

Der "informed consent" im Datenschutz: eine politikwissenschaftliche Analyse

Bergemann, Benjamin

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sonstiges / other

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bergemann, B. (2017). *Der "informed consent" im Datenschutz: eine politikwissenschaftliche Analyse*. Berlin. <https://hdl.handle.net/10419/162861>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Bergemann, Benjamin

Master Thesis

Der „informed consent“ im Datenschutz: Eine politikwissenschaftliche Analyse

Provided in Cooperation with:
WZB Berlin Social Science Center

Suggested Citation: Bergemann, Benjamin (2017) : Der „informed consent“ im Datenschutz: Eine politikwissenschaftliche Analyse, ZBW - Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften, Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft, Kiel und Hamburg

This Version is available at:
<http://hdl.handle.net/10419/162861>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Masterarbeit

**Der „informed consent“ im
Datenschutz: Eine
politikwissenschaftliche Analyse**

Freie Universität Berlin
Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft
Erstgutachterin: Prof. Dr. Brigitte Kerchner
Zweitgutachterin: Prof. Dr. Jeanette Hofmann

Student: Benjamin Bergemann
Studiengang: Master Politikwissenschaft (Prüfungsordnung 2013)
Matrikelnummer: 4446245
E-Mail: benjamin.bergemann@fu-berlin.de

Berlin, den 05.04.2017

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
Tabellenverzeichnis	4
Abkürzungsverzeichnis	5
1 Einleitung: Das Einwilligungs-Paradox	6
2 Die informierte Einwilligung im Datenschutz	9
2.1 Die Rechtsfigur der Einwilligung.....	10
2.1.1 Die Einwilligung zwischen Selbstbestimmung und Tauschgeschäft	11
2.1.2 Die Einwilligung als Grundrechtsausübung	12
2.1.3 Die informierte Einwilligung als Autonomiebedingung	13
2.2 Die Einwilligung im Datenschutzrecht	15
2.2.1 Der Stellenwert der Einwilligung im Datenschutz	15
2.2.2 Umriss einer Geschichte der Einwilligung im Datenschutzrecht	16
2.2.3 Informiert, bestimmt, frei: Zur Ausdifferenzierung der Einwilligung	18
2.2.4 Die Einwilligung als informationelle Selbstbestimmung	23
2.2.5 Die Einwilligung im Spiegel ihrer Kritik	28
2.3 Fazit: Die Einwilligung als umstrittenes Instrument des Interessenausgleichs...	32
3 Konzeptioneller Zugang: Die Einwilligung als politisches Instrument	34
3.1 Die kanonische Instrumentenforschung	35
3.2 Post-positivistische Zugänge zu politischen Instrumenten.....	38
4 Theorie und Methodologie: Die Rechtfertigungsordnungen als Beitrag zur Diskursanalyse des Rechts	43
4.1 Entstehungskontext: Klassifikationskonflikte und die Abgrenzung von Bourdieu	43
4.2 Die Rechtfertigungsordnungen und die Zentralität der Kritik	45
4.3 Die Rechtfertigungssoziologie als Grundlage einer Diskursanalyse.....	52
4.4 Die Rechtfertigungsordnungen und das Recht	57
5 Methodisches Vorgehen und Materialauswahl.....	62
5.1 Zur Passung von Grounded Theory und Diskursanalyse	62
5.2 Vom offenen Kodieren zur Rechtfertigungsordnung	64
5.3 Materialauswahl und theoretisches Sampling	68

6	Ergebnisse: Die Einwilligung im Wandel von Kritik und Rechtfertigung ..	72
6.1	Die Einwilligung in der Welt der Kommunikation	73
6.2	Die Einwilligung in der Welt der Datenschutzpraxis	82
6.3	Die Einwilligung in der Welt des Datenmarktes	90
6.4	Der Kompromiss: Die Einwilligung in der Welt des Nutzers	98
7	Einordnung: Entwicklungslinien der Einwilligung.....	103
7.1	Permanenz und Wandel: Entwicklungslinien der Einwilligung.....	103
7.2	Einwilligung und Recht: Heterodoxie statt juristischer Mustergültigkeit	106
7.3	Gutes Regieren? Die Einwilligung als politisches Instrument	107
7.4	Methodisches Fazit und Desiderate	108
8	Fazit: Datenschutz ist ein politisches Problem	111
	Literatur	114
	Eidesstattliche Erklärung zur Masterarbeit im Fach Politikwissenschaft.....	122

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Der Doppelcharakter der informationellen Selbstbestimmung	26
Tabelle 2: Die Welt der Kommunikation	73
Tabelle 3: Die Welt der Datenschutzpraxis	82
Tabelle 4: Die Welt des Datenmarktes	90
Tabelle 5: Die Welt des Nutzers als Kompromiss	98

Abkürzungsverzeichnis

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfDI	Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CNIL	Commission nationales de l'informatique et des libertés
EC	Economie des conventions
GT	Grounded Theory
STS	Science and Technology Studies

1 Einleitung: Das Einwilligungs-Paradox

Die *informierte Einwilligung* ist die Grundlage vieler datenbasierter Geschäftsmodelle im Internetzeitalter. Prominente Beispiele sind soziale Netzwerke wie Facebook oder Twitter. Aber auch Computer oder Smartphones erfordern heute die Einwilligung in die Datenverarbeitung, sonst lassen sie sich schlichtweg nicht betreiben. Damit sind Dinge von der Einwilligung abhängig, die zur heutigen Lebensführung unerlässlich sind und denen zunehmend ein infrastruktureller Charakter zukommt. An der Einwilligung hängt also nicht nur das Geschäftsmodell der finanzstarken Internetindustrie, sondern auch die Lebenspraxis ihrer Milliarden Nutzerinnen und Nutzer¹.

Die informierte Einwilligung ist zugleich eine juristische Konstruktion, bei der die einwilligende Person einer anderen erlaubt, in ein sie tangierendes Rechtsgut einzugreifen. Die Einwilligung erlaubt auf diesem Wege, was sonst verboten ist, indem der potenziell Geschädigte den Schädiger durch sein Einverständnis entlastet. In der juristischen Tradition gilt die Einwilligung als Ausdruck von Autonomie und Menschenwürde. Das deutsche Datenschutzrecht betrachtet die Einwilligung als „genuinen Ausdruck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ (Roßnagel et al. 2001: 15). Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union schreibt der Einwilligung in Artikel 8 gar Grundrechtsstatus zu.

Dennoch ist und war die Einwilligung nicht unumstritten. Bereits ihre Einführung ins erste Bundesdatenschutzgesetz von 1977 war ein Politikum. Unternehmen sahen in der Einwilligung einen Garanten für Rechtssicherheit. Kritiker hielten sie dagegen für eine juristisch überflüssige „Datenfreigabeklausel“ (von Uckermann 1979: 163). Bis heute kritisieren Verbraucherschützer und Bürgerrechtler, aber auch Unternehmensvertreter und Fachjuristen die informierte Einwilligung als unzureichendes Mittel, um Datenschutz zu gewährleisten – gerade vor dem Hintergrund der als neu wahrgenommenen Datenschutzherausforderungen des Internets.

Aller Kritik zum Trotz spielt die Einwilligung jedoch weiterhin eine zentrale Rolle im Datenschutz. Statt ihrer Zurückdrängung scheint die Einwilligung stetige Reform und Aufwertung zu erfahren. Spiros Simitis, einer der prominentesten Datenschützer, hat dieses *Einwilligungs-Paradox* auf den Punkt gebracht: „Der Gesetzgeber hat freilich wider besseres Wissen an einer Fiktion festgehalten.“ (2011b: 435). Zuletzt ließ sich das Einwilligungs-Paradox bei den Verhandlungen um die neue europäische Datenschutz-

¹ Ich verwende im Folgenden durchgehend das generische Maskulinum. Ich betone an dieser Stelle allerdings ausdrücklich, dass alle Geschlechter in diese Bezeichnung eingeschlossen sind.

grundverordnung beobachten. Die Einwilligung ging aus der Generalüberholung des EU-Datenschutzes gestärkt hervor. Wie lässt sich dieses Einwilligungs-Paradox erklären? Und warum sollte sich ausgerechnet die Politikwissenschaft für die Beharrungskraft einer juristischen Figur interessieren?

Ich schlage vor, die Einwilligung einmal nicht juristisch, sondern als politisches Instrument zu verstehen. Als politisches Instrument strukturiert die Einwilligung soziales Handeln mit dem Ziel, das kollektive Problem des Datenschutzes zu adressieren. Aus dieser Perspektive besehen, stellt die Einwilligung eine einflussreiche und zugleich umstrittene Antwort auf die Frage dar, wie der Datenschutz geregelt werden soll und verdient deshalb politikwissenschaftliche Aufmerksamkeit. In dieser Arbeit widme ich mich daher der Frage: *Wie lässt sich die Beharrungskraft der Einwilligung als zentrales Instrument des Datenschutzes im Internet erklären?*

Mein Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist die Annahme, dass die Einwilligung ihre Beharrungskraft *gerade* aus dem Wechselspiel von Kritik und Rechtfertigung zieht. Die Idee eines konstitutiven Abhängigkeitsverhältnisses von Kritik und Rechtfertigung, das stabilisierend, aber auch formend auf seinen Gegenstand wirkt, ist das Kernargument der *Rechtfertigungssoziologie* nach Boltanski und Thévenot (2007). Sie bildet den theoretischen Rahmen meiner Analyse. Möglich werden Kritik und Rechtfertigung durch *Rechtfertigungsordnungen*, die zweite zentrale Figur der Rechtfertigungssoziologie. Rechtfertigungsordnungen sind Bewertungs- und Evaluationslogiken, die soziale Ordnung herstellen, indem sie Personen, Objekte und Sachverhalte nach einem höheren – und je nach Rechtfertigungsordnung unterschiedlichem Prinzip – sinnhaft zueinander in Bezug setzen.

Ich gehe davon aus, dass die Einwilligung im Datenschutz innerhalb bestimmter Rechtfertigungsordnungen kritisiert, gerechtfertigt und damit abgestützt wird. Unter Rückgriff auf Rechtfertigungsordnungen wird es möglich zu beantworten, warum die Einwilligung im Datenschutz gebraucht wird und wie sie umgesetzt werden soll. Die Rechtfertigungsordnungen stellen damit ein spezifisches Wissen dar, das die Einwilligung erst denk- und damit formbar macht. Ich konzentriere mich in dieser Arbeit auf die Produktion dieses *Instrumentenwissens* in den Auseinandersetzungen von Datenschutzexperten. Ich betrachte ihre Tätigkeit damit nicht als rationale Wissensakkumulation, sondern als ein ebenso konfliktäres Wechselspiel, wie es auch an den exponierten Orten institutionalisierter Politik stattfindet.

Da die Expertise im Datenschutz rechtlicher Natur ist, liegt der Schlüssel zur Antwort auf die Frage nach der Beharrungskraft der Einwilligung – auch wenn man sie als politisches Instrument versteht – in der Analyse juristischen Wissens. Das Ziel meiner Untersuchung kann es jedoch nicht sein, dieses bloß wiederzugeben. Als veritabler Teil des

Einwilligungs-Paradoxes muss das juristische Wissen viel mehr selbst problematisiert werden. Den hierzu notwendigen *epistemologischen Bruch* mit der juristischen Erzählung der Einwilligung vollziehe ich durch ihre rechtfertigungssoziologische Rekonstruktion. Diskursanalytisch belehrt entwickle ich auf diesem Wege eine Neubeschreibung der deutschsprachigen Einwilligungsdebatte für den Zeitraum von der Jahrtausendwende bis heute. Jener Phase also, in der die Einwilligung ihre zentrale Rolle für den Datenschutz im Internet erhalten hat. Konzeptionell vollziehe ich also eine Doppelbewegung: Ich betrachte die Einwilligung zum einen als politisches Instrument, das durch juristisches Fachwissen geformt wird und rekonstruiere dieses Fachwissen zum anderen rechtfertigungssoziologisch.

Meine Analyse bringt *Rechtfertigungswelten* der Einwilligung zutage, die deutlich heterogener und weniger juristisch erscheinen, als es die rechtliche Sicht auf die Einwilligung suggeriert. In diesen Welten fungieren der Beweis der Wohlfahrt datenbasierter Dienste mittels Unternehmenszahlen, oder auch der Nachweis des Funktionierens der Einwilligung in der Praxis anhand bürokratischer Verfahren, als mindestens ebenso wichtige *Bewertungsmaßstäbe* wie die verfassungsrechtliche Figur der informationellen Selbstbestimmung. Im von mir betrachteten Zeitraum führt der Konflikt zwischen den verschiedenen Rechtfertigungswelten dazu, dass sich die Einwilligungsdebatte weiter vom *Ob* zum *Wie* der Einwilligung verschiebt. Die Einwilligung soll dem Internetzeitalter durch stärker an das Nutzerverhalten angepasste Transparenzanforderungen, einer Anerkennung des tauschvertraglichen Prinzips ‚Daten gegen Leistung‘ und durch eine stärkere wissenschaftliche Fundierung gerecht werden.

Es ist damit mitnichten ein Einwilligungskonsens, sondern eher vermehrte Kritik und damit Rechtfertigungsbedürftigkeit, der die Einwilligung ihre Beharrungskraft im Internetzeitalter verdankt. Meine Antwort auf die Frage nach der Beharrungskraft der Einwilligung erfolgt damit nicht als positivistisches *Warum*, sondern als interpretatives *Wie* der Kritik und Rechtfertigung.

