in: G. Sydow (Hrsg.), *DS-GVO*, 2. Aufl., 2018, Art. 25 Rn. 69; wohl auch *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder*, Orientierungshilfe »Soziale Netzwerke«, 14.3.2013, S. 27); unklar *Hansen* (Fn. 38), Art. 25 Rn. 54 [„explizite Freigabe“]; *J. Hartung*, in: J. Kühling/B. Buchner (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl., 2018, Art. 25 DSGVO Rn. 26 [„aktiv (vergleichbar einem „*Opt-in*“)“]. S. zum *Opt-in*-Zwang im Kontext mit S. 1 unten B. I. 2.

<sup>47</sup> Vgl. etwa *B. Buchner/J. Kühling*, in: dies. (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl., 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 12: „klare Absage“ der DSGVO; *C. Herfurth/A. Benner-Tischler*, Nudging in der DS-GVO und die Wirkung von *Privacy by Default*, *ZD-Aktuell* 2017, 05901; *P. Voigt/A. Bussche*, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, 2017, S. 122. Nach bisheriger Rspr. des BGH brachte ein *Opt-out-Modell* hingegen (im Rahmen des § 15 Abs. 3 TMG) eine wirksame Einwilligung hervor, BGH, *NJW* 2008, S. 3055 (3056 f.; 19 ff.); *NJW* 2010, S. 864 (865 f.; Rn. 18 ff.); s. Jedoch hierzu die Vorlage an den EuGH sowie verneinend *GA Szpunar*, *Schlussantrag v. 21.3.2019*, Rs. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246 – *Planet49 GmbH*, Rn. 88.

<sup>48</sup> Vgl. *Hartung* (Fn. 46), Art. 25 DSGVO Rn. 24.

Regelungsgehalt innewohnen.<sup>49</sup> Die Vorschrift lässt sich auch so verstehen, dass der Verantwortliche für Entscheidungsarchitekturen stets eine *Opt-in*-Lösung wählen muss.<sup>50</sup> Die Überschrift des Art. 25 DSGVO „datenschutzfreundliche Voreinstellungen“ (engl. „*data protection by default*“) insinuiert das zumindest. In dieser Lesart müsste jede Entscheidungsarchitektur einen datenschutzfreundlichen *Default*-Zustand haben. Dann – aber nur dann – wäre nicht nur ein *Opt-out*, sondern auch eine *Mandated Choice*-Architektur untersagt. Denn der Entscheidungszwang ist voreinstellungslos.

Der Wortlaut des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO selbst deutet jedoch in eine andere Richtung als die Überschrift: Er formuliert kein explizites Gebot, datenschutzfreundliche Grundeinstellungen zu verwenden. Dass der Unionsgesetzgeber ein solches an sich kennt, zeigt er z. B. in Art. 23 Abs. 1 S. 3 a. E. VO (EG) Nr. 1008/2008: Hier schreibt er eine „Annahme [...] auf „Opt-in“-Basis“ vor. Gerade dies ist in der DSGVO nicht vorgesehen.

Statt für jede Entscheidungssituation vorzuschreiben, datenschutzfreundliche Voreinstellungen zu verwenden (genereller *Opt-in*-Zwang), ordnet Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO mithin womöglich lediglich an, dass der Verantwortliche, *wenn* er eine Voreinstellung wählt, diese nicht als *Opt-out* ausgestalten darf. Er muss in diesem Fall vielmehr ein *Opt-in* wählen (spezifischer *Opt-in*-Zwang). Der Verantwortliche kann aber auch von einer Voreinstellung gänzlich absehen und voreinstellungslose Architekturen wie eine *Mandated Choice* wählen.

Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO („durch Voreinstellung nur solche Daten“)			
Erforderliche Daten	Nicht-erforderliche Daten		
<i>Opt-out</i> zulässig	(jedenfalls) <i>Opt-out</i> <u>nicht</u> zulässig ( <i>Opt-out</i> -Verbot)		
	<table border="1"> <tr> <td>1. Auffassung: genereller <i>Opt-in</i>-Zwang:  Zwang zur Voreinstellung d.h. <u>nur</u> <i>Opt-in</i> zulässig</td> <td>2. Auffassung: spezifischer <i>Opt-in</i>-Zwang  <u>Wenn</u> Voreinstellung, <u>dann</u> <i>Opt-in</i> – daneben <u>auch</u> <i>Mandated Choice</i> zulässig</td> </tr> </table>	1. Auffassung: genereller <i>Opt-in</i> -Zwang:  Zwang zur Voreinstellung d.h. <u>nur</u> <i>Opt-in</i> zulässig	2. Auffassung: spezifischer <i>Opt-in</i> -Zwang  <u>Wenn</u> Voreinstellung, <u>dann</u> <i>Opt-in</i> – daneben <u>auch</u> <i>Mandated Choice</i> zulässig
1. Auffassung: genereller <i>Opt-in</i> -Zwang:  Zwang zur Voreinstellung d.h. <u>nur</u> <i>Opt-in</i> zulässig	2. Auffassung: spezifischer <i>Opt-in</i> -Zwang  <u>Wenn</u> Voreinstellung, <u>dann</u> <i>Opt-in</i> – daneben <u>auch</u> <i>Mandated Choice</i> zulässig		

Welche dieser Lesarten dem Geist der DSGVO entspricht, kann letztlich nur der tiefere Sinn des *Privacy by Default*-Konzepts erhellen, der hinter der Vorschrift des Art. 25 Abs. 2 DSGVO steckt. Der

<sup>49</sup> Ein parallel gelagertes Auslegungsproblem stellt sich bei Art. 22 S. 2 RL 2011/83/EU. Dieser verbietet seinem Wortlaut nach ebenso nur *Opt-out* („keine ausdrückliche Zustimmung“ bei „Voreinstellungen [...], die vom Verbraucher abgelehnt werden müssen“). § 312a Abs. 3 S. 1 BGB setzt dies nur ungenügend um, s. C. *Wendehorst*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB III, 9. Aufl., 2019, § 312a Rn. 62 f.

<sup>50</sup> So explizit: U. *Baumgartner/T. Gausling*, Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen, ZD 2017, S. 308 (312); *Hartung* (Fn. 46), Art. 25 DSGVO Rn. 24; *Herfurth/Benner-Tischler*, Nudging in der DS-GVO (Fn. 47). Implizit: *Hansen* (Fn. 38), Art. 25 Rn. 39 f., 55 f.; T. *Keber/L. Keppler*, in: R. Schwartmann/A. Jaspers/G. Thüsing et al. (Hrsg.), DS-GVO/BDSDG, 2018, Art. 25 Rn. 64; *Voigt/Bussche*, The GDPR (Fn. 47); sowie der *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Opinion 5/2009 on online social networking, WP 163, 12.9.2009, S. 7.

Unionsgesetzgeber bedient sich dort jedenfalls selbst verhaltenspsychologischer Erkenntnisse, um seine Ziele – wie das der Datenminimierung aus Art. 5 lit. c DSGVO (vgl. ErwGrd. 78 DSGVO) – zu erreichen.<sup>51</sup>

Er kann dabei zwei grundsätzlich gegenläufige normative Strategien verfolgen.<sup>52</sup> Einerseits ist es möglich, dass er die Betroffenen hin zu mehr Datenschutz lenken möchte, indem er selbst verhaltenspsychologische Erkenntnisse ausnutzt (*Nudging*<sup>53</sup> oder *Rebiasing*). Dies ließe sich angesichts der wissenschaftlichen Erkenntnislage am wirksamsten durch einen generellen *Opt-in*-Zwang erreichen. Denn von ihm geht eine Steuerungswirkung aus, die den Einzelnen anstupst, Dienste möglichst datenschutzfreundlich einzustellen. So machte sich der Gesetzgeber den *Default Bias* gleichsam selbst zunutze.<sup>54</sup> Andererseits kann sich sein Interesse auch darin erschöpfen, den Betroffenen (lediglich) vor der Steuerung durch Verantwortliche zu bewahren und dem „wahren“ Willen zum Durchbruch zu verhelfen (sog. *Debiasing*<sup>55</sup>).<sup>56</sup> In diesem Fall wäre ein Verbot von *Opt-out*-

---

<sup>51</sup> Grundsätzlich zum Law and Behavioral Economics (BLE)-Ansatz: *Jolls/Sunstein et al.*, Behavioral Approach (Fn. 7), S. 1471 ff. sowie die unmittelbare Erwidern hierauf von *R. Posner*, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, Stanford Law Review 1998, S. 1551; ferner *R. Korobkin/T. Ulen*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 2000, S. 1051 (1051 ff.); Parisi/Smith (Hrsg.), The Law and Economics of Irrational Behavior, 2005, S. 1 ff.

<sup>52</sup> Vgl. grundsätzlich *C. Jolls/C. Sunstein*, Debiasing through Law, The Journal of Legal Studies 2006, S. 199 (201 f.; 206 ff.). S. auch *Zamir/Teichman*, Behavioral Law (Fn. 6), S. 163 ff. („Preventing Exploitation“ und „Legal Paternalism“). Beide im Folgenden adressierten Ansätze unterscheiden sich wiederum von dem gängigen Weg, mit gebunden-rationalem Verhalten umzugehen, nämlich die Folgen eines solchen Verhaltens zu regulieren, vgl. zu diesem *Jolls/Sunstein*, Debiasing through Law (Fn. 52), S. 200 f.