Die folgenden Kapitel zeichnen den Weg zu den eben eingeführten Argumenten wie folgt nach. Das zweite Kapitel legt die gebräuchliche juristische Sicht auf die Einwilligung dar. Das dritte Kapitel führt in die Forschung zu politischen Instrumenten als konzeptionellen Ausgangspunkt meiner Analyse ein. Daraufhin fülle ich diesen konzeptionellen Rahmen mithilfe der Rechtfertigungssoziologie aus. Der vierte Teil bringt zudem die Rechtfertigungssoziologie, die Diskursanalyse und ihre Anwendung auf die juristische Debatte zusammen. Das fünfte Kapitel beschreibt das methodische Vorgehen im engeren Sinne, d.h. die Kodierstrategie und die Materialauswahl. Im sechsten Kapitel stelle ich die Ergebnisse der Analyse vor und ordne sie im anschließenden siebten Abschnitt in den Zusammenhang meiner Untersuchung ein.

2 Die informierte Einwilligung im Datenschutz

Um die Einwilligung im Datenschutz als politisches Instrument konzeptualisieren zu können, will ich zunächst in die herkömmliche Lesart der Einwilligung und des Konflikts um sie einführen. Dazu greife ich vorwiegend auf rechtswissenschaftliche Literatur zurück. Denn nicht nur handelt es sich bei der Einwilligung nach üblichem Verständnis um eine juristische Figur. Auch die Debatte zur Einwilligung im Datenschutz wird überwiegend juristisch geführt. Das Ziel dieses Kapitels ist es, die Grundlagen der Einwilligungsdiskussion zunächst in ihrer eigenen Sprache wiederzugeben. Später lege ich dann durch meinen konzeptionellen, theoretischen und methodischen Zugang eine bewusst distanzierende Lesart an die juristische Einwilligungsdebatte an. Die folgende erste Vermessung des Gegenstandes soll den Leser und mich gleichermaßen für dieses Vorhaben *sensibilisieren* (vgl. Kap. 5.3) und in die voraussetzungsreiche Einwilligungsdiskussion und ihre Terminologie einführen.

Hierzu greife ich vor allem auf Überblicksliteratur wie Simitis' *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz* (Simitis 2011b) oder das *Handbuch zur Einführung in das Datenschutzrecht* (Tinnefeld et al. 2012) sowie aktuelle juristische Promotionen zur Einwilligung (vgl. Rogosch 2013; Hermstrüwer 2015) zurück. Letztere erweisen sich als ergiebige Quelle, da sie den Stand der Debatte und damit die rechtswissenschaftliche Lehrmeinung kompakt aufbereiten. Teilweise lässt sich ein Rückgriff auf Texte, die auch Gegenstand der späteren Diskursanalyse sind, jedoch nicht vermeiden. Da ich sie in dieser Einführung jedoch noch nicht verfremdend, also *mit* statt *gegen* ihre Autoren lese, betrachte ich ihre Zweifachverwendung als unproblematisch. Die Darstellung der juristischen Erzählung der Einwilligung erlaubt zudem den Vergleich mit der von mir in den nachfolgenden Kapiteln entwickelten Lesart der Einwilligung.

Mit Blick auf meinen Untersuchungsgegenstand konzentriere ich mich dabei auf die spezifisch deutsche Diskussion der Einwilligung. Denn zwar kennen sowohl die kontinentaleuropäischen als auch die US-amerikanischen Konzepte zum Schutz personenbezogener Daten die Einwilligung. Zwischen beiden bestehen jedoch signifikante Unterschiede in den unterliegenden Prämissen und der konkreten Ausgestaltung der Einwilligung. Der Schutz der *privacy* in den USA folgt einer eigentumsrechtlichen Lesart personenbezogener Daten, bei der die Einwilligung einem Mittel zur Verfügung über die ‚eigenen Daten‘ nahekommt (Rauhofer 2013: 3). Die Einwilligung ist in den USA zugleich nur wenig konkret kodifiziert (Solove 2013: 1897). In der EU, und in Deutschland im Speziellen, wird die Einwilligung dagegen als Befähigung zur Grundrechtskontrolle verstanden (Rauhofer 2013: 2). In welchen Situationen Einwilligungen überhaupt

statthaft sind und welchen Bedingungen die Einwilligung dabei genügen muss, ist in Europa zudem detailliert geregelt. Darüber hinaus ist die europäische Variante der Einwilligung eingebettet in umfassende Vorschriften zum Umgang mit personenbezogenen Daten (vgl. Solove 2013: 1897, 1903), die es in den USA so nicht gibt.² Vor dem Hintergrund der skizzierten Differenzen erscheint es plausibel anzunehmen, dass sich die Einwilligungsdebatten regional durchaus unterscheiden. Eine räumliche Fokussierung, in meinem Fall auf die deutsche Debatte, verspricht deshalb empirisch belastbarere Aussagen.

Die sozialwissenschaftliche Internetforschung übergeht diese regionale Differenzierung allzu leicht. Ihr Kernargument ist, dass transnational agierende Internetunternehmen soziale und rechtliche Standards, und damit auch die Einwilligung, vermittels ihrer weltweit gültigen Geschäftsbedingungen globalisieren (vgl. Belli/Venturini 2016 samt Verweisen). Ungeachtet der Tragweite dieser Entwicklungen betrachte ich eine regional differenziertere Betrachtungsweise für unabdingbar. Untersuchungen, die spezifische regionale Differenzen ernst nehmen, sind der erste Schritt, um die Einwilligung in späteren Forschungsarbeiten sowohl vergleichend als auch mit Blick auf globale Diffusionstendenzen untersuchen zu können.

Im Folgenden erläutere ich die im Lichte meines Vorhabens zentralen Charakteristika der Rechtsfigur der Einwilligung außerhalb des Datenschutzes, um dann in die Ausgestaltung und Bedeutung und die damit untrennbar verbundene Kritik der Einwilligung im Datenschutz einzuführen. Das Kapitel schließt mit der Herausarbeitung zweier Charakteristika der Einwilligungsdebatte: Dem Konflikt als stabilisierende Konstante sowie der Vorstellung von der Einwilligung als einem Instrument des Interessenausgleichs.

2.1 Die Rechtsfigur der Einwilligung

Die Einwilligung ist eine „Erlaubnis, die das Unrecht eines tatsächlichen Verhaltens ausschließt“ (Ohly 2002: 3). Ihr „Inhalt besteht darin, dass der Inhaber eines Rechtsguts einem anderen die Erlaubnis erteilt, in dieses Rechtsgut eingreifen zu dürfen“ (Kohte 1985: 110). Auch wenn ihre Geschichte bis ins römische Recht zurückreicht, ist die Einwilligung vor allem ein Erbe der Aufklärung (Kohte 1985: 109). Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass die Einwilligung als Ausdruck individueller Autonomie gilt. Sie „verkörpert ein Gerechtigkeitsprinzip, dessen hohe Plausibilität auf einer Verknüpfung der Ideen der Selbstbestimmung und der Selbstverantwortung beruht“, schreibt Ohly (2002: 465) in seinem Grundlagenwerk *Die Einwilligung im Privatrecht*.

² In den USA gibt es einzelne bereichsspezifische Vorschriften, aber keinen Gesetzesrahmen, der den Datenschutz im Allgemeinen regelt.

2.1.1 Die Einwilligung zwischen Selbstbestimmung und Tauschgeschäft

Die *Funktion* der Einwilligung besteht in der „Aktualisierung und Konkretisierung des Selbstbestimmungsrechts“ (Kohte 1985: 137). Mithilfe der Einwilligung disponiert das Individuum über seine subjektiven Rechte bzw. Rechtsgüter, wie die körperliche Integrität, die Persönlichkeitsrechte (z.B. das Recht am eigenen Bild) und auch Vermögensrechte (vgl. Ohly 2002: Kap. 2). Diese Mannigfaltigkeit der möglichen Rechtsdispositionen, die sich prinzipiell auf „sämtliche rechtlich geschützten Individualinteressen“ erstreckt (Ohly 2002: 468) zeigt, dass es *die* eine Einwilligung nicht gibt. In unterschiedlichen Rechtsbereichen finden sich jeweils verschiedene Varianten der Einwilligung. Unter Juristen herrscht deshalb Uneinigkeit darüber, was eigentlich ihren Kern ausmacht (Ohly 2002: 23). Der vielleicht kleinste gemeinsame Nenner besteht in der Doppelfunktion der Einwilligung „zum einen als Mittel der Selbstbestimmung des Einwilligenden, zum anderen aber auch als Haftungsbegrenzung für den Handelnden“ (Körner 2000: 131). Wiederum verweist jedoch gerade diese Doppelfunktion auf eine zentrale Unsicherheit um die Rechtsfigur der Einwilligung: Zu welchem Grad muss der Einwilligende gegenüber dem Einwilligungsempfänger privilegiert werden, um von einer Einwilligung sprechen zu können? Zugespitzt geht es hier um die Frage, inwieweit die Einwilligung dem Institut des *Vertrags* gleichkommt.

Rechtsdogmatisch dient die Einwilligung nicht dem potentiellen „Schädiger“, d.h. dem Einwilligungsempfänger, sondern dem Einwilligenden (Kohte 1985: 110). Der Einwilligungsempfänger ordnet³ sich dem Einwilligenden unter (Ohly 2002: 139). Der Vertrag als zweiseitige Willenserklärung ist formal davon verschieden, da die Handlungsbefugnis hier immer auch von der zweiten Partei abhängig bleibt. Ohly folgert deshalb, dass sich die Einwilligung vor allem für Fälle der „Selbstbestimmung über Persönlichkeitsaspekte, die nicht Gegenstand von Rechtsübertragungen oder von bindenden schuldrechtlichen Vereinbarungen sein können“, eignet (Ohly 2002: 177). Sein Kernargument dahinter lautet, dass die Einwilligung, in Abgrenzung zum Vertrag, immer widerruflich bleiben muss. Der Einwilligungsempfänger erlangt eben keine für den Einwilligenden unwiderrufliche oder auch nur eingeschränkt widerrufbare Befugnis zur Durchführung einer Handlung. Umgekehrt trifft den Einwilligenden auch keine Pflicht (Schuld) dazu. Besonders deutlich wird das im Medizinrecht, wo das Recht auf körperliche Integrität durch die Möglichkeit jederzeitigen Widerrufs immer voll beim Einwilligenden verbleibt (Ohly 2002: 177). Nicht dieser grobe juristische Exkurs, sondern die Konsequenz daraus ist für mein Vorhaben von Bedeutung. Versteht man die Einwilligung nämlich als strikt *einseitig und widerruflich*, und damit in strenger Abgrenzung zum Vertrag,

³ Zur besseren Verständlichkeit, der ohnehin schon fordernden juristischen Einwilligung-Diskussion, verzichte ich im gesamten zweiten Kapitel auf die indirekte Rede.

erscheint sie als „Instrument der Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten ungeeignet“ (Ohly 2002: 467).

Rechtspraktisch jedoch kommt die Einwilligung in einigen Bereichen vertragsähnlichen Verhältnissen durchaus gleich bzw. ist notwendiger Teil von Verträgen. Juristen sprechen in diesen Fällen von einer *schuldvertraglichen Einwilligung* (vgl. Rogosch 2013: 44). Deutlich wird das im Kunsturheberrecht, wo das Recht am eigenen Bild als Teil des Persönlichkeitsrechts sehr wohl der Kommerzialisierung offensteht. Aus dem Vertrag heraus ergeben sich hier gewisse Erfüllungspflichten auf der Seite des Einwilligenden und Befugnisansprüche auf der Seite des Einwilligungsempfängers (Rogosch 2013: 45). Inwiefern sich diese tauschgeschäftliche Lesart der Einwilligung auch auf das Datenschutzrecht übertragen lässt, oder ob damit die rechtsdogmatisch gebotene Selbstbestimmung verletzt wird, ist ein wesentlicher Aspekt der dortigen Diskussion. Wichtig ist an dieser Stelle die Erkenntnis, dass der Figur der Einwilligung ein gewisses Spannungsverhältnis, zwischen einseitig-widerruflicher Einwilligung auf der einen, und tauschgeschäftlicher Einwilligung auf der anderen Seite innewohnt.

2.1.2 Die Einwilligung als Grundrechtsausübung

„Die Autonomie der Person ist geradezu die Essenz der Menschenwürde.“, formuliert Ohly im Anschluss an Kant (2002: 104). Damit verfügt die Einwilligung als praktizierte Autonomiebekundung gewissermaßen selbst über Grundrechtsstatus (Kohte 1985: 110). Dementsprechend zurückhaltend verfährt die Rechtswissenschaft bei der verfassungsrechtlichen Begründung von Beschränkungen der Einwilligung. *Einwilligungsschranken* sind – wenn dann – zum Erhalt der Rechte Dritter und von Allgemeininteressen, kaum aber zum Schutz des Einwilligenden vor sich selbst vorgesehen (Ohly 2002: 100). Letzteres ist nur in „extremen Fällen der Freiheitsbeschränkung“ wie der Einwilligung in Sklaverei, Verstümmelung oder Tötung möglich (Ohly 2002: 106). Dies lässt bereits erahnen, warum Beschränkungen der Einwilligung in die kommerzielle Datenverarbeitung nur schwer auf verfassungsrechtlichem Wege begründet werden können. Instrukтив ist in diesem Zusammenhang der auf das römische Recht zurückgehende Ausspruch „volenti non fit iniuria“: *Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht* (vgl. Ohly 2002: 25).

Die Rechtswissenschaft betrachtet das Disponieren über noch so fundamentale subjektive Rechte damit in der Regel nicht als Grundrechtsverzicht, sondern als Grundrechtsausübung. Am besten lässt sich das am Beispiel des Arzt-Patienten-Verhältnisses verdeutlichen. Dem Prozess des Einwilligens kommt hier ein Eigenwert zu – unabhängig vom Ausgang der Behandlung (Körner 2000: 134; Ohly 2002: 386). Verfassungsrechtlich ergibt sich hieraus, dass dem Gesetzgeber, mehr noch als zur Schrankensetzung in

Anbetracht der Einwilligungs-Konsequenzen, die grundrechtliche Pflicht zur Schaffung der *prozeduralen Voraussetzungen* für autonome Einwilligungen obliegt (Ohly 2002: 105).

Diese Betonung der Einwilligungs-Prozedur gegenüber ihrer Substanz (bzw. ihren Folgen) ist ein elementarer Aspekt in der Debatte um die Einwilligung. Grundrechtsmäßigkeit oder -widrigkeit zeigt sich demzufolge weniger im Ergebnis, zu dem der bewilligte ‚Eingriff‘ führt, sondern im Prozess des autonomen Einwilligens.

2.1.3 Die informierte Einwilligung als Autonomiebedingung

Die daran anschließende Kernfrage lautet also: Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um von einer autonomen Einwilligungsprozedur sprechen zu können (vgl. Ohly 2002: 71)? Hier ist zuallererst die *Informiertheit* des Einwilligenden zu nennen. Folgt man der rechtswissenschaftlichen Diskussion, stellt sie gewissermaßen die notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung, autonomer Einwilligungen dar. Eine Einwilligung ohne Wissen über ihren Gegenstand „wäre materiell der Selbstentäußerung und Auslieferung an eine andere Person gleichzusetzen“ und damit das Gegenteil von Selbstbestimmung (Kohte 1985: 132; vgl. auch Ohly 2002: 72). Die Notwendigkeit der Informiertheit ergibt sich auch aus der Auffassung, dass es sich bei der Einwilligung um einen Kommunikationsakt handelt (Kohte 1985: 122; Ohly 2002: 326). Bei einem solchem muss zumindest ein gewisses *Was* der Erklärung schon per Definition expliziert werden – im Sinne eines ‚Ich stimme zu, dass...‘. Daran anschließend fordert Kohte: „Ein allgemeiner Erlaubniswille darf nicht unterstellt werden; ob und wie der Erlaubnis müssen konkretisiert werden.“ (Kohte 1985: 126). Kurzum denkt die Rechtswissenschaft Informiertheit und Einwilligung zusammen.

Jedoch ist die Begrifflichkeit der *informierten Einwilligung* allein deshalb noch keine Tautologie. Die Wirksamkeit der Einwilligung, gemessen an ihrer „autonomiesichernden Funktion“, hängt maßgeblich von der Qualität der Informationen ab, auf denen sie fußt (Körner 2000: 148). Hierzu zählen laut Körner „Art und Umfang der Information und Aufklärung“, die „zugelassenen Einschränkungen von Aufklärungspflichten“ und „wie mit dem Problem der Überinformation umgegangen wird“ (Körner 2000: 148). Entsprechend haben sich in verschiedenen Anwendungsbereichen der Einwilligung immer weiter gehende Informationsanforderungen herausgebildet (Körner 2000: 132). Für diese Entwicklung steht das im Kontext des US-Medizinrechts geprägte Konzept des *informed consent*. In Deutschland wird es – wörtlich übersetzt als ‚informierte Einwilligung‘ – ebenfalls im Medizinrecht und eklektisch auch im Datenschutz verwandt (vgl. Ohly 2002: 382). War das Arzt-Patienten-Verhältnis lange „paternalistisch strukturiert“, steht der *informed consent* für einen Wandel hin zur Selbstbestimmung des Patienten

durch Einwilligung in die Behandlung. Damit verbunden ist eine umfassendere Beschäftigung damit, wie die Aufklärung des Patienten beschaffen sein sollte (Körner 2000: 134).

Die genaue Herleitung des US-amerikanischen Informed-Consent-Konzepts ist für mein Argument allerdings nicht erheblich, da der Begriff zum einen eher wörtlich als konzeptionell ins deutsche Recht übersetzt wurde (Ohly 2002: 382, 387). Zum anderen blieben konkrete Bezüge auf den *informed consent* im deutschen Datenschutz über lange Zeit überraschend rar (vgl. Kap. 2.2.2, 6.4). Wichtig an dieser Stelle ist jedoch der mit dem Begriff des *informed consent* einhergehende Nexus von Einwilligung und Informiertheit sowie die über die Zeit immer stärkere Ausdifferenzierung der Informationsanforderungen an die Einwilligung.

Dass formale Informationsanforderungen allein jedoch nicht die Autonomie der Einwilligung absichern können, findet in der Debatte um die Einwilligung gewiss Beachtung (vgl. schon Kohte 1985: 155). Dennoch erscheint der Informiertheitsaspekt derart prominent, dass ich ihn hier, wenn auch in der gebotenen Kürze, einführen musste. Nicht zuletzt ist der *informed consent* titelgebend für diese Arbeit. Der Hinweis auf die Grenzen des Informiertheitsparadigmas schlägt wiederum den Bogen zurück zu den anderen beiden in dieser Einführung herausgestellten Aspekten. Da ist zum einen die naheliegende Frage, welchen weiteren formalen und materiellen Anforderungen die Einwilligung genügen muss, um als Grundrechtsverwirklichung gelten zu können. Zum anderen geht es dabei auch immer um den Umgang mit dem Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Einwilligung bzw. Kommerzialisierung und Selbstbestimmung. Diese Punkte vertiefe ich in der nun folgenden Einführung in die Einwilligung im Datenschutzrecht.

2.2 Die Einwilligung im Datenschutzrecht

2.2.1 Der Stellenwert der Einwilligung im Datenschutz

In der Systematik des Datenschutzrechts stellt die Einwilligung einen sogenannten *Erlaubnistatbestand* dar. Erlaubnistatbestände gestatten im Einzelfall, was die Regel untersagt. Im Datenschutz gewährleisten Erlaubnistatbestände die Regel des *Verbots mit Erlaubnisvorbehalt*. Demnach ist die Datenverarbeitung grundsätzlich untersagt, es sei denn, es liegt ein Erlaubnistatbestand vor, der die Ausnahme vom Verbot rechtfertigt (vgl. Tinnefeld et al. 2012: 235; historisch: von Uckermann 1979: 164). Die Einwilligung ist der wichtigste Erlaubnistatbestand für die Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich, d.h. für die Datenverarbeitung zu wirtschaftlichen Zwecken (Körner 2000: 141). Im öffentlichen Bereich, also im Verhältnis Bürger-Staat, kommt sie fast nicht vor, da dies gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoßen würde. Die Aufgaben staatlicher Stellen, und noch wichtiger, die von ihnen ausgehenden Eingriffe in die Grundrechte des Bürgers, müssen gesetzlich geregelt sein (vgl. Rogosch 2013: 34; Simitis 2011b: 439).

Im nicht-öffentlichen Bereich steht die Einwilligung damit formal auf gleicher Stufe neben den anderen Erlaubnistatbeständen, zu denen die gesetzliche Vorschrift (auch ‚bereichsspezifische Regelung‘ genannt), das ‚berechtigte Interesse des Datenverarbeiters‘ und der Vertrag gehören (vgl. § 4 BDSG).⁴ Die Gleichberechtigung der Einwilligung neben den anderen Erlaubnistatbeständen ist jedoch nicht unumstritten. Während einige Stimmen gesetzlichen Erlaubnistatbeständen den Vorrang gewähren (Tinnefeld et al. 2012: 343), plädieren andere gar für ein Primat der Einwilligung (vgl. Roßnagel et al. 2001: 72).

Ungeachtet dessen bildet die Einwilligung *de facto* den wichtigsten Erlaubnistatbestand für die kommerzielle Datenverarbeitung. Das hängt zu großen Teilen auch mit dem Bedeutungszuwachs zusammen, den die Einwilligung im Internetzeitalter erfahren hat (vgl. Kosta 2013: 383; Rauhofer 2013: 7). Der Vollständigkeit halber sei jedoch angemerkt, dass die Geschäftsmodelle großer Internetunternehmen auf Geflechten mehrerer Erlaubnistatbestände beruhen, in denen die Einwilligung nichtsdestotrotz eine zentrale Rolle spielt.⁵

⁴ Das Datenschutzrecht unterscheidet auf der Ebene der Erlaubnistatbestände also formal zwischen Einwilligung und Vertrag.

⁵ Ansatzweise ersichtlich wurde das im Zuge der Untersuchungen der französischen Datenschutzhörde gegen Googles Änderungen seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahr 2012 (vgl. CNIL 2012; Rauhofer 2013: 14).

2.2.2 Umriss einer Geschichte der Einwilligung im Datenschutzrecht

Die eigentliche *Geschichte* der Einwilligung im deutschen Datenschutz ist noch nicht geschrieben und kann es im Rahmen dieser Arbeit auch nicht werden.⁶ Wichtig ist zunächst zu wissen, dass die Einwilligung bereits Bestandteil des ersten Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) im Jahr 1977 war (vgl. Rogosch 2013: 22). Im Gesetzgebungsprozess war das allerdings umstritten (von Uckermann 1979: 163). Denn die Datenverarbeitung zu wirtschaftlichen Zwecken kann auch durch bereichsspezifische gesetzliche Regeln und den Vertrag legitimiert werden, der zwischen Kunde und Unternehmen ohnehin besteht und zu dessen Erfüllung die Verarbeitung personenbezogener Daten überhaupt notwendig geworden ist. Kritiker hielten die Einwilligung aus diesem Grund für überflüssig und befürchteten, dass dieser „durch ihre ausdrückliche Erwähnung im Gesetz zu viel Bedeutung zugemessen“ wird (von Uckermann 1979: 163).

Aus von Uckermanns Beobachtungen geht hervor, dass die Forderung nach einer Festbeschreibung der Einwilligung im ersten BDSG vor allem von Seiten der Wirtschaft, u.a. der Versicherungsbranche, ausging. Diese wollte durch das zusätzliche Einholen der Einwilligung zu mehr Rechtssicherheit gelangen, da sie „noch nicht [wusste; B.B.], in welche Richtung sich die allgemeine Tendenz bei der Auslegung der Zulässigkeitsvorschriften des BDSG entwickelt“ (von Uckermann 1979: 165). Abgesichert werden sollten vor allem jene Fälle, in denen Daten über verschiedene Sparten einer Versicherung hinweg bzw. mit anderen Versicherern und Rückversicherern ausgetauscht und verarbeitet werden sollten. Das geschah, und hier lag die Quelle potenzieller Rechtsunsicherheit, mit den damals neuen Methoden automatisierter Datenverarbeitung, die bislang getrennte Informationen nun in gemeinsamen Datenbanken zusammenfassten und unmittelbar abrufbar machten (von Uckermann 1979: 167). Vor diesem Hintergrund argumentierten die Versicherer, dass Rechtsunsicherheit nicht nur generell unvorteilhaft ist, sondern darüber hinaus auch ihre Investitionen in die zu dieser Zeit neu zu errichtenden Datenverarbeitungsanlagen gefährdet (von Uckermann 1979: 166).

Interessant an den Diskussionen um das erste BDSG ist, dass zentrale Motive der heutigen Einwilligungsdebatte auch damals schon eine wichtige Rolle spielten. Hierzu zählt an erster Stelle der Aspekt der *Rechtssicherheit*. Ein möglichst allgemeines Datenschutzgesetz kann nur schwer die Mannigfaltigkeit aller möglichen Verarbeitungssituationen und -technologien im Detail regeln (vgl. Hermstrüwer 2015: 55). Und selbst wenn: Es bleibt das Problem, dass langwierige Gesetzgebungsprozesse fast zwangsläufig der Technikentwicklung hinterherhinken müssen (vgl. aktuell dazu Roßnagel et al. 2016). Die Einwilligung umgeht diese Schwierigkeit, da sie ihrem Regelungsgegen-

⁶ Für eine ausführliche Rechtsgeschichte der Einwilligung aus europäischer Perspektive vgl. Kosta (2013).

stand prinzipiell agnostisch gegenübersteht und deshalb weder zu unter- oder überspezifisch, noch veraltet sein kann (Solove 2013: 1880). Die damit in der Praxis einhergehende Rechtssicherheit macht die Einwilligung auch heute noch zum „Erlaubnistatbestand erster Wahl“ im Datenschutz (Tinnefeld et al. 2012: 344).

Die Kehrseite der gewonnenen Rechtssicherheit ist, dass die Einwilligung von ihren Kritikern gleichsam als Privilegierung der Datenverarbeiter zulasten der Betroffenen wahrgenommen wird. Damals wie heute bezeichnen Kritiker die Einwilligung deshalb als „*Datenfreigabeklausel*“ (von Uckermann 1979: 163, meine Hervorhebung, B.B., aktuell: Simitis 2011b: 435).⁷ Hier zeigt sich das für die Einwilligung charakteristische Spannungsverhältnis in zugespitzter Form: Vermag es die Einwilligung, einen *Interessenausgleich* zwischen den Datenschutzinteressen der Betroffenen und dem Interesse an einer rechtssicheren Datenverarbeitung auf Seiten der Unternehmen zu organisieren?