<sup>53</sup> Hier verstanden als „interventions that steer people in particular directions but also allow them to go their own way“, *C. Sunstein*, The Ethics of Choice Architecture, in: A. Kemmerer/C. Möllers/G. Wagner et al. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 21 (26). Im Unterschied zum *Debiasing* verfolgt ein *Nudge* also das Ziel, ein spezifisches (vorteilhaftes) Verhalten zu erreichen, nicht nur eine freie Entscheidung über ein Verhalten (*U. Smeddinck/D. Bornemann*, Verkehr, Mobilität, Nudging, DÖV 2018, S. 513 (520) nennen dies „Nudging i. e. S.“). Dabei kann der Vorteil sowohl ein selbst-empfundener, autonomer als auch ein von außen angenommener, heteronomer sein. Welches Ziel Nudging insoweit hat bzw. haben soll, ist umstritten und geht jedenfalls oft durcheinander. Die hiesige Definition weicht von der frühen Definition bei *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 21), S. 15 ab, wobei auch diese nicht vollständig kohärent ist, vgl. *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 21), S. 198. So stellt auch *Sunstein* selbst „active choosing“ als Alternative neben die „default rule“, s. *Sunstein*, Ethics (Fn. 53), S. 27, s. auch *Sunstein*, Choosing not to Choose (Fn. 16), S. 1 ff.

<sup>54</sup> Gleiches gilt, wenn man den Zweck darin sieht, den Nutzer vor „Überrumpelung“ oder dem Ausnutzen seiner Unerfahrenheit zu schützen, vgl. *Baumgartner/Gausling*, Datenschutz durch Technikgestaltung (Fn. 50), S. 312. Denn eine Entschleunigung durch Verzicht auf Voreinstellungen würde dieser Gefahr bereits hinreichend begegnen.

<sup>55</sup> Hier verstanden im Sinne *Jolls/Sunstein*, Debiasing through Law (Fn. 52), S. 200 (212 f.). Sie nennen als Beispiel gerade nicht Voreinstellungen (wohl da diese stets steuern). Vgl. auch *K. Purnhagen/L. Reisch*, „Nudging Germany“?, ZEuP 2016, S. 629 (636, 640 ff.). Eine langfristige Variante des *Debiasing* firmiert unter dem Schlagwort „Boosts“. Der Begriff beschreibt den Versuch, Entscheidungskapazitäten zu fördern, um langfristige Ziele zu erreichen, s. *R. Hertwig*, When to Consider Boosting: Some Rules for Policy-Makers, Behav. Public Policy 2017, S. 143 (145 f.).

Voreinstellungen ausreichend, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen.<sup>57</sup> Denn der Betroffene wäre so hinreichend vor einem datenschutzfeindlich wirkenden *Default Bias* geschützt.<sup>58</sup>

Diese enge Deutung deckt sich mit der Regelungsintention des historischen Gesetzgebers: Ziel der Reform war es, klare Zustimmungen herbeizuführen.<sup>59</sup> Betroffene Personen sollten sich ihrer Einwilligung in Verarbeitungen bewusst werden;<sup>60</sup> dies zielt auf ein „*Debiasing*“, nicht jedoch darauf, den Nutzer zu lenken. Positionen, die eine generelle Pflicht zur *Opt-in*-Gestaltung durchsetzen wollten, fanden kein Gehör.<sup>61</sup> Entsprechende Vorschläge für Erwägungsgründe gingen nicht in die Endfassung ein.<sup>62</sup> Das streitet dafür, dass der Gesetzgeber nur steuernde Entscheidungsarchitekturen untersagen, nicht aber als *Nudge*-Instanz selbst zum Lenkenden werden wollte.<sup>63</sup> Er wollte mithin gerade *Opt-out*-Gestaltungen den Kampf ansagen.<sup>64</sup>

---

<sup>56</sup> Vgl. auch *Zamir/Teichman*, Behavioral Law (Fn. 6), S. 127 ff. Sie schlagen als *Debiasing*-Techniken neben „Cognitive Strategies“ auch andere Ansätze vor.

<sup>57</sup> So ähnlich auch *Zamir/Teichman*, Behavioral Law (Fn. 6), S. 182 f. zu „Forced Choices“.

<sup>58</sup> Philosophisch gesprochen, behandeln die Maßnahmen den Einzelnen entweder als Mittel, um einen heteronom gesetzten Zweck zu erreichen (*Ends Paternalism*), oder der Einzelne und seine autonomen Präferenzen sind selbst der Zweck (*Means Paternalism*). Vgl. hierzu *Y. Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2015, S. 360 f., der zwischen der instrumentellen (*Means Paternalism; Debiasing*) und der finalen (*Ends Paternalism; Rebiasing* bzw. *Nudging*) Form des liberalen Paternalismus unterscheidet.

<sup>59</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Impact Assessment – Proposal General Data Protection Regulation, 25.1.2012, SEC(2012) 72 final, Annex 5, S. 105.

<sup>60</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Impact Assessment (Fn. 59), Annex 5, S. 105 f.: „allow [individuals] to be more aware that they indeed indicate their wishes“.

<sup>61</sup> *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 01/2012 zu den Reformvorschlägen im Bereich des Datenschutzes, WP 191, 23.3.2012, S. 11: „datenschutzfreundliche Merkmale von Produkten und Dienstleistungen [müssen] automatisch aktiviert [...] werden“.

<sup>62</sup> Diese finden sich an verschiedenen Stellen, DSGVO-E-EP, A7-0402/2013, S. 28; Anmerkung Deutschlands zu Abs. 2, s. 14147/2/12 REV 2, S. 52, ebenso Italiens, *ibd.*, S. 139.

<sup>63</sup> Hingegen für *Nudging* als Ziel etwa *Herfurth/Benner-Tischler*, Nudging in der DS-GVO (Fn. 47), jedoch ohne nähere Begründung. Der Regelungsansatz des Gesetzgebers nimmt grundsätzlich die Perspektive sog. Mehrheitsvoreinstellungen („Majoritarian Defaults“) ein. Er sieht Voreinstellungen grundsätzlich als Ausdruck dessen an, was die Mehrheit hypothetisch will bzw. nicht will. Gleichzeitig lassen sich Voreinstellungen auch mit dem Ziel nutzen, Verhandlungspositionen abzustecken und damit Anreize zu setzen, Informationsasymmetrien auszugleichen („Penalty Defaults“). Vgl. hierzu *I. Ayres/R. Gertner*, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, Yale Law Journal 1989, S. 87 (87 ff.); *I. Ayres*, Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules, Yale Law Journal 2012, S. 2032 (2103), *Hermstrüwer*, Rationalitäten der Einwilligung (Fn. 58), S. 246 ff. Versteht man Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO als *Penalty Default*-Regel, liegt es aber auch nahe, jedenfalls *Opt-out* zu untersagen. Denn dieses Ergebnis liegt im Interesse des Verwenders. Anders als bei *Mandated Choice* und *Opt-in* hat er bei *Opt-Out* keinen Anreiz, Informationen über Verarbeitungsprozesse bereitzustellen.

<sup>64</sup> Vgl. etwa die *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on consent under Regulation 2016/679, WP 259 rev.01, 28.11.2017 last revised and adopted on 10.4.2018, S. 16.

Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO nicht auf eine generelle *Opt-in*-Pflicht zu verengen, entspricht auch der grundsätzlichen normativen Ausrichtung der DSGVO: Sie verschreibt sich dem Ziel, der Autonomie des Einzelnen größtmöglichen Raum zu geben.<sup>65</sup> Sie möchte seine Selbstbestimmung vor der Fremdbestimmung durch Dritte schützen und sie – wo nötig – fördern.<sup>66</sup> Gerade kognitive Hilfsmittel, die den Entscheidungsprozess entschleunigen, können dieses Ziel unterstützen. Denn sie tragen zu einer aktiven, bewussten Entscheidung bei.<sup>67</sup> Die Artikel-29-Datenschutzgruppe – und nunmehr der Europäische Datenschutzausschuss – erkennen die Wirksamkeit dieses Mechanismus ausdrücklich an. Aus ihrer Sicht kann es „erforderlich sein, dass eine Aufforderung zur Einwilligung den Dienst in einem gewissen Maß unterbricht, damit die Aufforderung wirksam wird“<sup>68</sup>. Der Verzicht auf Voreinstellungen erzielt diesen Effekt gerade.<sup>69</sup> Eine *Mandated Choice*-Architektur spielt der Zielrichtung, „echte“ Entscheidungsfreiheit herzustellen, grundsätzlich in die Hände.<sup>70</sup> Sie fokussiert die Entscheidung. Gleichzeitig verzichtet sie darauf, den *Default Bias* auszunutzen. Damit widerstreitet ein Entscheidungszwang im Grundsatz nicht dem normativen Konzept des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO: Der Einzelne hält faktisch und auch ideell die größte (Sach-)Entscheidungsautonomie in Händen, da die Konstruktion sein Verhalten weder steuert noch steuern soll.

Im Ergebnis verbietet Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO in seiner normativen Grundkonzeption für nicht-erforderliche Daten allein *Opt-out*-Einstellungen. Er erlaubt für jene grundsätzlich *Opt-in*-Einstellungen und die *Mandated Choice* als voreinstellungslose Entscheidungsarchitektur; die DSGVO verfügt mit anderen Worten keinen generellen, sondern allein einen voreinstellungsspezifischen *Opt-in*-Zwang.

## II. Grenzen der *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitektur

Steht Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO einer *Mandated Choice*-Architektur im Grundsatz offen gegenüber, heißt das noch nicht zwingend, dass der Verantwortliche diese völlig frei ausgestalten darf. Immerhin lassen sich durch ein *Framing* der Entscheidung verhaltenssteuernde Effekte erzielen, die an eine *Opt-*

---

<sup>65</sup> Vgl. *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Datenschutzreformpaket, 2012, Rn. 181. Dies entspricht dem Gedanken des informationellen Selbstbestimmungsrechts, vgl. BVerfG, MMR 2007, S. 93 (93).

<sup>66</sup> Vgl. zum deutschen Recht BVerfG, MMR 2007, S. 93 (93); vgl. auch *J. Masing*, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, S. 2305 (2308).

<sup>67</sup> Sog. „Dual Process Theory“, vgl. wegweisend *Kahneman*, *Judgement and Choice* (Fn. 31), S. 698 ff. sowie *ders.*, *Schnelles Denken, langsames Denken*, 2012, S. 20 ff.