Schließlich sind zwei Aspekte der heutigen Diskussion um die Einwilligung erwähnenswert, die damals noch nicht vorkamen. Zum einen finden sich, jedenfalls den mir vorliegenden frühen Quellen nach, keine expliziten Verweise auf das Konzept des *informed consent* (entgegen Pohle 2016: 16). Vielmehr scheint die Diskussion beeinflusst von der spezifisch deutschen Diskussion zum Arztrecht, und noch häufiger, zur Einwilligung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB).⁸ Weiterhin finden sich in den Schriften der 1970er-Jahre noch keine Hinweise auf die *Ermächtigung* des Einzelnen durch die Einwilligung. Diese Verbindung vollzieht sich erst durch die Fusion der Einwilligung mit dem später geschaffenen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. Kap. 2.2.4).

⁷ Auch aus der Außenperspektive betrachtet, erscheint die Aufnahme der Einwilligung ins erste BDSG daher heute eigentümlich: „Thus, on the one hand the Act appears to embody a strict approach to the processing of personal data, by globally proscribing it, but, on the other hand, it also advances a wide and extremely elastic avenue to sidestep the general proscription, namely obtaining the consent of the person concerned by the data. This prominent role granted to consent was one of the major peculiarities of the BDSG.“ (González Fuster 2014: 60).

⁸ Vgl. dazu die Abhandlungen der Einwilligung im Gutachten zu den *Grundfragen des Datenschutzes* (Steinmüller et al. 1971: 119), bei von Uckermann (1979: 166) und Schmidt, der noch nicht explizit die Einwilligung, dafür aber die „Entscheidungsfreiheit“ im Datenschutz diskutiert (Schmidt 1974: 248). Nicht einmal das, ebenfalls von der Bundesregierung im Zuge der ersten BDSG-Gesetzgebung in Auftrag gegebene, Gutachten zum „Datenschutz im Spiegel der anglo-amerikanischen Literatur“ erwähnt den *informed consent* (vgl. Kamlah 1971).

2.2.3 Informiert, bestimmt, frei: Zur Ausdifferenzierung der Einwilligung

Im Zuge der Fortbildung des deutschen Datenschutzrechts haben sich auch die konkreten gesetzlichen Anforderungen an die Einwilligung ausdifferenziert. Im Datenschutzrecht heißen diese Anforderungen *Wirksamkeitsvoraussetzungen*. Ihre Herausbildung zeugt vom Bedeutungszuwachs der Einwilligung, aber zugleich auch vom Konflikt um sie (Schapper/Dauer 1987: 170; Rogosch 2013: 22). Anschaulich wird das schon im Anwachsen des allgemeinen Paragraphen zur Einwilligung im BDSG. Die Zahl der Worte zur Spezifizierung der Einwilligung im engeren Sinne stieg von 31 im Jahr 1977, auf 120 im BDSG von 1990 und schließlich in seiner bis heute gültigen Formulierung von 2001 auf 156 Wörter.⁹ Der zentrale Abschnitt hieraus lautet:

„Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.“ (§ 4a BDSG Abs. 1)

Unerlässlich zum Verständnis dieser Zeilen ist es, die Einwilligung als eingebunden in ein Netz von Konzepten zu betrachten, die zusammen das „Schutzprogramm“ (Roßnagel et al. 2016: 99) des Datenschutzrechts ausmachen. Das *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* wurde eingangs schon angesprochen. Neben diesem grundlegenden Aspekt¹⁰ gilt wie für jede Art der Datenverarbeitung, gleich welchen Erlaubnistatbestandes, auch für die Einwilligung nach BDSG das Prinzip der *Transparenz* gegenüber den Betroffenen (Bizer 2007: 353).

Substantiell verwirklicht die Einwilligung das Transparenzprinzip durch die Wirksamkeitsvoraussetzung der *Informiertheit*. Obwohl formal nur auf die *Zwecke* der „Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung“ (BDSG § 4a) hingewiesen werden muss, ist das nach herrschender Interpretation nicht ausreichend, um von einer informierten Einwilligung

⁹ Diese Zahlen beruhen auf eigener Zählung. ‚Im engeren Sinne‘ meint die konkreten Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung (vgl. Rogosch 2013: 23).

¹⁰ Ein weiterer grundlegender Aspekt ist die Verflechtung der Einwilligung mit dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Das Datenschutzrecht bezieht sich explizit nur auf personenbezogene Daten. In der Folge erscheint es einleuchtend, dem Einzelnen qua Einwilligung die Entscheidung über ‚seine‘ personenbezogenen Daten einzuräumen (Simitis 2011b: 434). Der Personenbezug des Datenschutzrechts ist gerade in jüngerer Zeit Gegenstand von Kritik (vgl. van der Sloot 2014; Pohle 2016).

sprechen zu können. Um die Ziele und Konsequenzen der Einwilligung für den Einzelnen absehbar zu machen, müssen die Datenverarbeiter darüber hinaus zusätzlich angeben, welche Daten wie verarbeitet und genutzt und eventuell an Dritte weitergegeben werden (vgl. Simitis 2011b: 457; Tinnefeld et al. 2012: 356). Die Anforderungen an die Informiertheit sind im Verlauf der Entwicklung des BDSG gestiegen. Eine ausdrückliche Pflicht, über die Modalitäten der Datenverarbeitung zu informieren, war im BDSG von 1977 noch nicht vorgesehen, was allerdings nicht heißt, dass die Einwilligungserklärungen deshalb frei von Informationen waren (vgl. von Uckermann 1979: 168). Erst mit den BDSG-Novellen 1990 und 2001 aber wurden die Informationspflichten spezifiziert und formalisiert (vgl. Rogosch 2013: 22).

Einen weiteren Grundpfeiler des Datenschutzes bildet die *Zweckbindung*. Die Einwilligung kann nur Sinn machen, wenn die Zwecke für die Daten beim Einwilligenden erhoben werden, auch benannt werden (Pohle 2015: 141). Die Folgen einer Einwilligung wären sonst unabsehbar. An die Zweckbindung schließt das Gebot der *Erforderlichkeit* an. Es dürfen nur solche Daten erhoben werden, die für den angegebenen Zweck auch erforderlich sind. *De jure* darf demnach auch die Einwilligung das Erforderlichkeitsprinzip nicht aushebeln (Bizer 2007: 353; pointiert: Gutwirth 2012). Obwohl die Zweckbindung und die Erforderlichkeit der Einwilligung bereits vorausgehen, bildet die Einwilligung nach BDSG beides noch einmal in der Wirksamkeitsvoraussetzung der *Bestimmtheit* ab. Um dieser zu genügen, dürfen Einwilligungserklärungen nicht zu pauschal gehalten sein (Simitis 2011b: 458; Tinnefeld et al. 2012: 359). Die Bestimmtheit überschneidet sich somit mit dem Erfordernis der Informiertheit. Die Bestimmtheit betont allerdings weniger die Information der Betroffenen über die Folgen der Einwilligung. Ihr Akzent liegt auf der Datenverarbeitung selbst, die in der Einwilligungserklärung beschrieben wird. Die Einwilligungserklärung (und damit auch die Datenverarbeitung) wird unter dem Kriterium der Bestimmtheit bewertbar und kann in der Folge aufgrund datenschutz-, aber auch AGB-rechtlicher Bestimmungen, für unwirksam erklärt werden (Simitis 2011b: 460; Tinnefeld et al. 2012: 448). Prozedurale und substantielle Anforderungen gehen hier somit ineinander über. Das setzt jedoch voraus, dass die Firmen in den Einwilligungserklärungen auch hinreichend offenlegen, wie sie mit den ihnen anvertrauten Daten verfahren (vgl. Kap. 2.2.5).

Eine der Einwilligung im Datenschutzrecht eigene Wirksamkeitsvoraussetzung, die sich nicht unmittelbar aus dessen Schutzprogramm im engeren Sinne ableiten lässt, ist die *Freiwilligkeit*. Einerseits kann sie als Ausdruck des Autonomie-Erfordernisses, das sich aus dem Institut der Einwilligung im Allgemeinen ergibt, interpretiert werden. Andererseits reflektiert die Forderung nach Freiwilligkeit das, was für einige Autoren das gesellschaftspolitische a priori des Datenschutzes darstellt: „die Konditionierung asym-

metrischer Machtbeziehungen“ (Rost 2013: 85). Zielen die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Informiertheit und Bestimmtheit auf die Einwilligungserklärung selbst, adressiert die Freiwilligkeit den „Einwilligungskontext“, d.h. die Beziehung zwischen Einwilligendem und Einwilligungsempfänger (Simitis 2011b: 453). Als nicht freiwillig gelten in der BDSG-Interpretation solche Einwilligungen, die aus einer „faktischen Zwangssituation“ resultieren (Tinnefeld et al. 2012: 349). Erst seit der BDSG-Novelle 2001 ist die Voraussetzung der Freiwilligkeit überhaupt im BDSG formalisiert. Über die eingangs zitierte Formulierung in § 4a konkretisiert das BDSG die Freiwilligkeit jedoch kaum.

Das 2009 ins BDSG aufgenommene *Koppelungsverbot* stellt in dieser Hinsicht eine Ausnahme dar. Es besagt, dass eine vertragliche Leistung nicht von der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung oder des Adresshandels abhängig gemacht werden darf, „wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist“ (§ 28 Abs. 3b BDSG). Das Koppelungsverbot adressiert allerdings nur solche Zwangssituationen, in denen den Betroffenen eine Einwilligung für Werbezwecke abgerungen werden soll, um an der eigentlichen Leistung teilhaben zu können. Wenn etwa Kredit- und Vertragsabschlüsse an die Einwilligung in die Datenübermittlung an Auskunftsteilen gekoppelt sind, greift das Koppelungsverbot nicht (Tinnefeld et al. 2012: 352). Und selbst für Dienstleistungen und Produkte, bei denen eine Kopplung an Werbung erfolgt, ist unklar, ab wann das Nichtvorhandensein von gleichwertigen Alternativen zu ‚Unzumutbarkeit‘ im Sinne des Koppelungsverbots führt (Tinnefeld et al. 2012: 353). Generell liegt die Hürde hierfür eher hoch. Bei Internetdienstleistungen wie sozialen Netzwerken, die gemeinhin als de facto Monopole gelten, greift das Koppelungsverbot in der Praxis etwa nicht (vgl. Caspar 2015: 6).

Zunächst ohne formalen Niederschlag im BDSG kam es im Kredit- und Auskunftswesen über die Jahre zu erheblichen Einschränkungen der idealtypischen Einwilligung durch die Normierung von Einwilligungsklauseln (Simitis 2011b: 455; vgl. schon Schapper/Dauer 1987). Das Ziel dieser auf Interventionen der Datenschutzaufsichtsbehörden sowie der Rechtsprechung zurückgehenden Festlegungen war es, die Probleme der Ungleichheit (Freiwilligkeit) zwischen Einwilligendem und Einwilligungsempfänger sowie der Unbestimmtheit der genutzten Einwilligungsklauseln zu adressieren (Simitis 2011b: 455, 460). Die so entstandenen Standardklauseln bezeichnet Petri als von „gesetzesähnlicher Wirkung“ (2007: 158). Simitis hebt hervor, dass hier „von einer Einwilligung im Sinne des § 4 Abs. 1 [...] keine Rede mehr sein [kann]“ (2011b: 456). In der BDSG-Novelle von 2009 wurde die Einwilligung in die Übermittlung von Daten an Auskunftsteilen im Banken- und Kreditwesen sogar durch eine bereichsspezifische

Regelung ersetzt, „da die Freiwilligkeit bei solchen Erklärungen häufig [...] nur auf dem Papier existierte“ (BfDI 2016). Andere Branchen dürfen ihre Kunden jedoch weiterhin in sogenannte SCHUFA-Klauseln¹¹ einwilligen lassen, z.B. beim Abschluss von Mobilfunkverträgen. Und selbst bei Kreditinstituten bestehen immer noch Rechtsunsicherheiten, weshalb auch sie bis heute die Einwilligung ihrer Kunden verlangen (vgl. Tinnefeld et al. 2012: 347, 377; BfDI 2016).

Ein ebenso ambivalenter Einfluss in Sachen Freiwilligkeit geht vom Bundesverfassungsgerichtsurteil zur Einwilligung in Schweigepflichtentbindungsklauseln aus (vgl. Petri 2007; Tinnefeld et al. 2012: 351). In dem 2006 verhandelten Fall klagte eine Kundin einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung dagegen, dass sie zur Inanspruchnahme der Versicherungsleistungen in die Schweigepflichtentbindung ihrer *sämtlichen* Ärzte, Arbeitgeber und anderen Versicherungsträger einwilligen sollte (Petri 2007: 153). Obwohl sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil sehr kritisch zu Einwilligungslösungen in solchen Fällen äußert, in denen die Vertragsbedingungen für den Einwilligenden „praktisch nicht verhandelbar“ sind (BVerfG in Tinnefeld et al. 2012: 351), hält es Einwilligungslösungen in asymmetrischen Verhältnissen auch weiterhin für statthaft. Jedenfalls solange, wie diese durch geeignete prozedurale Anforderungen, im verhandelten Fall etwa durch jeweils einzelne Einwilligungen für die Informationseinholung bei den jeweiligen Stellen, beschränkt werden (Tinnefeld et al. 2012: 351).