<sup>68</sup> S. *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, *Guidelines on Consent*, WP 259 (Fn. 64), S. 18 f. Unklar ist, wie ErwGrd. 32 a. E. DSGVO insoweit zu verstehen ist. Dieser zielt darauf, die Einwilligung „ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes“ zu gestalten. Was in diesem Sinne unnötig ist, lässt sowohl die DSGVO als auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe unbeantwortet, vgl. *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, *Guidelines on Consent*, WP 259 (Fn. 64), S. 16; kritisch *J. Klement*, in: S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *DatenschutzR*, 2019, Art. 7 Rn. 36. Aus verhaltensökonomischer Sicht ist eine Unterbrechung hingegen insoweit „nötig“, als sie dazu beiträgt, eine bewusste, die eigenen Präferenzen realisierende Entscheidung zu treffen.

<sup>69</sup> Dies gilt auch dann, wenn Nutzer lediglich schwache Präferenzen haben.

<sup>70</sup> Hinzu kommt ein verstärkter Warneffekt. Vgl. zu diesem Ziel *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, *Guidelines on Consent*, WP 259 (Fn. 64), S. 17.

out-Gestaltung heranreichen.<sup>71</sup> Bei den Architekturen, die Microsoft und Facebook für ihre Dienste gewählt hatten, ist dies zumindest im Ansatz der Fall. Denn sie alle geben der Entscheidungssituation – in verschiedenen Intensitäten – ein *Framing* mit.

### 1. (Unionsrechtliche) Analogie für stark verhaltenssteuernde *Mandated Choice*-Architekturen

Soweit voreinstellungslosen Entscheidungsgestaltungen eine Verhaltenssteuerung innewohnt, zeigt sich das *Opt-out*-Verbot des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO womöglich für eine analoge Anwendung im Sinne der Dogmatik des EuGH offen:<sup>72</sup> Der europäische Gesetzgeber hatte die *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitektur nicht vor Augen, als er Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO erließ. Eine planwidrige Regelungslücke besteht insoweit. Sie lässt sich im Wege der Analogie schließen, wenn *Mandated Choice*-Konstellationen und „bereits angekreuzte Kästchen“ – mit Blick auf den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz – insbesondere hinsichtlich der Zielsetzung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Regelungsbereichs vergleichbar sind.<sup>73</sup>

Voreinstellung im Sinne des Art. 25 Abs. 2 S. 1 GG und *Mandated Choice* folgen zwar unterschiedlichen Entscheidungsarchitekturen. Doch kann das *Framing* der Entscheidung die psychologischen Effekte, die den *Default Effect* begründen, in äquivalenter Weise in eine *Mandated Choice* hineinragen.<sup>74</sup> Der Betroffene befindet sich in beiden Fällen in einer vergleichbaren Lage: Der Entscheidungsarchitekt<sup>75</sup> lenkt sein Verhalten – ob beabsichtigt oder nicht – unterschwellig in eine bestimmte Richtung. Von welchem Element der Entscheidungsgestaltung die Steuerung genau ausgeht, ist aus der Perspektive des Betroffenen und damit für sein Recht auf Schutz personenbezogener Daten im Ergebnis ohne Belang. Dies gilt gerade dann, wenn die gleichen psychologischen Effekte wirken, die der Gesetzgeber – wohl aus Unachtsamkeit – nur bei einer

---

<sup>71</sup> Vgl. dazu, dass eine formal nicht als Voreinstellung ausgestaltete Entscheidungsarchitektur sich ähnlicher Steuerungsmechanismen bedienen kann wie eine *Opt-out*-Architektur, oben A. II.

<sup>72</sup> Zur unionsrechtlichen Analogie s. EuGH, Urt. v. 12.12.1985, Rs. C-165/84, ECLI:EU:C:1985:507 - Krohn, Rn. 14; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-152/09, ECLI:EU:C:2010:671 - Grootes, Rn. 40 ff.; s. hierzu auch *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 323; *R. Schweiger*, Analogiebildung durch den EuGH im europäischen Privatrecht, 2012, S. 97 ff. Wo genau der EuGH die Grenze zwischen Rechtsfortbildung (d.h. der analogen Anwendung von Normen) und Auslegung zieht, ist unklar. Er differenziert insoweit sprachlich oft nicht, sondern geht zuweilen den Weg einer erweiterten Auslegung, die nach deutschem Verständnis einer Analogie entspricht, so etwa in EuGH, Urt. v. 19.11.2009, Rs. C-402/07 und C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716 – Sturgeon u. a., Rn. 48 m. w. N; hierzu *J. Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., 2015, § 12, Rn. 2; *R. Rebhahn*, Zur Methodenlehre des Unionsrechts – insbesondere im Privatrecht, ZfPW 2016, S. 281 (286). Die deutsche Methodenlehre trennt demgegenüber strenger zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung: Sie versteht diese als voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens; vgl. nur *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 187 ff.

<sup>73</sup> S. EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-152/09, ECLI:EU:C:2010:671 – Grootes, Rn. 41 ff.; sowie zum Gleichbehandlungsgrundsatz EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728 – Arcelor Atlantique et Lorraine u. a., Rn. 25 f. S. auch EuGH, Urt. v. 19.11.2009, Rs. C-402/07 und C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716 – Sturgeon u. a., Rn. 48 m. w. N. zur erweiterten Auslegung.

<sup>74</sup> S. oben A. II.

<sup>75</sup> Zu diesem Begriff *R. Thaler/C. Sunstein/J. Balz*, Choice Architecture, in: E. Shafir (Hrsg.), The Behavioral Foundations of Public Policy, 2013, 428 (428).

bestimmten Architektur erkannt hat. In dieser Situation ist der gesetzliche Zweck des *Opt-out*-Verbotes berührt und auf andere verhaltenssteuernde Konstellationen im Grundsatz übertragbar.

Nicht jede Verhaltenssteuerung kommt aber einer Voreinstellung im Sinne des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO gleich. Um eine analoge Anwendung zu rechtfertigen, muss die Wirkmacht des Einflusses auf den Betroffenen vielmehr eine strukturell gleiche Stärke erreichen wie bei der (untersagten) *Opt-out*-Architektur.<sup>76</sup> Es kommt also darauf an, ob und wann eine – durch *Framing* steuernd wirkende – *Mandated Choice*-Architektur einer solchen Voreinstellung funktional äquivalent ist.<sup>77</sup> Für das *Opt-out* hatte der Gesetzgeber eine klare Vorstellung davon, wann das zulässige Maß an Steuerung erreicht ist – er wollte gerade die strukturell wirkmächtigste Architektur verbieten. Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO lässt sich deshalb allein auf *stark verhaltenssteuernde (Mandated Choice-)*Gestaltungen – mithin stark wirkende Voreinstellungen im materiell-funktionsoffenen Sinn – analog anwenden.

Wann die Grenze zu faktisch vergleichbaren Effekten wie bei einer *Opt-out*-Entscheidungsgestaltung erreicht ist, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen.<sup>78</sup> Allein der Zwang, sich entscheiden zu müssen, löst jedenfalls noch keine Äquivalenz zu der klassischen Entscheidungssituation des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO aus. Hinzukommen müssen nachweisbare verhaltenspsychologische Faktoren, welche die Entscheidungsfreiheit des Nutzers, z. B. durch Zeitdruck oder nicht gleichwertige Darstellung der Entscheidungsalternativen, stark in eine bestimmte Richtung lenken.

## 2. Schranken analoger Anwendung

Eine analoge Anwendung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO auf stark verhaltenssteuernde *Mandated Choice*-Konstellationen tritt zu dem unionalen<sup>79</sup> Grundsatz der Rechtssicherheit und zum Vorbehalt des Gesetzes (Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh) in eine Spannungslage:<sup>80</sup> Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO legt dem

---

<sup>76</sup> Vgl. im Verbraucherschutzrecht die Umgehung in Gestalt der „Tatbestandserschleichung“, § 312k Abs. 1 S. 2 BGB, hierzu *Wendehorst* (Fn. 49), § 312a Rn. 64 sowie *dies.*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker et al. (Hrsg.), *MüKo-BGB III*, 9. Aufl., 2019, § 312k Rn. 10 ff.

<sup>77</sup> Vgl. zu Versuchen der Umgehung auch *Buchner/Kühling* (Fn. 47), Art. 7 DSGVO Rn. 58.

<sup>78</sup> Zu den Problemen, die sich durch eine solche Verschneidung von Verhaltens- und Rechtswissenschaften einstellen: *C. Engel*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 363 (387 f.); *M. Fehling*, Der Umgang mit Unsicherheit in der ökonomischen Analyse des (Öffentlichen) Rechts, in: H. Hill/U. Schliesky (Hrsg.), *Management von Unsicherheit und Nichtwissen*, 2016, S. 203 (223 ff.) sowie (andeutend) *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 21), S. 221 f.

<sup>79</sup> Keine Einschränkungen ergeben sich aus nationalen Vertrauensschutzmaßstäben. Das vollharmonisierte Unionsrecht verdrängt diese (*C. Latzel*, Schutz vor rückwirkendem Recht kraft Unionsrechts, *EuR* 2015, S. 415 [437]). Anders alleine in Spielraumkonstellationen, wie etwa Sanktionen im Sinne des Art. 84 DSGVO (vgl. Fn. 89).

<sup>80</sup> S. EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-152/09, ECLI:EU:C:2010:671 – Grootes, Rn. 43 sowie allgemein etwa EuGH, Urt. v. 13.2.2019, Rs. C-434/17, ECLI:EU:C:2019:112 – Human Operator, Rn. 34 ff. Das deutsche Verwaltungsrecht lässt daher eine belastende Analogie grundsätzlich nicht zu. S. auch *G. Beaucamp*, Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht, *AöR* 2009, S. 83 (83 ff.); *A. Gern*, Analogie im Verwaltungsrecht, *DÖV* 1985, S. 558 (558 ff.) sowie *C. Gussy*, Richterrecht und Grundgesetz, *DÖV* 1992, S. 461 (464).