In den geschilderten Bemühungen um die Voraussetzungen der Bestimmtheit und Freiwilligkeit manifestiert sich die Einsicht, dass Informationen allein nicht ausreichen, um „den Betroffenen einen ausreichenden Handlungsspielraum einzuräumen“ (Simitis 2011b: 454). Die Einwilligung erhält daher zunehmend „Flankierungen“ (Hermstrüwer 2015: 59) durch bereichsspezifische Einwilligungsvorschriften, neue gesetzliche Erlaubnistatbestände und zunehmend auch durch die Anwendung von Vorschriften aus dem AGB-Recht. Die neuere Literatur zur Einwilligung bewertet diese Modifikationen jedoch überwiegend als Stückwerk, das größere Veränderungen, gerade im Hinblick auf das fortschreitende Internetzeitalter, nicht adressiert (vgl. Rogosch 2013: 26).

Die Entwicklung der Einwilligung lässt sich damit auch als andauernder Konflikt lesen, im Zuge dessen die Kritik an der Einwilligung zu fortwährenden Reformen geführt hat. Zugleich formulieren die Wirksamkeitsvoraussetzungen der *Informiertheit*, *Bestimmtheit* und *Freiwilligkeit* jedoch keine abschließenden Antworten auf die Kritik an der Einwilligung. Sie verstetigen viel mehr die bis heute existierenden Konflikte um die

¹¹ Die SCHUFA (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) ist die größte und bekannteste deutsche Wirtschaftsauskunftei. Die Auseinandersetzungen um ihre Regulierung war bereits in der Frühphase des deutschen Datenschutzes ein Politikum (vgl. Schapper/Dauer 1987: 172). Der Begriff ‚SCHUFA-Klausel‘ hat sich für die Einwilligung in die Datenübermittlung an Auskunfteien generell, d.h. nicht nur an die SCHUFA, durchgesetzt (vgl. Tinnefeld et al. 2012: 377).

Einwilligung (vgl. Kap 2.2.5). Die ab 2018 europaweit gültige europäische Datenschutzgrundverordnung schreibt die Geschichte der Spezifizierung der Einwilligung hinsichtlich der Informiertheit des Nutzers, aber auch mit Blick auf die Voraussetzungen der Freiwilligkeit und Bestimmtheit fort (vgl. Buchner 2016: 158). Sie institutionalisiert damit einmal mehr die Konflikte um die Einwilligung.¹²

Der Eindruck die Einwilligung wird „in der Tendenz zunehmend zurückgedrängt“ (Hermstrüwer 2015: 59), trifft daher nur auf die Vorstellung einer informierten Einwilligung in Reinform zu. Was – im Gegenteil – bemerkenswert erscheint, ist die Beharrungskraft der Einwilligung und der sie begleitenden Konflikte. Um dieses Phänomen, zumindest aus Perspektive der deutschsprachigen Debatte nachvollziehen zu können, führt kein Weg am Stichwort ‚informationelle Selbstbestimmung‘ vorbei.

¹² Da ihre Interpretation und Anwendung jedoch noch am Anfang stehen, kann ich sie im Rahmen dieser Einführung in die Grundlagen der Einwilligung noch nicht berücksichtigen. In einigen zur Diskursanalyse herangezogenen Artikel spielt die Reform des europäischen Datenschutzes allerdings bereits eine Rolle (vgl. besonders Kap. 6.4).

2.2.4 Die Einwilligung als informationelle Selbstbestimmung

„Die Einwilligung ist der genuine Ausdruck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.“ (Roßnagel et al. 2001: 15)

Begann das vorherige Unterkapitel mit der Einbettung der Einwilligung in das Schutzprogramm des Datenschutzes, geht es im Folgenden um die Verquickung der Einwilligung mit der *informationellen Selbstbestimmung*, dem Schutzgut des deutschen Datenschutzes (vgl. Roßnagel et al. 2001: 46; Simitis 2011a: 191). Das Bundesverfassungsgericht erhob die informationelle Selbstbestimmung in seinem Volkszählungsurteil von 1983 in den Grundrechtsrang, auch wenn sie trotz wiederholter Versuche bis heute nicht formal im Grundgesetz niedergeschrieben ist (vgl. Hornung 2015: 274). Die informationelle Selbstbestimmung leitet sich aus dem Artikel 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1, der Menschenwürde, ab. Die informationelle Selbstbestimmung gilt in Deutschland, und nur dort, als *das* Grundrecht auf Datenschutz (vgl. Hornung 2015: 274). Die europäische Grundrechtecharta normiert in Artikel 8 ein eigenständiges Grundrecht auf Datenschutz, das nicht der informationellen Selbstbestimmung entspricht (vgl. González Fuster 2014).¹³

Der Begriff und auch das Konzept der informationellen Selbstbestimmung entstammen den Arbeiten der Rechtswissenschaftler Steinmüller und Podlech aus den 1970er- und 1980er-Jahren. Auf diese bezog sich das Bundesverfassungsgericht dann auch im Volkszählungsurteil – mitunter wörtlich (vgl. Hornung 2015: 267). Die informationelle Selbstbestimmung muss also vor dem Hintergrund jener Überlegungen verstanden werden, die zur Kodifizierung des Datenschutzrechts überhaupt führten. Wie schon angedeutet, waren das die avisierten Risiken automatisierter Datenverarbeitung (vgl. Hornung 2015: 271). Im Kern fürchtete man das Potential zur Normierung und Steuerung von Menschen durch Datenverarbeitung, das sich bei großen Organisationen in asymmetrischer Art und Weise ballte (vgl. Steinmüller et al. 1971: 40; Simitis 2011c: 80). Die frühen Datenschützer schrieben den Organisationen mit ihren Großrechenanlagen die Möglichkeit zu, ihre Vorstellung davon, was ein guter Bürger, Versicherer oder Arbeitnehmer ist, durch Informationssysteme zu ermitteln, die Betroffenen dementsprechend zu kategorisieren, zu kontrollieren und schließlich zu steuern (Simitis 2011c: 80). Die unter dem Banner der Rationalisierung erfolgende moderne Datenverarbeitung benachteiligt damit vor allem jene, die von der Rationalitätsvorstellung der Organisationen abweichen. Aber auch demokratische Gesellschaften im Ganzen laufen auf diesem Wege Gefahr, ihre Selbstbestimmung und damit ihre Möglichkeit zum Wandel einzubüßen

¹³ Einige Stimmen fordern deshalb, die informationelle Selbstbestimmung auch auf EU-Ebene grundrechtlich zu verankern (Forum Privatheit 2016: 5).

(Steinmüller et al. 1971: 40). Im Lichte dieser Problemlage formuliert das Bundesverfassungsgericht in der Schlüsselstelle des Volkszählungsurteils:

„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. [...] Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“ (BVerfG 1983)

Das Bundesverfassungsgericht zieht in die Überlegungen der frühen Datenschützer eine reflexive bzw. psychologische Komponente ein. Nicht die Gefahren moderner Datenverarbeitung sind das Hauptproblem, sondern die aus der Ungewissheit dieser Gefahren rührenden Unsicherheiten bei den Betroffenen, die sich in Verhaltensänderungen bzw. Abschreckungseffekten (*chilling effects*) niederschlagen können (Hermstrüwer 2015: 33). Simitis interpretiert, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil das „kollektive Erlebnis“ des damaligen Argwohns in der Bevölkerung gegenüber der Datenerhebung und -verarbeitung abbildet (Simitis 2011c: 89). Genau diese Kodifizierung einer bloßen Wahrnehmung moniert hingegen Hermstrüwer. Das Bundesverfassungsgericht arbeitet, wie er anmerkt, auf Basis gleich zweier unkonkret bzw. unbewiesen bleibender Prämissen: Der Annahme von Risiken durch moderne Datenverarbeitung zum einen und der Annahme von aus der Antizipation dieser Risiken resultierenden Verhaltensanpassungen zum anderen (Hermstrüwer 2015: 37).

Als bedeutsamer für die Einwilligung erweist sich jedoch die zentrale Schlussfolgerung, die das Gericht aus dieser wahrgenommenen Bedrohung für die informationelle Selbstbestimmung ableitet:

„Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“ (BVerfG 1983)

In der Hauptsache ist es dieser Satz, mit dem in der Literatur die Fusion von Einwilligung und informationeller Selbstbestimmung begründet wird. Die Einwilligung gilt als unmittelbare Verwirklichung der dort beschriebenen informationellen Selbstbestimmung (vgl. Rogosch 2013: 17; Schwenke 2006: 221; Simitis 2011b: 434 und Verweise). Die Verknüpfung von informationeller Selbstbestimmung und Einwilligung ist besonders deshalb bemerkenswert, weil die Einwilligung im Volkszählungsurteil in keiner Silbe erwähnt wird. Zudem liegt der Akzent des Urteils auf dem öffentlichen Bereich, d.h. der Bedrohung der informationellen Selbstbestimmung durch den Staat (Hermstrüwer 2015: 46). Das ergibt sich schon aus seinem eigentlichen Gegenstand, der Volkszählung. Die Liaison lässt sich auch mit der rechtsdogmatischen Ausstrahlungswirkung von Grundrechten in den privaten Bereich nicht befriedigend erklären. Denn ein formaljuristisches Argument vermag die enorme rechtspolitische Präsenz des Einwilligungs-Selbstbestimmungs-Nexus nicht zu begründen, wie sie sich u.a. in dem einflussreichen *Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts* (Roßnagel et al. 2001) manifestiert. Aus diesem stammt auch die vielzitierte Formel am Eingang dieses Unterkapitels. Die Fusion der informationellen Selbstbestimmung mit der Einwilligung ist vielmehr ein diskursives Artefakt, dessen Genese eine eigene Arbeit füllen könnte. Im Rahmen dieser Einführung interessieren mich jedoch allein die Konsequenzen jener Verbindung für die Einwilligung wie sie heute in der Datenschutzliteratur angeführt werden.¹⁴

Die informationelle Selbstbestimmung schwankt zwischen Abwehr- und Gestaltungsrecht (Schwenke 2006: 220). Zum einen soll sie unbefugte Datenverarbeitung verhindern und ist in dieser Funktion vor allem „informationelle Fremdbestimmung“ (von Lewinski 2014: 46). Zum anderen berechtigt die informationelle Selbstbestimmung den Einzelnen auch zur Gestaltung seiner Informationsbeziehungen. Diesen Doppelcharakter der informationellen Selbstbestimmung überträgt die Rechtswissenschaft auf die Dichotomie von öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich. Das bedeutet, die informationelle Selbstbestimmung gilt gegenüber staatlicher Datenverarbeitung vor allem als Abwehrrecht, in das nur auf Basis gesetzlicher Erlaubnistatbestände eingegriffen werden darf. Im nicht-öffentlichen Bereich steht dagegen der Gestaltungsaspekt der informationellen Selbstbestimmung im Vordergrund, der durch den Erlaubnistatbestand der

¹⁴ Bevor ich diese diskutiere, sei schließlich noch angemerkt, dass hier nicht der Eindruck entstehen soll, die informationelle Selbstbestimmung wertete allein die Einwilligung auf. Vielmehr erfuhr das gesamte Datenschutzrecht durch das Volkszählungsurteil eine Aufwertung, Konkretisierung und Neudefinition (Simitis 2011c: 91). Unter anderem verpflichtete es zur genauen gesetzlichen Normierung, vor allem staatlicher Eingriffe, in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und stärkte die Institute der Zweckbindung, Transparenz und Kontrolle (Datenschutzaufsicht). Nicht zuletzt bildete sich in Folge des Urteils eine Abwägungssystematik heraus, nach der Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht generell ausgeschlossen, aber abgewogen werden müssen (Hornung 2015: 269).

Einwilligung zu verwirklichen ist (vgl. Hermstrüwer 2015: 46; Schwenke 2006: 82, 221).

Tabelle 1: Der Doppelcharakter der informationellen Selbstbestimmung

	Informationelle Selbstbestimmung	
Geltungsbereich	öffentlicher Bereich	nicht-öffentlicher Bereich
Grundrechtsfunktion	Abwehrrecht	Gestaltungsrecht
Erlaubnistatbestand	gesetzliche Erlaubnistatbestände	Einwilligung

Das erste und oft implizit bleibende Argument für die Gleichsetzung von informationeller Selbstbestimmung und Einwilligung lautet, dass die von Privaten ausgehenden Gefahren für die informationelle Selbstbestimmung weniger virulent sind als die des Staates (vgl. Simitis 2011a: 198). In der Folge kann die informationelle Selbstbestimmung im privaten Bereich tendenziell unbedenklicher den „milderen“ Mitteln der freien Gestaltung und damit der Einwilligung überlassen werden (Hermstrüwer 2015: 55). Trotz der Anerkennung eines Bedeutungszuwachses privater Datenverarbeitung und damit auch der Zunahme potentieller Datenschutzrisiken (vgl. Roßnagel et al. 2001: 52), zieht sich jene folgenreiche Unterscheidung der Eingriffsrisiken weiterhin durch die Literatur. Das zweite, formalere Argument *pro Gestaltungsrecht* besagt, dass im privaten Bereich tendenziell keine vertikalen (asymmetrischen), sondern horizontale Verhältnisse zwischen den Beteiligten bestehen, weshalb sich beide Parteien auf Grundrechte berufen können, die es in der Folge miteinander zu vereinen gilt (vgl. Hermstrüwer 2015: 58 Fn. 296). Auch wenn es als solches kein Grundrecht auf Datenverarbeitung geben kann, konstatiert die Literatur, dass private Datenverarbeiter vor allem ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nachgehen, die ebenso wie die informationelle Selbstbestimmung vom Persönlichkeitsrecht gewährleistet wird (Schwenke 2006: 84). Dem Ausgleich dieser privaten Grundrechtskollision, so die Prämisse, soll der Gesetzgeber wiederum nicht vorausgreifen, sondern die Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse den Beteiligten überlassen:

„In Abwesenheit einer strukturellen Vorrangigkeit der Interessen einer Seite lässt sich ein solcher Konsens am besten durch vertragliche Regelungen oder durch Einwilligungen der Betroffenen realisieren.“ (Schwenke 2006: 82)

Damit ist die Einwilligung das passende Mittel zur Verwirklichung der gestaltungsrechtlichen Dimension der informationellen Selbstbestimmung im Bereich privater Datenverarbeitung. Sie gilt hier nicht nur als das angemessenere, da maßvollere, Vehikel zur Gestaltung von Informationsbeziehungen. Sie gewährleistet zugleich die Auflösung von konkurrierenden Grundrechtsinteressen zwischen Datenverarbeitern und Betroffenen – einen Interessenausgleich. Hieraus wird ersichtlich, warum die Einwilligung nicht nur im Privatrecht allgemein, sondern auch im Datenschutz im Speziellen als Grundrechtsverwirklichung gilt (vgl. Schwenke 2006: 223). Sie ermächtigt die Betroffenen ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung selbst in die Hand zu nehmen und gilt mithin als das „Gegenteil paternalistischen Schutzes“ (Hermstrüwer 2015: 63).

Dementsprechend hoch liegen die Hürden für einen Ausschluss der Einwilligung in die privatwirtschaftliche Datenverarbeitung im Namen der informationellen Selbstbestimmung – zumindest mit Verweis auf ihre Folgen. Das gilt zunächst allgemein vor dem Hintergrund des Arguments, dass privatwirtschaftliche Datenverarbeitung weniger bedrohlich für die informationelle Selbstbestimmung ist als staatliche Datenverarbeitung. Spezifischer ist entscheidend, dass die informationelle Selbstbestimmung nicht abstrakt vor den Risiken moderner Datenverarbeitung schützen soll, sondern vor den aus der Gewissheit dieser Risiken resultierenden Abschreckungseffekten. Der Logik der informationellen Selbstbestimmung nach müssten aus der Einwilligung in die private Datenverarbeitung also demokratiebedrohende *chilling effects* resultieren, um diese in Frage zu stellen. Die Krux besteht nun darin, ausgerechnet in der Einwilligung, die für sich ja ein Ausdruck von Informationsautonomie darstellt, eine Form der Gehemmtheit in der Informationspreisgabe erkennen zu wollen (Hermstrüwer 2015: 50).

Die Rechtswissenschaft erkennt in den *Folgen* der Einwilligung in private Datenverarbeitungen also bislang keine Bedrohung der informationellen Selbstbestimmung, die ihre Beschränkung rechtfertigen würden. Auch im Datenschutzrecht gilt also: „*volenti non fit iniuria*“. Wie schon bei der Einwilligung im Allgemeinen, geschieht die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes, hier: auf informationelle Selbstbestimmung, deshalb nicht ohne die Einwilligung, sondern mit ihr. Hierzu müssen jedoch ihre prozeduralen, d.h. ihre *Wirksamkeitsvoraussetzungen* („informiert, bestimmt, frei“) erfüllt sein. Nach rechtswissenschaftlicher Lehrmeinung (vgl. Simitis 2011b: 436; Roßnagel et al. 2001: 91) kann nur dann behauptet werden, dass der Einzelne „selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten [bestimmt]“ (BVerfG 1983). Damit kommt dem im vorherigen Unterkapitel angesprochenen Konflikt über die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Schließlich geht es in diesem Streit um nicht weniger als den Erhalt der informationellen Selbstbestimmung und damit den Kern des Datenschutzes selbst.

2.2.5 Die Einwilligung im Spiegel ihrer Kritik

„Der Gesetzgeber hat freilich wider besseres Wissen an einer Fiktion festgehalten.“ (Simitis 2011b: 435)

Kritik und Kontroverse sind der rote Faden, der sich durch die Geschichte der Einwilligung zieht. In meiner Einführung ist die Kritik an der Einwilligung bislang allerdings implizit geblieben. Zu Wort kamen vielmehr die rechtfertigenden Lesarten der Einwilligung, die jedoch unvollständig bleiben müssen ohne jene Kritik, auf die sie antworten. Meine folgende Zusammenstellung der wesentlichen Kritikpunkte an der Einwilligung im Datenschutz speist sich abermals aus der deutschsprachigen Literatur zum Datenschutzrecht. Obwohl sich deren Einwände im Wesentlichen mit denen aus der internationalen akademischen Kritik an der Einwilligung decken (vgl. die Verweise in Rauhofer 2015: 14, Fn. 62), entfalten sie erst vor dem Hintergrund des deutschen Datenschutzrechts und der informationellen Selbstbestimmung ihre Brisanz.

Wie die eingangs umrissene Geschichte der Einwilligung verdeutlicht, ist nicht nur die Einwilligung so alt wie das deutsche Datenschutzrecht selbst (Rogosch 2013: 22), sondern auch die Kritik an ihr. Jedoch, und das ist ein wichtiger Akzent in der Debatte, nehmen die Einwilligungs-Kritiker an, dass die technische Entwicklung die schon dagewesenen Unzulänglichkeiten der Einwilligung noch verstärkt hat (vgl. Körner 2000: 142). Die Einwilligung war lange als „singulärer und kalkulierbarer Eingriff“ gedacht – eine Prämisse, die angesichts der Ubiquität von Datenverarbeitungen im Internetzeitalter nicht mehr haltbar ist, sich aber bislang nicht in der Konzeption der Einwilligung niedergeschlagen hat (Rogosch 2013: 17). Auch den zunehmenden Tauschgeschäftscharakter der Einwilligung, im Zuge dessen Internetnutzer ihre Daten zur Inanspruchnahme von Leistungen hergeben müssen, berücksichtigt die Einwilligung im Datenschutzrecht nicht (Rogosch 2013: 25, 41). Die gemeinsame Stoßrichtung dieser Argumente ist, dass sich im Zuge des Internetzeitalters vor allem die *Machtasymmetrien* zwischen den Betroffenen und den Datenverarbeitern weiter zugunsten letzterer verschieben (vgl. Kamp/Rost 2013: 80).

Der Befund asymmetrischer Machtverhältnisse spannt damit den Rahmen der Einwilligungskritik auf. Einem einschlägigen Aufsatz der behördlichen Datenschützer Kamp und Rost (2013) nach, lässt sich die Kritik von hier ausgehend anhand der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Freiwilligkeit, Bestimmtheit und Informiertheit substantiieren. Eine zum Bonmot avancierte Formulierung von Simitis aufgreifend (vgl. das Zitat am Anfang dieses Unterkapitels), bezeichnen sie diese Wirksamkeitsvoraussetzungen als *Fiktionen* (Kamp/Rost 2013: 81).

Die *Freiwilligkeit* der Einwilligung wird als Fiktion bezeichnet, da sich die Betroffenen Anbietern gegenübersehen, deren Leistungen für sie einen de facto Infrastrukturcharakter aufweisen. Beispiele hierfür sind Bank-, Versicherungs- und Telekommunikationsanbieter. Zusehens werden auch *Internetdienste* wie soziale Netzwerke, Suchmaschinen oder Smartphones hierzu gezählt (vgl. Kamp/Rost 2013: 81). Ihr Infrastrukturcharakter ergibt sich nicht zuletzt aus ihrer Mono- oder zumindest Oligopolstellung (vgl. Hermstrüwer 2015: 52, 56). Buchstäblich wird der Infrastrukturcharakter von Datenverarbeitung zudem, wenn im Zuge der Digitalisierung auch vormals analoge Infrastrukturen wie die Energieversorgung oder das Verkehrssystem verdatet werden (vgl. Roßnagel et al. 2016: 103). Die Benutzung von Infrastrukturen entzieht schon sich per Wortbedeutung der freien Wahl der Betroffenen: Sie ‚unterliegt‘ dem Leben in modernen Gesellschaften und ermöglicht es erst. In der Folge bleibt oft keine andere Wahl als in die Datenverarbeitung einzuwilligen, was es den Anbietern erlaubt, über Gebühr Daten der Betroffenen zu erheben (vgl. Simitis 2011b: 436).¹⁵ Der durch die Einwilligung versprochene Interessenausgleich geht somit zulasten der Betroffenen aus.

Einen zweiten prominenten Kritikpunkt an der Einwilligung markiert die „Bestimmtheits- und Transparenzfiktion“ (Kamp/Rost 2013: 82). Moniert wird hier die Vorstellung, die Kluft zwischen Betroffenen und Datenverarbeitern könnte sich durch genug *Informationen* zugunsten der Einwilligenden verkleinern. Der am häufigsten vortragene Einwand hiergegen ist die Überforderung des Nutzers. Nicht nur sind die Zwecke, Folgen und Modalitäten moderner Datenverarbeitungen selbst für ausgewiesene Experten schwer nachvollziehbar (vgl. Kamp/Rost 2013: 82). Auch die schiere Anzahl der Einwilligungen und damit auch der wortreichen Einwilligungserklärungen, denen Betroffene im Alltag ausgesetzt sind, machen bewusste und überlegte Entscheidungen aus Kapazitätsgründen zur Fiktion (vgl. Roßnagel et al. 2016: 97; Hermstrüwer 2015: 70). Weiterhin stellt sich die Frage, ob Einwilligungserklärungen die Praktiken der Unternehmen überhaupt sinnvoll abbilden können. Dieser Einwand zielt zum einen auf den Balanceakt zwischen notwendiger Vereinfachung und ausführlicher Information des Betroffenen (Kamp/Rost 2013: 82). Zum anderen sind viele Autoren skeptisch, inwiefern informierte und bestimmte Einwilligungen in Anwendungen möglich sind, deren Geschäftsmodell gerade darin besteht, Daten auf immer neue Art und Weisen zu verarbeiten. Um sich dieses Unterlaufen der Zweckbindung, gemeinhin als Merkmal von neuen Datenverarbeitungsmethoden („Big Data“) betrachtet, per Einwilligung absichern zu lassen, greifen Unternehmen zu allgemein gefassten Einwilligungserklärungen, die möglichst viele künftige Anwendungen abdecken (vgl. Hermstrüwer 2015: 85).

¹⁵ An dieser Stelle taucht der historische Vorwurf der ‚Datenfreigabeklausel‘ wieder auf (vgl. Kap. 2.2.2).

Petri führt zudem „Erfahrungen der Aufsichtsbehörden“ an, nach denen sich die Annahmen der Betroffenen zumeist nicht mit den tatsächlichen Praktiken der Datenverarbeiter decken (2007: 155). Das verweist schließlich auf den strukturellen Aspekt, dass die datenverarbeitenden Unternehmen immer über einen Wissensvorsprung gegenüber den Betroffenen verfügen, gleich ob sie diesen bewusst zu deren Täuschung ausnutzen oder nicht (Kamp/Rost 2013: 82). Wirksame Informiertheit verlangt also eigentlich einen Abgleich der Informationsangaben der Unternehmen mit ihren tatsächlichen Verarbeitungspraktiken. Da die Datenschutzaufsichtsbehörden dazu allein aus Ressourcen Gründen nicht in der Lage sind, mündet die Transparenzfiktion schließlich in eine *Aufsichtsfiktion* (Kamp/Rost 2013: 82).

Mit den ‚Fiktionen‘ der Freiwilligkeit und Informiert- bzw. Bestimmtheit ist die Einwilligungskritik im engeren Sinne umrissen. Diese Kritikpunkte finden in der Ausdifferenzierung der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung ihren Niederschlag, nicht aber ihre Auflösung (vgl. Kap. 2.2.3). Die darüberhinausgehende Kritik an der Einwilligung soll hier nicht unerwähnt bleiben. Sie ist vor allem wichtig für den Fortgang meines Arguments einer Konzeptualisierung der Einwilligung als politisches Instrument. Die folgenden beiden Kritikpunkte entfernen sich deshalb nicht nur begrifflich von der Terminologie des Datenschutzrechts, sondern beruhen auch stärker auf sozialwissenschaftlichere Argumentationsmustern. Ihr gemeinsamer Nenner ist die Kritik an der *Individualisierung* durch die Einwilligung. Auch wenn der deutschen, stark juristisch geprägten, Datenschutzdebatte diese Kritik nicht völlig fremd ist (vgl. Simitis 2011c: 123), taucht sie hier ungleich seltener auf als in der internationalen, sozialwissenschaftlicheren Literatur.