Anbieter – im horizontalen wie im vertikalen Verhältnis – immerhin Grundrechtslasten auf.<sup>81</sup> Dass eine analoge Anwendung den Einzelnen belastet, schließt das Unionsrecht zwar weder im privat- noch im öffentlich-rechtlichen Verhältnis völlig aus.<sup>82</sup> Eine belastende Unionsregelung muss es den Betroffenen aber zumindest ermöglichen, den Umfang der ihnen damit auferlegten Verpflichtungen vorherzusehen.<sup>83</sup> Dies ist dort nicht mehr der Fall, wo der Wortlaut, die klare Historie oder eine Regelung in dem Rechtsakt selbst einer entsprechenden Anwendung entgegenstehen.<sup>84</sup> Das „gilt in besonderem Maß, wenn es sich um eine Regelung handelt, die sich finanziell belastend auswirken kann“<sup>85</sup>.

Diese Zulässigkeitschürde vermag eine Erstreckung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO auf stark steuernde *Mandated Choice*-Architekturen aber zu nehmen. Der Wortlaut hat zwar in der formalen Voreinstellung seinen primären Anwendungsfall. Er steht einer Übertragung des Normbefehls auf andere lenkende Entscheidungsgestaltungen auch aus der Perspektive eines unbefangenen Normadressaten jedoch nicht zwingend im Weg.<sup>86</sup> Es ist nicht unvorhersehbar, dass sich der Verhaltensbefehl der Norm auf steuernde Architekturen jenseits eines *Opt-outs* übertragen lässt, die einen Entscheidungsrahmen setzen und dabei nachhaltig Lenkungseffekte ausnutzen. Auch der historische Gesetzgeber hatte zwar lediglich formale *Opt-out*-Voreinstellungen als zu missbilligende Verhaltenssteuerung vor Augen. Er hat gleichwohl anderen Verhaltenssteuerungen kein umfassendes Unbedenklichkeitsattest ausstellen wollen.

Der EuGH nähme eine solche analoge Anwendung der Vorschrift des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO im Zweifel vor. Dies gilt gerade im Lichte des Ziels, den Regelungen der DSGVO und ihrem Schutz personenbezogener Daten gegen verhaltenssteuernde Mechanismen angesichts der weitergedachten normativen Intention des Unionsgesetzgebers praktische Wirksamkeit („*effet utile*“) zu verleihen.

Eine Zulässigkeitsgrenze für eine solche unionsrechtliche Analogie ist jedoch dort überschritten, wo sich an einen Verstoß gegen Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO analog Sanktionen<sup>87</sup> knüpfen.<sup>88</sup> Das Prinzip

---

<sup>81</sup> Im horizontalen Verhältnis hat dies aber zugleich eine Begünstigung des Betroffenen zur Folge. Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO lässt sich daher als gesetzgeberische Entscheidung zugunsten seiner Grundrechtsinteressen verstehen.

<sup>82</sup> S. EuGH, Urt. v. 19.11.2009, Rs. C-402/07 und C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716 – *Sturgeon u. a.*: Der EuGH hat dort pauschalisierte Schadensersatzforderungen, die auf *Annullierungen* zugeschnitten waren, im Wege erweiterter Auslegung bzw. analoger Anwendung auf *Flugverspätungen* erstreckt; die rechtsstaatliche Grenzen anmahnenen Worte der GA hat er in seinem Urteil nicht adressiert, vgl. GA Sharpston, Schlussantrag v. 2.7.2009, Rs. C-402/07 und C-432/07, ECLI:EU:C:2009:416 – *Sturgeon u.a.*, Rn. 89 f.

<sup>83</sup> S. allg. EuGH, Urt. v. 17.12.2015, Rs. C-330/14, ECLI:EU:C:2015:826 – *Szemerey*, Rn. 47 f.; EuGH Urt. v. 13.2.2019, Rs. C-434/17, ECLI:EU:C:2019:112 – *Human Operator*, Rn. 34 f.

<sup>84</sup> S. EuGH, Urt. v. 10.11.2016, Rs. C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 – *Vereniging Openbare Bibliotheken*, Rn. 40 ff. zur erweiterten Auslegung. Entscheidend ist insofern, ob es einen „*zwingenden Grund*“ gibt, die Konstellation „in jedem Fall vom Anwendungsbereich [...] auszuschließen“, a.a.O., Rn. 44.

<sup>85</sup> EuGH Urt. v. 13.2.2019, Rs. C-434/17, ECLI:EU:C:2019:112 – *Human Operator*, Rn. 35.

<sup>86</sup> Siehe dazu B. I. 1. Da diese Deutung zugleich im Ergebnis nicht dem Sachgehalt der Vorschrift entspricht, wie er sich im Lichte aller verfügbaren Auslegungsmethoden darstellt, handelt es sich insoweit nicht lediglich um eine Norminterpretation, sondern um eine Rechtsfortbildung im Wege der Analogie.

<sup>87</sup> Vgl. dazu *M. Martini/D. Wagner/M. Wenzel*, Das neue Sanktionsregime der DSGVO – ein scharfes Schwert ohne legislativen Feinschliff, *VerwArch* 2018, S. 163 (166 f.).

der Gesetzmäßigkeit, insbesondere in Gestalt des strafrechtlichen Analogieverbotes (Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRCh), und der Verhältnismäßigkeit gebieten es, die individuelle Lage des Anbieters mit Blick auf die sanktionsrechtliche Vorhersehbarkeit des Verstoßes gegen Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO in Rechnung zu stellen – und entsprechend von sanktionierenden Maßnahmen gegebenenfalls bis zu einer unionsgerichtlichen Klarstellung abzusehen.<sup>89</sup>

### 3. Zulässigkeitsfeststellung im Einzelfall

Wendet man Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO analog auch auf *Mandated Choice*-Gestaltungen an, ist es nicht nur aus dogmatischer, sondern auch aus praktischer Sicht voraussetzungsreich, den Grad der Entscheidungssteuerung und die Schwelle der Unzulässigkeit im Einzelfall zu ermitteln. Wollen nationale Aufsichtsbehörden<sup>90</sup> oder der Europäische Datenschutzausschuss<sup>91</sup> feststellen, dass eine bestimmte *Mandated Choice*-Architektur gegen die DSGVO verstößt, müssen sie tatsächliche Anhaltspunkte für eine starke Verhaltenssteuerung darlegen. Hierfür steht ihnen einerseits offen, auf verhaltenspsychologische Studien mit empirischen Nachweisen zurückzugreifen. Andererseits können sie sich insbesondere des Auskunftsverlangens aus Art. 58 Abs. 1 lit. a DSGVO bedienen und damit beim Verwender Zustimmungsraten abfragen. Gleichzeitig verfügen sie im Rahmen ihrer Unabhängigkeit über einen nicht voll überprüfaren Entscheidungsspielraum.<sup>92</sup> Die DSGVO letztverbindlich autoritativ auszulegen, kommt ihnen jedoch nicht zu. Dies ist den Unionsgerichten vorbehalten.

Mit Blick auf Microsofts und Facebooks *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitekturen stellt sich auf dieser Grundlage folgendes vorläufige Bild ein: Die Gestaltung von Microsoft ist nicht frei von jeder Steuerung. Sie lenkt die Entscheidung durch ihre Rahmenbedingungen. Diese wirken aber schwach. Ein anderes Bild zeichnet die Gestaltung, die Facebook einsetzt: Das soziale Netzwerk greift auf eine Vielzahl von *Framing*-Möglichkeiten zurück, die allesamt nachhaltig in eine Richtung leiten. Dieses Design wirkt – vorbehaltlich einer empirischen Prüfung – so stark steuernd wie ein formelles *Opt-out*

---

<sup>88</sup> Mit Blick auf richterliche Auslegungen vgl. EuGH, Urte. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717 – AC-Treuhand, Rn. 40 ff.; EuG, Urte. v. 8.7.2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 – AC-Treuhand, Rn. 142; *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2016, Art. 49 Rn. 11.

<sup>89</sup> EuGH, Urte. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717 – AC-Treuhand AG, Rn. 40 ff. Anders verhält es sich bei den anderen Rechtsfolgen eines Verstoßes, wie aufsichtsbehördlichen Befugnissen und möglichen Schadensersatzansprüchen der Betroffenen – diese müssen die Anbieter auch auf Grundlage von Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO analog fürchten. Ein stark verhaltenssteuerndes *Framing* ist daher für seine Nutznießer keineswegs „folgenlos“.

<sup>90</sup> Art. 57 Abs. 1 lit. a, 58 Abs. 2 lit. d DSGVO; vgl. auch *J. Caspar*, in: J. Kühling/B. Buchner (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 64 Rn. 8.

<sup>91</sup> Durch Stellungnahmen (Art. 64 Abs. 2 DSGVO) oder im Rahmen der Streitbeilegung durch Beschluss (Art. 65 Abs. 1 lit. a DSGVO).

<sup>92</sup> Vgl. zu unionsrechtlich gewährten Spielräumen der Exekutive etwa *K.-U. Riese*, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.), VwGO, Losebl. (Stand: 33. Erg.-Lfg.), 2017, Vorbemerkung § 113 Rn. 30 ff. In der deutschen Dogmatik entspricht dies am ehesten einem Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite, vgl. etwa BVerwG, NVwZ 2016, S. 161 (163, Rn. 21); s. auch *A. Decker*, in: H. Posser/H. Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 45. Ed. (Stand: 1.4.2018), § 114 VwGO Rn. 35, 36 f. Anders gelagert wohl BVerfG NVwZ 2019, S. 52 (53, Rn. 16 ff.). Dort war dem Gericht selbst eine Sachverhaltsaufklärung nicht möglich.

und ist diesem damit funktional *äquivalent*. Es verstößt dann gegen Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO in analoger Anwendung.