Der aus individualisierungskritischer Sicht wohl virulenteste Kritikpunkt an der Einwilligung ist, dass sie die sozialen Bezüge des Datenschutzes verdeckt. Die Einwilligung hat, obwohl sie einen individuellen Akt darstellt, immer auch Folgen für andere. Das ergibt sich zum einen technisch dadurch, dass aus den ‚freigegebenen Daten‘ des einen, immer auch Rückschlüsse auf andere Individuen und Personengruppen gezogen werden können (vgl. Forum Privatheit 2016: 4; international: van der Sloot 2014: 322). Die Einwilligungskritiker formen hieraus jedoch ein größeres Argument. Demnach gerät durch die Prominenz der Einwilligungslösung in Vergessenheit, dass die klassischen Begründungen des Datenschutzes den Individualschutz vor allem als Funktion für den Schutz von Demokratie und einer offenen, zur Selbstkorrektur und Innovation fähigen, Gesellschaft betrachten (vgl. Simitis 2011c: 123; Forum Privatheit 2016: 4; international: Solove 2013: 1892).¹⁶ Das Paradebeispiel hierfür ist das oben eingeführte Volks-

¹⁶ Die angelsächsische Literatur akzentuiert den Innovationsaspekt weitaus stärker als die deutsche, demokratie-bezogene Lesart.

zählungsurteil. Aus dieser Perspektive ist die Einwilligung nicht nur durch ihr faktisches Schutzversagen, sondern auch ihre langfristigen normativen Folgen eine Bedrohung für den Datenschutz.

Daran anschließend monieren die Einwilligungskritiker, dass die Einwilligung nicht nur ein „unrealistisches Idealbild“ vom „mündigen Verbraucher“ schafft, sondern es den Betroffenen auch abverlangt (Buchner 2010: 42; vgl. auch Hermstrüwer 2015: 69). Das Problem des Datenschutzes wird so zunehmend dem Individuum aufgebürdet (vgl. Simitis 2011c: 123; international: Hull 2015). Die hinter diesem Argument stehenden Kritiker sind jedoch zwiegespalten. Auf der einen Seite stehen jene, die in der beschriebenen *Verantwortlichmachung* ein Dilemma sehen, das notwendig mit der von ihnen aus Gründen der Selbstbestimmung als erhaltenswert betrachteten Einwilligung einhergeht (vgl. Simitis 2011b: 450; international: Solove 2013: 1894). Auf der anderen Seite stehen die, die an mehr Selbstbestimmung qua Einwilligung generell nicht glauben und sie für verzichtbar halten (Kamp/Rost 2013: 83; international vgl.: Koops 2014: 252). Ihrer Meinung nach funktioniert die Einwilligung in asymmetrischen Machtverhältnissen, wie sie der Datenschutz *immer* vorfindet, schlichtweg nicht (vgl. Rost 2013: 86).

Die Aufteilung in Reformen und Gegner ist bedeutsam für die Einwilligungsdebatte im Ganzen. Mehr noch als eine Trennlinie beschreibt sie allerdings ein Kontinuum zwischen denen, sich in der überwiegenden Mehrzahl befindenden Einwilligungskritikern, die sich für ihre Stärkung durch Reform aussprechen, und der kleineren Gruppe der Kritiker, die die Einwilligung im Datenschutz abschaffen oder zumindest stark eingrenzen wollen. Der beinahe resignativ daherkommende Schluss Rogoschs erscheint deshalb derart symptomatisch für die juristische Erzählung der Einwilligung, dass ich ihn hier im Ganzen erwähne:

„Trotz der dargestellten Mängel und der nachhaltigen Kritik ist jedoch an der Zulässigkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung als gleichberechtigtem Institut neben den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen, wissenschaftlichen sowie zweckdienlichen Gründen unbedingt festzuhalten.“ (Rogosch 2013: 19)

Als konkrete Gründe führt Rogosch zuvorderst die Verknüpfung von Einwilligung und informationeller Selbstbestimmung an. Sie verweist zudem auf die ohne die Einwilligung drohende „Normenflut“ und den durch Bevölkerungsumfragen bestätigten Wunsch der Nutzer nach der Einwilligung in die Datenverarbeitung (Rogosch 2013: 19). Diese Argumente geben erste Hinweise darauf, woher die Einwilligung ihre Beständigkeit zieht. Die nächsten Kapitel verfolgen das Ziel, dieser Frage systematischer nachzugehen.

2.3 Fazit: Die Einwilligung als umstrittenes Instrument des Interessenausgleichs

Um in sinnhafter Weise nach der Beharrungskraft der Einwilligung fragen zu können, lohnt es sich, die nun erfolgte Einführung in die Problematik noch einmal kurz zu rekapitulieren. Worin liegt mit Blick auf mein Vorhaben die Essenz der Einwilligungsdebatte? Zunächst einmal ist das der *Konflikt als Konstante*. Die Kontroverse um die grundlegende Ausdeutung und die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung, und nicht zuletzt die Zuspitzung der Debatte im Zuge der Digitalisierung zeigen nicht einfach nur, dass die Einwilligung umstritten ist. Vielmehr scheint der Konflikt die Einwilligung zu stützen, in dem er zu Zugeständnissen in der Form von Reformen führt. Besonders anschaulich macht das die Entwicklung der Wirksamkeitsvoraussetzungen (,informiert, bestimmt, frei‘).

Ein zweiter roter Faden, der sich durch diese erste Durchsicht der Einwilligungsdebatte zieht, ist die Vorstellung von der Einwilligung als einem *Mittel des Interessenausgleichs*, das – im Fall des Datenschutzes – sowohl die informationelle Selbstbestimmung als auch die Interessen der Datenverarbeiter miteinander vereinen soll. Sicherlich, und so argumentieren einige Autoren, lässt sich der Datenschutz auch generell als Zielkonflikt zwischen dem Bedarf nach Datenschutz und dem „free flow of data“ zur Erreichung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ziele verstehen (Rauhofer 2013: 4), der einen Interessenausgleich notwendig macht.¹⁷ Über diese Feststellung hinaus argumentiere ich, dass die Einwilligung den Interessenausgleich in stärkerer Weise als die anderen Erlaubnistatbestände akzentuiert. Kein anderer Erlaubnistatbestand weckt derart positive Erwartungen an eine gleichsamer Verwirklichung der Interessen beider Seiten. Dafür steht die Selbstbestimmung auf der Betroffenenseite und die (rechtssichere) Erfüllung der Verarbeitungsziele der Verarbeiter. Bei der Schaffung gesetzlicher Erlaubnistatbestände dagegen, entsteht viel eher der doppelt negative Eindruck, es handelt sich hier um eine Abwehrreaktion zugunsten der Nutzer, die daraufhin von den Unternehmen im Gesetzgebungsverfahren abgewehrt werden muss, was wiederum als ‚Verwässerung‘ wahrgenommen wird. Und schließlich gilt die Einwilligung auch verfassungsrechtlich als Interessenausgleich zwischen den konkurrierenden Grundrechten von Betroffenen und Datenverarbeitern.

¹⁷ Auch Simitis spricht für den deutschen Kontext rückblickend von der automatisierten Datenverarbeitung als „technologisch zwingende Antwort“ auf den erhöhten Rationalisierungsbedarf moderner Gesellschaften (2011c: 80). Das Datenschutzrecht, so sein Credo, hat sich mit dem Ziel der Begleitung dieser Entwicklungen, nicht aber ihrer Verhinderung herausgebildet – im Gegenteil (Simitis 2011c: 82). Die frühen Datenschützer nämlich „sahen große gesellschaftliche Chancen durch die Datenverarbeitung und setzten sich für deren Ausweitung ein.“, wie Pohle anmerkt (2011: 2).

Dennoch, und vielleicht gerade deshalb, sind die Art und Weise der Ausgestaltung des Instruments sowie die damit assoziierten Konsequenzen für die eine oder die andere Seite der Einwilligungsparteien so umstritten. Begünstigt die Einwilligung eher den Einwilligenden und verschafft dem Einwilligungsempfänger lediglich eine Haftungsprivilegierung auf Widerruf oder handelt es sich bei der Einwilligung viel mehr um einen Vertrag, mittels dessen der Einwilligende etwas mit dem Einwilligungsempfänger austauscht – letzterer also durchaus profitieren darf?

Derart besehen lässt sich die Debatte über die Einwilligung als Kontroverse über ein Instrument zur Balancierung von Datenschutzinteressen verstehen, dessen Einsatz und Ausgestaltung rechtfertigungsbedürftig ist. Die vorschnelle Gleichsetzung der Einwilligung mit einem Vertrag zugunsten der großen datenverarbeitenden Unternehmen, wie sie die internationale, internetfokussierte Literatur vornimmt, greift deshalb zu kurz. Sie übergeht, dass eben jene Gleichsetzung von Einwilligung und Vertrag umstritten ist und damit auch, dass die Einwilligung ein Instrument im Wandel war und ist. Darüber hinaus gerät durch den Fokus auf die ‚Privatisierung des Regierens‘ aus dem Blick, dass die Ausgestaltung der Einwilligung maßgeblich auch nationaler (bzw. supranationaler) Rechtssetzung entspringt (vgl. den geringfügigen Hinweis in Belli/Venturini 2016: 9).

Das nun aufgeworfene Rätsel um die Beharrungskraft der Einwilligung, den Befund der sie stabilisierenden Konflikte und nicht zuletzt der Idee der Einwilligung als politisches Instrument des Interessenausgleichs will ich im Folgenden konzeptionell verbinden und vertiefen.

3 Konzeptioneller Zugang: Die Einwilligung als politisches Instrument

Die Politikwissenschaft hat sich mit der Einwilligung im Datenschutz bislang nicht befasst. Vor allem im deutschsprachigen Raum bleibt die Auseinandersetzung mit Datenschutzthemen juristisch dominiert. Einige sozialwissenschaftliche Beiträge zur Einwilligung finden sich in der englischsprachigen Literatur. Grob lassen sich hier zwei Stränge unterscheiden. Auf der einen Seite stehen normativen Beiträge, die Kritik an der individualisierenden Wirkung der Einwilligung üben (vgl. Kap. 2.2.5; Barocas/Nissenbaum 2014; van der Sloot 2014; Hull 2015). Ein zweiter, wesentlich sichtbarer Literaturstrang, nähert sich der Einwilligung empirisch. Unter behavioristischen Vorzeichen wird hier das Einwilligungsverhalten von Nutzern untersucht. Die Kernfrage dabei lautet: Unter welchen Umständen sind Nutzer bereit, ihre Einwilligung zur Datenverarbeitung zu erteilen (vgl. Acquisti 2010)? Aus diesen Untersuchungen ist das über die Wissenschaft hinaus bekannt gewordene *privacy paradox* hervorgegangen. Es bezeichnet ein Auseinanderklaffen der Werthaltungen der Nutzer („pro Privatsphäre“) und ihrem „tatsächlichen Verhalten“, bei dem sie zumeist doch in jedwede Datenverarbeitung einwilligen.¹⁸ Bislang mangelt es an nicht-behavioristischer – gleichwohl aber empirisch angeleiteter – Politik- und Sozialwissenschaft zum Thema.

Ich argumentiere, dass die Einwilligung aus politikwissenschaftlicher Sicht ein politisches Instrument darstellt. Nach einschlägiger Definition bedeutet das, die Einwilligung ist „eine spezifische Methode, die kollektives Handeln anleitet, um soziale Probleme zu lösen“ (Salamon 2002: 19, meine Übersetzung). Auch wenn man einwenden mag, dass die Einwilligung gerade kein kollektives Handeln fördert, meint Salamons Definition viel eher, dass die *Folgen* politischer Instrumente kollektiver Natur sind und kollektiven *Zielen* dienen (Salamon 2002: 20). Das trifft auf die Einwilligung durchaus zu. Nicht nur zeitigen die vielen individuellen Einwilligungen technisch und normativ besehen Folgen für Dritte (vgl. Kap. 2.2.5). Vielmehr betrifft die Einwilligung heute schlichtweg jeden Internetnutzer. Das kollektive Ziel, das mit dem Instrument der Einwilligung nach gängiger Betrachtungsweise¹⁹ erreicht werden soll, ist der Schutz personenbezogener Daten. Zum anderen argumentiere ich, dass die Einwilligung nur bei oberflächlicher

¹⁸ Wie Hull (2015: 89) anmerkt und meine Forschungsergebnisse im späteren Teil der Arbeit bestätigen (vgl. Kap. 6.4), stärkt diese Art von verhaltensökonomisch inspirierter Forschung die Einwilligung eher, als dass sie zu ihrer Reflektion beiträgt. Beiträge, die aufgrund verhaltensökonomischer Einsichten zu einer Ablehnung der Einwilligung gelangen, bilden die Ausnahme (vgl. Kübler 2017: 29).

¹⁹ Die in dieser Arbeit eingenommene Perspektive bringt eine durchaus differenziertere Betrachtung zutage (vgl. Kap. 6).

Betrachtung individueller Natur ist. Ihre politische Aushandlung sowie ihre Aufrechterhaltung und Fortentwicklung stellt eine genuin kollektive und politische – und damit auch umkämpfte – Angelegenheit dar.²⁰ An ihr beteiligen sich Parteien und Politiker, Interessengruppen, Nichtregierungsorganisationen, Datenschutzaufsichtsbehörden, Verbraucherschutzverbände und – für die Einwilligung besonders bedeutsam – auch als Datenschutzexperten geltende Juristen. Ihre kollektive Aushandlung der Einwilligung, zugespitzt formuliert: ihr Konflikt um die Einwilligung, soll im Mittelpunkt meiner Arbeit stehen.