## C. Auswirkungen einer *Mandated Choice* auf die Wirksamkeit der Einwilligung (Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO)

Eine *Mandated Choice*-Entscheidungsarchitektur kann sich nicht nur auf die Zulässigkeit der Entscheidungsgestaltung („Wie der Verarbeitung“) auswirken, sondern womöglich auch auf die Wirksamkeit der Einwilligung („Ob“) durchschlagen.

### I. Dogmatisches Verhältnis von *Privacy by Default* (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO) zur Wirksamkeit der Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a i. V. m. Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO)

Vordergründig fristen der Datenschutz durch Voreinstellung (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO) und die Vorschriften über die Einwilligung in die Datenverarbeitung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a i. V. m. Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO) ein voneinander unabhängiges Schicksal: Ein Verstoß gegen das *Privacy by Default*-Gebot (Art. 25 Abs. 2 DSGVO) markiert zwar einen „Verstoß gegen die Verordnung“ im Sinne der Art. 77 ff. DSGVO.<sup>93</sup> Er zeitigt jedoch keine direkten Folgen für die Rechtmäßigkeit der Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage im Sinne des Art. 6 DSGVO.<sup>94</sup> Eine solche Silostruktur beider Regelungskomplexe entspricht jedenfalls ihrer systematischen Stellung: Art. 25 Abs. 2 DSGVO ist strukturell Teil des Abschnitts der „Allgemeine[n] Pflichten“ des Verantwortlichen, nicht hingegen der Bestimmungen, welche die Voraussetzungen der Einwilligung konkretisieren (Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO).<sup>95</sup>

Inhaltlich legt diese Sichtweise jedoch eine Schutzlücke offen: Bleibt eine *Privacy by Default*-feindliche Entscheidungsarchitektur ohne unmittelbare Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einwilligung, kann der Verantwortliche eine einmal unter Verstoß gegen Art. 25 Abs. 2 DSGVO erlangte Einwilligung gleichwohl grundsätzlich weiter als Legitimationsquelle seiner Verarbeitung nutzen.<sup>96</sup> Dies überzeugt nicht. Die Verletzung der *Privacy by Default*-Regelung mag an sich punktueller Natur sein. Sie wirkt aber in der späteren Verarbeitung auf Grundlage einer so erlangten Einwilligung fort. Es gilt also zu fragen, inwieweit eine Einwilligung, die der Betroffene durch *Mandated Choice* erteilt, im Lichte des Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO noch als freiwillig einzustufen ist: Ein Zwang, sich unter einem nicht ausgewogenen Entscheidungsrahmen festlegen zu müssen, konfliktiert womöglich mit der Freiwilligkeit einer Einwilligung.

---

<sup>93</sup> Das ermächtigt die Aufsichtsbehörden dazu, ihre Abhilfebefugnis auszuüben. Insbesondere können sie auf der Grundlage des Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO im Grundsatz ein Bußgeld verhängen, vgl. *Mantz* (Fn. 46), Art. 25 Rn. 75 – aufgrund des sanktionsrechtlichen Analogieverbots allerdings nicht bei analoger Anwendung der Norm.

<sup>94</sup> Vgl. *U. Baumgartner*, in: E. Ehmann/M. Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 25 Rn. 7: „Art. 25 enthält als solche keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen“; *N. Nolte/C. Werkmeister*, in: P. Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 25 Rn. 3 „[a]ls bloße Verfahrensvorschrift [...] keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit“; *Herfurth/Benner-Tischler*, Nudging in der DS-GVO (Fn. 47).

<sup>95</sup> Viele Kommentierungen gehen auf eine Verbindung zwischen Art. 25 Abs. 2 und Art. 7 DSGVO nicht ein, vgl. etwa *Keber/Keppler* (Fn. 50), Art. 25 Rn. 70 ff.; *Mantz* (Fn. 46), Art. 25 Rn. 74 ff.; *D. Paulus*, in: H. Wolff/S. Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 27. Ed. (1.11.2018), Art. 25 DSGVO Rn. 8 ff.

<sup>96</sup> Von dem generell bestehenden Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO) abgesehen, das jedoch nur ex nunc wirkt.

## II. Kopplungsverbot (Art. 7 Abs. 4 DSGVO)

Dass die Gestaltung des Entscheidungsrahmens der Einwilligung auf ihre Freiwilligkeit durchschlagen kann, spricht Art. 7 Abs. 4 DSGVO im Grundsatz deutlich aus. Die Norm formuliert ein vertikales Kopplungsverbot: Die Vertragserfüllung von der Einwilligung in eine Datenverarbeitung abhängig zu machen, die hierfür nicht erforderlich ist, stellt die Freiwilligkeit der Einwilligung infrage.<sup>97</sup> Eine solche Konstellation tritt bereits dann ein, wenn der Verantwortliche den Betroffenen von einem Dienst auszuschließen droht, falls dieser seine Einwilligung verweigert, Daten verarbeiten zu lassen, die der Vertragspartner gerne hätte, aber nicht benötigt, um seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen (vgl. ErwGrd. 43 S. 2 Alt. 2 DSGVO).<sup>98</sup>

Gegen dieses Gebot verstößt die Einwilligung bei einer *Mandated Choice*-Konstellation im Grundsatz jedoch nicht.<sup>99</sup> Sie ist insofern „freiwillig“, als der Nutzer sie in der Sache verweigern kann, ohne negative Konsequenzen fürchten zu müssen.<sup>100</sup> So liegt es auch bei den Entscheidungssteuerungen, die Microsoft und Facebook angewendet hatten. Die einzige denkbare negative Auswirkung besteht dort darin, dass der Nutzer spezifische Vorteile des Service, für die der Anbieter seine Daten benötigt, nicht mehr genießt. Das Betriebssystem bzw. das Netzwerk selbst kann er trotzdem nutzen. Dies ist zulässig. Denn der zusätzliche Service – wie etwa die Gesichtserkennung – beruht gerade auf der Verarbeitung dieser Daten.

Das Kopplungsverbot lässt sich womöglich jedoch weiter verstehen: Eine *Mandated Choice*-Gestaltung macht die Nutzung von Diensten zwar nicht von *einer bestimmten* Entscheidung abhängig. Aber sie verlangt dem Nutzer ab, *irgendeine* Entscheidung zu treffen. Das ruft die Frage auf den Plan, ob eine Entscheidung noch als entkoppelt „freiwillig“ anzusehen ist, wenn der Entschluss, über eine Sache zu entscheiden, als solcher unfreiwillig war („coactus volui“).<sup>101</sup>

Um diesen Aspekt geht es dem Kopplungsverbot als Ausfluss des Freiwilligkeitserfordernisses des Art. 4 Nr. 11 DSGVO jedoch nicht.<sup>102</sup> Das Verbot fordert allein, dass die einwilligende

---

<sup>97</sup> *M. Martini/J. Botta*, VerwArch 2019, S. 235 (248 ff.); *Schwartmann/Klein* (Fn. 41), Art. 7 Rn. 45.

<sup>98</sup> S. hierzu bereits oben B. I. mit Fn. 41. Vgl. *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent, WP 259 (Fn. 64), Bsp. 1, S. 1; *Schwartmann/Klein* (Fn. 41), Art. 7 Rn. 44.

<sup>99</sup> So i. E. wohl auch *P. Hacker*, Personal data, exploitative contracts, and algorithmic fairness: autonomous vehicles meet the internet of things, International Data Privacy Law 2017, S. 266 (281).

<sup>100</sup> Anders liegt es etwa im Fall von Pop-ups, welche die Nutzung einer Webseite von der Einwilligung zur Datenverarbeitung abhängig machen (sog. „Cookie Walls“). Inwieweit sie zulässig sind, darüber gehen die Meinungen auseinander, vgl. etwa *F. Zuiderveen Borgesius/S. Kruike-meier/S. Boerman/N. Helberger*, Tracking Walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation, European Data Protection Law Review 2017, S. 353 (360 ff.); für eine grundsätzliche Unzulässigkeit vgl.

*Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019, S. 9 f. – das Kopplungsverbot ist insoweit jedenfalls nicht absolut, vgl. GA Szpunar, Schlussantrag v. 21.3.2019, Rs. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246 – Planet49 GmbH, Rn. 98.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu etwa *Sunstein*, Choosing not to Choose (Fn. 16), passim sowie oben Fn. 26.

<sup>102</sup> Vgl. auch *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent, WP 259 (Fn. 64), S. 9, wonach der Verantwortliche die Erfüllung eines Vertrages nur nicht „on the obtaining of these [additional] data“ („vom Erhalt dieser [zusätzlicher] Daten“) abhängig machen kann, e contrario sehr wohl aber von einer Entscheidung *über* den Erhalt der Daten.

*Sach*entscheidung keinen unzulässigen Konnex zu Zwecken herstellt, die über die Vertragserfüllung hinausgehen, und insoweit einer (echten) Wahlmöglichkeit folgt (vgl. ErwGrd. 42 S. 5 Hs. 1 DSGVO). Es verlangt mithin eine Freiwilligkeit hinsichtlich des „Wie“, nicht aber des „Ob“ einer Entscheidung.<sup>103</sup> Diese Art der Freiwilligkeit gewährt *Mandated Choice* gerade: Der Betroffene kann (grundsätzlich frei) wählen; wer seine Einwilligung verweigert, dem droht nicht, dass der Anbieter ihn von der Nutzung des gesamten Dienstes ausschließt. Nicht zuletzt überdehnte es das Kopplungsverbot contra legem, weitete man es auf eine verhaltenspsychologische Steuerung aus, die sich von der inhaltlichen Kopplung zwischen Vertragsinhalt und Einwilligungserklärung löst. Derartige Beschränkungen der Freiwilligkeit sind vorrangig im Rahmen des allgemeinen Freiwilligkeitserfordernisses im Sinne des Art. 4 Nr. 11 DSGVO zu berücksichtigen.

### III. Eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO)

Nicht nur in Art. 25 Abs. 2 S. 1, sondern auch in Art. 4 Nr. 11 DSGVO leitet der Unionsgesetzgeber aus verhaltenspsychologischen Erkenntnissen Anforderungen an die Gestaltung von Entscheidungsarchitekturen und die Freiwilligkeit einer Erklärung ab:<sup>104</sup> Der Betroffene muss die Einwilligung mittels einer „eindeutigen bestätigenden“<sup>105</sup> Erklärung oder Handlung vornehmen (Art. 4 Nr. 11 DSGVO).<sup>106</sup> Was darunter im digitalen Kontext zu verstehen ist, macht ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO deutlich: das „Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite“. Eine Einwilligung, die durch ein „bereits angekreuzte[s] Kästchen“ erfolgt, ist hingegen unwirksam.<sup>107</sup>

Der Unionsgesetzgeber stellt dadurch eine direkte Verbindung zwischen der Entscheidungsarchitektur und der Wirksamkeit der Einwilligung her.<sup>108</sup> Er verknüpft die Verhaltenspsychologie mit dem

---

<sup>103</sup> Vgl. ErwGrd. 42 S. 4 DSGVO, wonach eine „echte oder freie Wahl“ bestehen muss. In den Worten der *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent, WP 259 (Fn. 64), S. 8: „Compulsion to agree“ („Der Zwang [...] einzuwilligen“), nicht hingegen der *Zwang zu entscheiden*. I. E. ebenso etwa *D. Heckmann/A. Paschke*, in: E. Ehmann/M. Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 7 Rn. 53. Vgl. den Streit um die Wahlpflicht: Hier gehen die Meinungen darüber auseinander, ob die Freiheit der Wahl i. R. d. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auch die negative Wahlfreiheit im Sinne einer Freiheit des „Ob“ erfasst, vgl. etwa *C. Labrenz*, Die Wahlpflicht – unbeliebt, aber nicht unzulässig, ZRP 2011, S. 214 (S. 215).

<sup>104</sup> Zu dieser doppelten Verortung grundsätzlich auch *Herfurth/Benner-Tischler*, Nudging in der DS-GVO (Fn. 47).

<sup>105</sup> Engl. „clear affirmative action“, franz. „acte positif clair“; wobei sich dies auch hier auf die Alt. 1 (das „statement“ bzw. „déclaration“) bezieht, obwohl ein dem „sonstigen“ in der deutschen Sprachfassung entsprechendes Wort fehlt, vgl. *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent, WP 259 (Fn. 64), S. 15 f.; siehe auch ErwGr. 32 S. 1 DSGVO.

<sup>106</sup> Vgl. auch ErwGrd. 32 S. 2 DSGVO: Einverständnis „eindeutig“ „signalisier[en]“. Vgl. zu dieser zwingenden Formvorschrift: *B. Stemmer*, in: H. Wolff/S. Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 27. Ed. (1.5.2018), Art. 7 DSGVO Rn. 79, 83; wohl auch *Heckmann/Paschke* (Fn. 103), Art. 7 Rn. 36 ff; *S. Schulz*, in: P. Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 7 Rn. 42.

<sup>107</sup> Dies folgt aus Art. 7 Abs. 2 S. 2 DSGVO, der eine „generelle Fehlerfolgenregelung“ trifft, vgl. *A. Ingold*, in: G. Sydow (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 7 Rn. 52. I. E. auch *Schwartzmann/Klein* (Fn. 41), Art. 7 Rn. 6 sowie Rn. 37. Explizit mit Bezug auf *Opt-out*-Gestaltungen: *E. Frenzel*, in: B. Paal/D. Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 7 Rn. 15. A. A. *Heckmann/Paschke* (Fn. 103), Art. 7 Rn. 83.

<sup>108</sup> S. auch *Herfurth/Benner-Tischler*, Nudging in der DS-GVO (Fn. 47).

juristischen Konzept der Willenserklärung. Eine *Opt-out*-Voreinstellung (das „bereits angekreuzte Kästchen“) löst daher eine verallgemeinerte Vermutung der Unfreiwilligkeit aus.<sup>109</sup> Ob eine Einwilligung nur dann wirksam ist, wenn der Verantwortliche sie durch *Opt-in* erlangt hat und ob somit ein genereller *Opt-in*-Zwang besteht, lässt ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO hingegen offen.<sup>110</sup> Denn S. 3 fordert nur das „Anklicken eines Kästchens“, mithin aktives Handeln – dies kann jedoch sowohl durch ein *Opt-in* als auch durch die Auswahl der zustimmenden Entscheidungsvariante einer *Mandated Choice* erfolgen. ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO lässt sich daher ähnlich wie Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO sowohl als genereller als auch als allein voreinstellungsspezifischer *Opt-in*-Zwang lesen. Der Wortlaut erlaubt beide Deutungen.

Um zu bemessen, ob eine *Mandated Choice* nach dem Zweck der DSGVO eine wirksame Einwilligung hervorbringt, lässt sich die Wertung übertragen, die auch bei Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO den Ausschlag gibt: Der Gesetzgeber möchte den Betroffenen lediglich vor stark steuernden verhaltenspsychologischen Effekten *schützen*, nicht hingegen selbst steuern, indem er diese Effekte ausnutzt. Damit mündet die *Mandated Choice*-Gestaltung in ihrer Grundform in eine formwirksame, freiwillige Einwilligung. Dies deutet auch ErwGrd. 32 S. 2 DSGVO an: Er lässt die „Auswahl technischer Einstellungen“ für eine wirksame Einwilligung des Nutzers genügen. Die Idee des Auswählens geht implizit davon aus, dass keine Einstellung initialisiert ist. Transponiert man die Wertung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 auf Art. 4 Nr. 11 DSGVO, bedeutet das mithin, dass *Mandated Choice* die Freiwilligkeit der Einwilligung im Grundsatz nicht torpediert.

Aber nicht jede ihrer Ausgestaltungen garantiert die Freiwilligkeit. Die *Framing*-Effekte legen auch hier die Messlatte: Reißen sie die Hürde der starken Verhaltenssteuerung, löst dies die Unfreiwilligkeitsvermutung aus, die ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO pauschalisierend ausspricht – die Einwilligung ist dann keine „eindeutige [...] bestätigende [...]“ Erklärung mehr und somit (form-)unwirksam.<sup>111</sup> Im Ergebnis bringt eine *Mandated Choice*-Architektur eine wirksame Einwilligung im Sinne des Art. 4 Nr. 11 DSGVO hervor, soweit sie nicht stark verhaltenssteuernd wirkt.

## D. Besondere Anforderungen bei sensiblen Daten, Art. 9 DSGVO

Sensible Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO (z. B. Daten, aus denen „politische Meinungen [...] hervorgehen“ oder „biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person“) genießen nach dem Leitbild des Unionsgesetzgebers besonderen Schutz (vgl. ErwGrd. 51 S. 1 DSGVO). Für sie verhängt die DSGVO grundsätzlich ein striktes Verarbeitungsverbot, das nur wenige Ausnahmen zulässt. Das kann – sowohl mit Blick auf die Einwilligung als auch die *Privacy by Default*-Regelung – auf die Zulässigkeit einer *Mandated Choice*-Architektur durchschlagen.

Der besondere Einwilligungstatbestand des Art. 9 Abs. 2 lit. a Hs. 1 DSGVO unterscheidet sich von dem allgemeinen aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, Art. 4 Nr. 11 DSGVO nicht grundlegend. Allein das

---

<sup>109</sup> Anders wohl *Buchner/Kühling* (Fn. 47), Art. 7 DSGVO Rn. 56: Frage des Einwilligungsbewusstseins. S. hierzu auch GA Szpunar, Schlussantrag v. 21.3.2019, Rs. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246 – Planet49 GmbH, Rn. 59 ff., der das *Opt-out*-Verbot irrtümlicherweise aus den Merkmalen der „Willensbekundung“, die „ohne jeden Zweifel“ erfolgen muss, ableitet. Zur E-Privacy-VO s. unten **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

<sup>110</sup> Für einen *Opt-in*-Zwang etwa *Ingold* (Fn. 107), Art. 7 Rn. 43: „Erfordernis eines Opt-in-Modells“.

<sup>111</sup> Diese Vorbedingung der Freiwilligkeit lässt sich in diesem Sinne weit auslegen – anders als bei Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO ist eine Analogiebildung nicht erforderlich.

Erfordernis der Ausdrücklichkeit (engl. „explicit“) tritt hinzu.<sup>112</sup> Es verbietet konkludente Einwilligungen (in Abgrenzung zum Kriterium der „unmissverständlichen [...] Handlung“ nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO).<sup>113</sup> Zusätzliche Anforderungen oder Beschränkungen für die Gestaltung der *Entscheidungsstruktur* der Einwilligung erwachsen daraus indes nicht.<sup>114</sup> Denn sowohl bei einer Voreinstellung als auch bei *Mandated Choice* gibt der Betroffene seine Einwilligung ausdrücklich ab. Das Erfordernis der „Ausdrücklichkeit“ vermag die zulässigen Strukturen also nicht weiter zu beschränken.<sup>115</sup> Vielmehr gilt die für Entscheidungsarchitekturen wesentliche Anforderung, dass die Einwilligung durch eindeutige Bestätigung zu erfolgen hat, bei sensiblen wie bei sonstigen Daten gleichermaßen (ErwGrd. 32 S. 1 DSGVO). Entsprechend ist auch bei sensiblen Daten grundsätzlich allein ein *Opt-out* ausgeschlossen.<sup>116</sup>

Aus Art. 9 Abs. 2 lit. a Hs. 1 DSGVO können jedoch gesteigerte Anforderungen daran erwachsen, wie die *Umgebung* der Einwilligung konkret auszugestaltet ist: Für sensible Daten verlangt der Unionsgesetzgeber ein erhöhtes Maß an Bestimmtheit und Genauigkeit, etwa den expliziten Bezug zur Verarbeitung sensibler Daten.<sup>117</sup> Der Normgeber betont mithin die Informiertheit des Betroffenen. Dem liegt die Idee zugrunde, dass bei sensiblen Daten ein besonders hoher Grad an Entscheidungsautonomie geboten ist. Eine Verhaltenssteuerung wiegt bei sensiblen Daten deshalb schwerer, greift sie doch in eben diese Autonomie ein. Mithin verletzt bereits eine mehr als schwach wirkende Verhaltenssteuerung das Freiwilligkeits-Kriterium der DSGVO.

Umgekehrt strahlen die Wertungen des Einwilligungsregimes der DSGVO auch auf Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO aus: Wo der Verantwortliche sensible Daten verarbeitet, muss die Wertung des Art. 9 DSGVO auch im Rahmen des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO analog bei der Frage Berücksichtigung finden, ob der Verantwortliche seine Pflicht erfüllt hat, die Entscheidungsgestaltung durch Voreinstellung nicht datenschutzunfreundlich zu gestalten.<sup>118</sup> Infolgedessen senkt Art. 9 DSGVO die Schwelle für eine im

---

<sup>112</sup> S. *M. Albers/R.-D. Veit*, in: H. Wolff/S. Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 24. Ed. (1.5.2018), Art. 9 DSGVO Rn. 50; *D. Kampert*, in: G. Sydow (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 9 Rn. 14; *T. Petri*, in: S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DatenschutzR, 2019, Art. 9 Rn. 33. Insofern unterliegt GA Szpunar, Schlussantrag v. 21.3.2019, Rs. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246 – Planet49 GmbH, Rn. 59 mit Fn. 34 einem grundsätzlichen Fehler, wenn er „explizit“ mit „aktiv“ gleichsetzt.

<sup>113</sup> S. *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent, WP 259 (Fn. 64), S. 18; *Stemmer* (Fn. 106), Art. 7 DSGVO Rn. 81 f. A. A. wohl *E. Ehmann*, in: E. Ehmann/M. Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 7 Rn. 36, jedoch wohl widersprüchlich zu Rn. 38.

<sup>114</sup> Sofern der Verantwortliche nicht eine konkludente Einwilligung einholt, vgl. *Kampert* (Fn. 112), Art. 9 Rn. 14.

<sup>115</sup> Vgl. etwa auch Art. 21 Abs. 4 DSGVO, der zwischen der Ausdrücklichkeit und der (getrennten) Form des Hinweises unterscheidet. A. A. wohl *Der Hessische Datenschutzbeauftragte*, Die Datenschutz-Grundverordnung muss in wesentlichen Punkten nachgebessert werden!, 2015, S. 2. Unklar *M.-T. Tinnefeld/I. Conrad*, Die selbstbestimmte Einwilligung im europäischen Recht, ZD 2018, S. 391 (395).

<sup>116</sup> *Albers/Veit* (Fn. 112), Art. 9 DSGVO Rn. 51.

<sup>117</sup> *A. Jaspers*, in: R. Schwartmann/A. Jaspers/G. Thüsing et al. (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 9 Rn. 114; *S. Schulz*, in: P. Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 9 Rn. 16; *T. Weichert*, in: J. Kühling/B. Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 9 DSGVO Rn. 47.

<sup>118</sup> Dies folgt auch aus dem risikobasierten Ansatz des *Privacy by Design*, Art. 25 Abs. 1 DSGVO, vgl. *Martini* (Fn. 2), Art. 25 DSGVO Rn. 36 ff.

Rahmen des *Privacy by Default* verbotene Entscheidungssteuerung bei sensiblen Daten ebenfalls ab: Unzulässig ist auch hier bereits eine mehr als schwach wirkende Verhaltenssteuerung. Zugleich untersagen Art. 25 Abs. 2 sowie Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO bei der Verarbeitung sensibler Daten im Ergebnis nicht *jedwede* Verhaltenslenkung und damit auch nicht jede *Mandated Choice*-Architektur, die eine gewisse Steuerung beinhaltet. Das widerspräche der grundsätzlichen Offenheit des Gesetzgebers für andere Architekturen als solche des *Opt-in* im Bereich der sensiblen Daten.

## E. Ausblick auf die E-Privacy-VO – fast ein Zwang zu *Mandated Choice*

Noch stärker als die DSGVO fokussiert sich der Kommissionsentwurf für eine E-Privacy-VO (VO-E-KOM)<sup>119</sup> auf die Einwilligung als regulatorisches Kernelement.<sup>120</sup> Damit Nutzer diese im Internet mit wenig Aufwand kundtun können, trat er mit dem Vorschlag einer wesentlichen Neuerung an: das zentralisierte Browser-Einwilligungsmanagement<sup>121</sup>. Der VO-E-KOM will die Browserhersteller aufgrund ihrer intermediären Funktion<sup>122</sup> in den Dienst des Datenschutzes stellen. Um dies zu erreichen, geht der Entwurf zweistufig vor. Zum einen möchte er zur gesetzlichen Regel machen, was die DSGVO nur andeutet:<sup>123</sup> Webseitenbetreiber müssten Browsereinstellungen, insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit von Cookies, als Einwilligungsbekundung gegen sich gelten lassen (Art. 9 Abs. 2 VO-E-KOM).<sup>124</sup> Zum anderen etabliert der Entwurf spezifische Vorgaben für die

---

<sup>119</sup> 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) 10 final, 10.1.2017.

<sup>120</sup> Der VO-E-KOM übernimmt grundsätzlich die Einwilligungs-Definition aus Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO (s. Art. 9 Abs. 1, ErwGrd. 24 VO-E-KOM). Punktuell sieht er Abweichungen bzw. Anpassungen gegenüber dem Einwilligungsregime der DSGVO vor, vgl. etwa Art. 9 Abs. 3 VO-E-KOM zur periodischen Überprüfung der Einwilligung in die Verarbeitung von Kommunikationsdaten und -metadaten nach Art. 6 Abs. 2, 3 VO-E-KOM.

<sup>121</sup> Eigentlich „[i]n Verkehr gebrachte Software, die eine elektronische Kommunikation erlaubt“, Art. 10 Abs. 1 VO-E-KOM. Der Legislative Standpunkt des EP (A8-0324/2017, „VO-E-EP“) will darüber hinausgehen und Softwarehersteller, die „electronic communications“ erlauben, insgesamt adressieren, vgl. ErwGrd. 23 S. 2 VO-E-EP.

<sup>122</sup> Browser als „Torwächter“ bzw. „[G]atekeepers“, ErwGrd. 22 S. 11 VO-E-KOM.

<sup>123</sup> S. hierzu ErwGrd. 32 S. 2 DSGVO, wonach sich eine (jedenfalls zustimmende) Einwilligung durch „die Auswahl technischer Einstellungen“ vornehmen lässt. Kritisch hierzu *Klement* (Fn. 68), Art. 7 Rn. 17 unter dem Blickwinkel der Bestimmtheit. Vgl. auch *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent, WP 259 (Fn. 64), S. 17 f.

<sup>124</sup> Vgl. ErwGrd. 22 S. 6 VO-E-KOM: „Die Auswahl [...] sollte für Dritte verbindlich und ihnen gegenüber auch durchsetzbar sein“. S. auch *Europäische Kommission*, Impact Assessment – Proposal Regulation on Privacy and Electronic Communications, Part 1/3, 10.1.2017, S. 35: „valid and binding for third parties“. Gleichzeitig hat der Webseitenbetreiber explizit auch die Möglichkeit, sich eine Einwilligung erteilen zu lassen, die von Browsereinstellungen abweicht, s. *ebd.*, S. 24; ErwGrd. 23 S. 7 VO-E-EP. Insofern sind „Cookie Walls“ gerade nicht unzulässig, vgl. *Europäische Kommission*, Impact Assessment e-Privacy Directive, Part 1/3 (Fn. 124), Option 4, S. 25; anders das Ziel des VO-E-EP (vgl. ErwGrd. 22 S. 4 VO-E-EP), das allerdings (bislang) keinen normativen Niederschlag findet.

Browserhersteller (Art. 10 VO-E-KOM), um dem Nutzer ein unkompliziertes Einwilligungsmanagement zu ermöglichen.<sup>125</sup> ErwGrd. 23 VO-E-KOM konkretisiert insoweit: „Endnutzern sollte eine Reihe von Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre angeboten werden“.<sup>126</sup> Der VO-E-KOM lässt sich damit von einer einfachen Erkenntnis leiten: Der Einzelne ist im täglichen Leben mit einer Vielzahl an Cookie-Einstellungen konfrontiert. Diese nimmt er selten bewusst vor – gleich, ob als *Opt-out* oder *Opt-in*.<sup>127</sup> Dem setzt der VO-E-KOM das Ziel einer bewussten, wenngleich ein wenig pauschalen Entscheidung über Cookies entgegen. Ein zentrales Einwilligungsmanagement soll dem wirklichen Willen und den tatsächlichen Interessen des Nutzers zur Durchsetzung verhelfen.

Aus entscheidungsarchitektonischer Sicht wesentlich ist die Vorgabe des VO-E-KOM, wie der Nutzer zwischen den angebotenen Einstellungsmöglichkeiten auszuwählen hat: „[Z]ur Fortsetzung der Installation“ muss dieser die „Einwilligung zu *einer* Einstellung“ geben (Art. 10 Abs. 2 VO-E-KOM).<sup>128</sup> Der VO-E-KOM verpflichtet Hersteller also nicht, eine Voreinstellung zu setzen, sondern für die Wahl der Cookie-Einstellung einen Entscheidungszwang vorzusehen; er möchte *Mandated Choice* zum gesetzlich vorgesehenes Designelement machen.<sup>129</sup> Auch die Grenzen des *Framing* dieses Entscheidungszwangs regelt der VO-E-KOM (zumindest negativ): „Die gegebenen Informationen sollten die Endnutzer nicht davon abschrecken, höhere Einstellungen zur Privatsphäre zu wählen“ (ErwGrd. 24 S. 4 VO-E-KOM).

Es zeichnet sich jedoch ab, dass diese regulatorische Neuerung das Gesetzgebungsverfahren nicht überstehen wird. Der Verordnungsentwurf des Europäischen Parlaments stand ihr noch offen gegenüber, favorisiert aber wohl – nach intensiver Kritik etwa des Europäischen Datenschutzbeauftragten<sup>130</sup> und der Artikel-29-Datenschutzgruppe<sup>131</sup> – eine datenschutzfreundliche Voreinstellung (anscheinend ohne vollständig erkannt zu haben, dass der VO-E-KOM gerade nicht *Opt-*

---

<sup>125</sup> Unter der DSGVO besteht eine derartige Verpflichtung der *Hersteller*, *Dataprotection by Design* einzuhalten, gerade nicht, vgl. etwa *Hansen* (Fn. 38), Art. 25 Rn. 21. Hierfür etwa *I. Cofone*, *The way the cookie crumbles: online tracking meets behavioural economics*, *International Journal of Law and Information Technology* 2016, S. 38 (55 f.).

<sup>126</sup> Der VO-E-KOM sieht hierfür mindestens drei pauschale Varianten vor; hingegen fordert ErwGrd. 23 S. 4 VO-E-KOM spezifische Einstellungsmöglichkeiten für einzelne Verarbeitungen.

<sup>127</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, *Impact Assessment e-Privacy Directive*, Part 1/3 (Fn. 124), S. 30: „consent fatigue“.

<sup>128</sup> Hervorhebung d. Verf. S. auch ErwGrd. 24 S. 3 VO-E-KOM sowie *Europäische Kommission*, *Impact Assessment e-Privacy Directive*, Part 1/3 (Fn. 124), S. 24: „Under the new rules, users would be prompted at the moment of the first utilisation of the equipment to choose their privacy settings“.

<sup>129</sup> Die Abkehr von *Opt-out* zu *Mandated Choice* und Browsereinstellungen war dabei wohl ein Kompromiss. Denn gleichzeitig sollten bestimmte Cookies (sog. „first party cookies“) einwilligungsfrei gestellt werden und als (fingierter) Teil der Vertragsdurchführung stets erlaubt sein, vgl. *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, *Opinion 03/2016 on the evaluation and review of the ePrivacy Directive (2002/58/EC)*, WP 240, 2016 S. 11 f. sowie *Europäische Kommission*, *Impact Assessment e-Privacy Directive*, Part 1/3 (Fn. 124), S. 11 f. und ErwGrd. 21 VO-E-KOM. Vgl. hierfür grundsätzlich bereits *Cofone*, *The way the cookie crumbles*, (Fn. 125), S. 52 f.

<sup>130</sup> *European Data Protection Supervisor*, *Opinion 6/2017 - EDPS Opinion on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation)*, 24.4.2017, S. 18 f.

<sup>131</sup> *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, *Stellungnahme 01/2017 zum Vorschlag für eine Verordnung über die Privatsphäre*, WP 247, 4.4.2017, S. 15 f., Rn. 19.

out ermöglicht, sondern *Mandated Choice* fordert).<sup>132</sup> Die Beratungen im Rat gehen nun einen völlig anderen Weg. Sie tragen das zentralisierte Browser-Einwilligungsmanagement in seiner Gesamtheit zu Grabe. Art. 10 VO-E-KOM sowie die zugehörigen ErwGrd. 22-24 sollen wegfallen.<sup>133</sup> Einzig die generelle Verbindlichkeit von Browsereinstellungen soll Bestand haben.<sup>134</sup> Dass sich die Gesetzgebungsorgane im weiteren, noch offenen Gesetzgebungsprozess auf eine Rückkehr zu Art. 10 VO-E-KOM einigen können werden, ist unwahrscheinlich.

## F. Fazit

Die DSGVO tritt für einen Datenschutz ein, der stärker auch die Entscheidungsarchitektur in den Blick rückt. In diesem Geiste folgen die *Privacy by Default*-Regelung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 und der Einwilligungstatbestand der Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO der Leitidee, Datenschutz durch Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten. Wer genauer hinsieht, erkennt jedoch: Der Gesetzgeber hat dafür weitgehend unklare Regelungen geschaffen. Der politische Kompromiss, der hinter den Normen steht, trübt die Aussageklarheit der DSGVO erheblich ein. Die *Mandated Choice*-Architekturen, die heute viele Internetgiganten einsetzen, decken diese Lückenhaftigkeit paradigmatisch auf.

De lege lata ist diese Gestaltungsvariante eines Zwangs zur Entscheidung grundsätzlich mit der DSGVO vereinbar. Denn der unionale Gesetzgeber hat bei der *Privacy by Default*-Regelung des Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO nicht vorrangig eine eigene staatliche Verhaltenssteuerung hin zu mehr Datenschutz im Sinn (*Nudging*). Er zielt vielmehr darauf, Verhaltensanomalien entgegenzuwirken (*Debiasing*). Der Gesetzgeber etabliert dementsprechend keinen generellen Zwang zum *Opt-in*. Einer *Mandated Choice* steht er offen gegenüber. Dies gilt hingegen dann nicht mehr, wenn diese durch *Framing* der Entscheidungssituation doch eine starke steuernde Wirkung entfaltet. Denn dann steht der Entscheidungszwang – mit Blick auf seine verhaltenspsychologischen Effekte – auf gleicher Stufe wie die verbotene *Opt-out*-Voreinstellung. Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO ist dann analog anzuwenden. Er erfasst hiernach *Mandated Choice*-Architekturen, soweit deren Verhaltenssteuerung so stark wirkt, dass sie dem *Default Effect* funktional gleichkommt.

Mit Blick auf die Wirksamkeit einer Einwilligung, die der Verantwortliche durch *Mandated Choice* erlangte, präsentiert sich das normative Bild ähnlich verschlungen: *Opt-out*-Voreinstellungen sind mangels „eindeutig [...] bestätigende[r]“ Erklärung generell unfreiwillig und unwirksam (ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO). *Opt-in* und *Mandated Choice* beeinträchtigen die Wirksamkeit demgegenüber grundsätzlich nicht. Eine *Mandated Choice*-Gestaltung verstößt insbesondere nicht als solche gegen das vertikale Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO oder das allgemeine Freiwilligkeitserfordernis des Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Datenschutzunfreundliche Verhaltenssteuerungen können gleichwohl auf die Wirksamkeit der Einwilligung durchschlagen. Überschreitet das *Framing*

---

<sup>132</sup> „[C]onfigure the software so that privacy is protected, the cross-domain tracking and the storing of information on the terminal equipment by third parties is prohibited by default“, ErwGrd. 23 S. 2 VO-E-EP. Im Normtext schlägt sich dies jedoch nicht nieder. Art. 10 Abs. 2 VO-E-EP verzichtet vielmehr darauf, eine klare Entscheidungsarchitektur zuzuordnen („The technical settings shall consist of multiple options for the end-user to choose from“); anders etwa noch Art. 10 Abs. 1a Opinion of the Committee on Legal Affairs, A8-0324/2017 [5.10.2017]).

<sup>133</sup> Vgl. Europäischer Rat, 10975/18 v. 10.7.2018 (OR. en), S. 3; Europäischer Rat, 12293/19 v. 18.9.2019 (OR. en), S. 64.

<sup>134</sup> Art. 9 Abs. 2 VO-E-KOM, jetzt Art. 4a Abs. 2 Europäischer Rat, 8537/18 v. 4.5.2018 (OR. en), hat bisher noch keine Streichung erfahren – das könnte aber auch ein schlichtes Versehen sein. Jedenfalls ist unklar, inwieweit sich damit eine Aufwertung gegenüber der Lage unter der DSGVO verbindet.

einer *Mandated Choice* die Schwelle der starken Verhaltenssteuerung, ist eine so erzielte Einwilligung – gleich der Situation bei Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO analog – unfreiwillig und damit unwirksam.

In der Sache konzipiert die DSGVO damit einen Gleichlauf zwischen Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO und Art. 25 Abs. 2 DSGVO:<sup>135</sup> Entscheidungsgestaltungen, die gegen Art. 25 Abs. 2 DSGVO verstoßen, bringen im Ergebnis auch keine freiwillige und damit wirksame Einwilligung hervor und vice versa. Verarbeitet der Verantwortliche sensible Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO, verschärft sich der Maßstab für eine zulässige Entscheidunglenkung in beiden Kontexten: Jede mehr als schwach wirkende Verhaltenssteuerung ist dann unzulässig.

Der europäische Gesetzgeber ist gut beraten, den Weg des Entscheidungsschutzes konsequent weiterzugehen, um die Autonomie des Nutzers zu stärken. Nur so lässt sich dem Befund begegnen, dass die Einwilligung als Instrument des Datenschutzes in einer Welt komplexer Datenschutzerklärungen die digitale Selbstbestimmung nur bedingt wirksam verteidigen kann. Das zentralisierte Browser-Einwilligungsmanagement, das der Kommissionsentwurf zur E-Privacy-Verordnung vorgesehen hatte, war insoweit ein guter erster Schritt. Ebenso wie dort sollte der Unionsgesetzgeber das Menschenbild des (Datenschutz-)Rechts insgesamt mehr an der verhaltenspsychologischen Realität ausrichten.

Gegenwärtig ergeht es den verhaltenspsychologischen Regelungen der DSGVO hingegen ein wenig wie *Senecas* Seemann: Wer nicht weiß, welches Ufer er ansteuern muss, dem ist kein Wind der richtige.<sup>136</sup> Allein ein durchdringendes Verständnis der verhaltenspsychologischen Untiefen menschlichen Entscheidens und ein klares Regulierungsziel werden den Gesetzgeber und Normanwender im Wind verhaltenspsychologisch informierter Regulierung die Segel in die richtige Richtung setzen lassen.

---

<sup>135</sup> Dies ebenso andeutend *Hansen* (Fn. 38), Art. 25 Rn. 56.

<sup>136</sup> L. A. Seneca (i. e. der Jüngere), *Moralische Briefe an Lucilius* (Epistulae morales ad Lucilium), Liber VIII, Brief 71, 3.