Dieses Kapitel entwickelt daher zunächst einen politikwissenschaftlichen Zugang zur Einwilligung vermittelt der Forschung zu politischen Instrumenten. Nach einer kritischen Durchsicht der kanonischen Instrumentenforschung vom Standpunkt der interpretativen Policy-Analyse aus, konzentriere ich mich auf die Sichtung der post-positivistischen Instrumentenliteratur. Das Kapitel endet mit dem Anschluss an die jüngere, von den *Science and Technology Studies* (STS) inspirierte, Forschung zu politischen Instrumenten. Das Instrument der Einwilligung erscheint aus dieser Perspektive eingebettet in ein spezifisches Instrumentenwissen, das vermeintlich technischen Fachdebatten über die Einwilligung entspringt.

3.1 Die kanonische Instrumentenforschung

Instrumente gelten als ein klassisches, jedoch in jüngerer Zeit zunehmend einseitig betrachtetes Thema der Politikwissenschaft (Lascoumes/Le Gales 2007; Hood 2007). Ein traditioneller Gegenstand der politischen Wissenschaft sind Instrumente deshalb, weil sie die alte Frage danach behandeln, mit welchen konkreten Mitteln man politische Ziele erreichen und Gesellschaften regieren kann. Hood zieht hier eine Linie von Schriften aus der Zeit der Aufklärung hin zu den späteren Politikempfehlungen der politischen Denker und Staatsbeamten wie sie Foucault in seinen Werken thematisiert (Hood 2007: 128). Als einseitig wiederum gelten die Beiträge der modernen Politikwissenschaft ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, weil sie sich im Stile der vergleichenden Politikwissenschaft fast unisono der Klassifikation von Instrumenten gewidmet haben (Hood 2007: 129).

Diesen *Typologien* zufolge lassen sich politische Instrumente grob danach unterscheiden, ob sie dem Ziel der Beobachtung sozialen ‚Verhaltens‘ (*behaviour*), d.h. der Informationsakquise, oder seiner Veränderung dienen (vgl. Howlett 2005: 36). Beispiele für Instrumente zur Informationssammlung sind Melde- und Registrierungspflichten oder Bevölkerungsumfragen. Staatliche Ausbildung und Beratung, Lizenzen oder Sub-

²⁰ Für ein vom Konflikt geprägtes Politikverständnis vgl. Mouffe (2005) und Hay (2007).

ventionen sind wiederum Beispiele für Instrumente, die verhaltensändernd wirken sollen. Zugleich können Instrumente anhand der zu diesen Zielen eingesetzten Ressourcen klassifiziert werden. Hierzu zählen die staatliche Fähigkeit als Knotenpunkt für Information und Beratung zu dienen (*nodality*), die Autorität zum Erlass und zur Durchsetzung bindender Regeln (*authority*), fiskale Kapazitäten (*treasure*) oder organisationale Ressourcen wie Bürokratien (*organization*) (Hood 2007: 129).

Wieder andere Klassifizierungen beziehen sich im weitesten Sinne auf die Bewertung und Implementierung von Instrumenten. Salamon, von dem auch die oben eingeführte Instrumentendefinition stammt, zählt hierzu die Evaluationskriterien *effectiveness, efficiency, equity, manageability, legitimacy* (Salamon 2002: 22). Wie die Evaluation im Sinne dieser Kriterien ausfällt ist wiederum abhängig von den Eigenschaften des jeweiligen Instruments, wie seinem Zwangscharakter (*coercion*), dem Grad seiner Umsetzung aus einer Hand (*directness*), der Möglichkeit seiner Implementation mit bestehenden organisationalen/administrativen Strukturen (*automaticity*) (Salamon 2002: 24). So gelten etwa staatliche Informationskampagnen als wenig wirkungsvoll („coercive“), genießen aber hohen politischen Rückhalt (*legitimacy*). Steuern bauen auf bestehenden administrativen Strukturen auf (*automaticity*) und gelten daher als gut implementierbar („manageable“). Gleiches gilt, wie Salamon erläutert, jedoch z.B. auch für den Handel von Emissionszertifikaten, da diese schließlich auf den „Markt“ als bestehende Struktur zurückgreifen: „Tools that utilize the market, for example, are highly automatic.“ (Salamon 2002: 32).

Wie Hood (2007: 134) anmerkt, stehen gerade die Klassifizierungen Salamons im Zeichen des *New Public Managements*, also der Idee eines stärker nach betriebswirtschaftlichen Kriterien agierenden Staates (vgl. Schröter/Wollmann 2005: 63). Für meine Fragen an die Einwilligung bieten solche Überlegungen keinen geeigneten konzeptionellen Zugang, da sie die Instrumente selbst und ihren funktionalistischen Bewertungsmaßstab als gegeben annehmen (vgl. Lascoumes/Le Gales 2007: 3). Das gilt auch für die zuvor angedeutete Ressourcen-Typologie von Hood. Meinem Interesse an der widersprüchlich und verästelten erscheinenden Fabrikation der Einwilligung wird das nicht gerecht. Allenfalls ist es denkbar, dass das Leitbild des New Public Management selbst einen Teil des Einwilligungsdiskurses darstellt, in dem die Einwilligung als unbürokratisches und flexibles Datenschutzinstrument gilt (vgl. Kap. 7.3).

Interessanter für mein Vorhaben erscheinen jene Arbeiten, die sich mit den „Politics of Tool Choice“ befassen (Peters 2002; vgl. auch Schneider/Ingram 1990). Dieser – durchaus noch zur kanonischen Instrumentenforschung zählende – Ansatz erkennt an, dass oft erst im politischen Prozess verhandelt wird, was überhaupt das zu lösende Problem darstellt und warum welches Instrument hierzu geeignet sein soll (Peters 2002: 552). In der

Folge kommt der Rahmung von Problemen und Instrumenten im politischen Prozess eine wichtige Rolle zu. Im Mittelpunkt der Untersuchung der Politik der Instrumentenwahl steht jedoch nicht das *Framing* allein, sondern seine Entstehung aus den fünf Faktoren Interessen, Ideen, (charismatische) Akteure, pfadabhängige Präferenzen politischer Organisationen sowie der Einfluss des internationalen Umfeldes (Peters 2002: 533). Auch wenn die hier eingenommene Prozessperspektive, vor allem hinsichtlich der Konstruktion politischer Probleme, meinem Erkenntnisinteresse bereits näherkommt, erweist sie sich aus substantiellen und erkenntnistheoretischen Erwägungen immer noch untauglich.

Substantiell ungeeignet ist der Ansatz der ‚Politik der Instrumentenwahl‘ deshalb, weil er Instrumente im Kern immer noch als bereits vollendete Tatsache erachtet. Darauf deutet schon der Begriff der ‚Instrumentenwahl‘ hin. Das Problem besteht demnach nur noch in der strategischen Rahmung des zur Disposition stehenden Instruments. Wie ich bei der Einführung in die Einwilligung, insbesondere der Entwicklung ihrer Wirksamkeitsvoraussetzungen (*informiert, frei, bestimmt*, vgl. Kap. 2.2.3), gezeigt habe, wirken sich die Debatten um die Einwilligung jedoch durchaus auch auf ihre Gestalt aus. Sie dienen damit nicht allein der Überzeugung des politischen Gegners.

Erkenntnistheoretisch ist problematisch, dass die soziale Konstruktion von Instrumenten hier auf die ‚Variable‘ *Ideen*, und damit einen Faktor unter mehreren bei der Instrumentenpolitik, reduziert wird (vgl. besonders Peters 2002). Der konstitutive Charakter von Ideen bzw. Wissen für andere ‚Variablen‘ wie Interessen und Institutionen, wie ihn die interpretative Policy-Forschung annimmt, kommt deshalb nicht in den Blick (vgl. Münch 2016: 31). Der Variablen-Begriff impliziert zudem die Möglichkeit einer quantitativen Gewichtung zwischen Variablen, der sich eine interpretativ verstandene Forschung nicht anschließen kann. Im Ergebnis hieße das nämlich nachzuweisen, in welchem Maße (und nicht *wie*) Ideen auf die Instrumentenwahl wirken. Im Zweifelsfall wird die Idee dann zum „Residualfaktor“, die das erklären soll, was die anderen Variablen nicht hergeben (Nullmeier 2013: 24). Und schließlich bleiben Ideen im Ansatz der ‚Politik der Instrumentenwahl‘ *black boxes* (vgl. Fischer 2003: 101), d.h. angenommene Konstrukte in den Köpfen politischer Eliten, deren Ursprünge und Wirkungsmechanismen unausgesprochen oder widersprüchlich bleiben. So betonen die Autoren zwar den politischen Konflikt der Ideen bei der Instrumentenwahl (Peters 2002: 553), auf der anderen Seite konstatieren sie jedoch ein rationales Lernen der Akteure (vgl. Howlett/Ramesh 1993; Peters 2002: 556). Beides scheint nur schwer vereinbar, denn „die Lernmetaphorik hat einen deutlichen rationalistischen und affirmativen Bias: Politisches Lernen erscheint als positive Veränderung in Richtung Problemlösung, Politik als kognitiv harmonisierbarer Streit [...]“ (Maier et al. 2003: 14).

3.2 Post-positivistische Zugänge zu politischen Instrumenten

Die im Folgenden vorgestellten heterogenen Ansätze der Instrumentenforschung nehmen sich nicht unbedingt als verwandt war. Nach meiner Lesart vereinen sie jedoch drei Aspekte, die für meine Erforschung der Einwilligung instruktiv sind. Sie sind erstens an der Konstitution politischer Instrumente interessiert und verstehen diese nicht als *fait accompli*, von dem potentielle Widersacher nur noch überzeugt werden müssen. Zweitens stellen diese Ansätze Fragen, die erkenntnistheoretisch im weitesten Sinne als post-positivistisch bzw. interpretativ gelten. Das bedeutet, sie interessieren sich dafür, *wie* Instrumente und die Umwelt, in der sie wirken können, durch Sprache und „materielle Techniken“ erst geschaffen werden (Gottweis 2003: 125, 130). Eine post-positivistisch verstandene Policy-Analyse sperrt sich zugleich gegen die Übernahme der Konfliktlinien (z.B. ‚datenschutz- vs. unternehmensfreundlich‘) und Selbstverständnisse (z.B. ‚Problemlösung‘) des politischen Alltags. Stattdessen macht sie solche konstitutive Annahmen selbst zum Thema (vgl. Gottweis 2003: 130; Münch 2016: 4). Schließlich betrachtet die post-positivistische Policy-Analyse, und in unterschiedlichem Maße tun das auch die im Folgenden vorgestellten Ansätze, Politik auch außerhalb der Parlamente und Regierungen (Gottweis 2003: 135). Sie begibt sich also in Bereiche, die gemeinhin als nicht politisch, da ‚privat‘, ‚technisch‘, oder wie im Fall der Einwilligung als ‚juristisch‘ gelten.

In eben diesem Sinne gehen die Instrumentenforscher in der Tradition der Gouvernamentalitätsstudien gleich mehrere Schritte in eine andere Richtung als die im vorherigen Abschnitt vorgestellte Forschung zur ‚Politik der Instrumentenwahl‘. *Regierungstechnologien*, so ihr Begriff für politische Instrumente, nimmt die Gouvernamentalitätsforschung nicht nur als diskursiv gerahmt, sondern als *diskursiv konstituiert* an. Diskurs meint hier zunächst Leibbilder des Regierens von Gesellschaften (*politische Rationalitäten*) (Miller/Rose 2008: 30).²¹ Mit diesen Ordnungsvorstellungen gehen konkrete *Regierungstechnologien*, d.h. Mechanismen und Verfahren sowie die zu ihrer Anwendung benötigten Artefakte einher. Beispiele für Regierungstechnologien sind der Zensus, Buchführungstechniken oder die staatliche Zertifizierung (Miller/Rose 2008: 30, 32). Diese Instrumente sind es, die politische Rationalitäten erst existieren lassen. Sie sind deshalb nicht die bloße ‚Umsetzung‘, sondern die konstitutive andere Hälfte des Diskurses, wie Miller und Rose (2008: 30) betonen. Miller und Rose möchten Instrumente daher nicht als bloßes Werkzeug großer politischer Ideen missverstanden wissen. Sie sprechen Regierungstechnologien oder Instrumenten ein gewisses Eigenleben zu (2008: 33).

²¹ Der hier aus einem 2008 aufgelegten Sammelband zitierte Aufsatz „Governing Economic Life“ von Miller und Rose erschien ursprünglich bereits 1990.

Die Gouvernentalitätsstudien liefern für mein Vorhaben zwei wichtige Impulse. Im Gegensatz zu den Arbeiten zur Politik der Instrumentenwahl, reduzieren sie Diskurs nicht auf individuelle strategische Sprechakte, mit denen Akteure die Realität nach ihrem Gusto gestalten. Diskurse sind hier viel mehr *Wissensordnungen* und gehen möglichen Strategien voraus. Diskurs meint in diesem Zusammenhang zudem kein bloßes kognitives oder sprachliches Konstrukt, sondern umfasst auch Techniken und Artefakte. Problematisch an der Gouvernentalitäts-Perspektive bleibt jedoch, dass hinter Instrumenten bzw. Regierungstechnologien am Ende doch immer *eine* dominante politische Rationalität zu stehen scheint. Das lässt wenig Raum für das Politische im Sinne einer Kontingenz und der damit notwendig verbundenen Pluralität der Rationalitäten (vgl. Hay 2007: 65). Im Ergebnis wirken die Gouvernentalitätsstudien oft unnötig verengend und deterministisch. Moderne politische Instrumente stellen aus ihrer Sicht oft das Ergebnis einer ‚neoliberalen Rationalität‘ dar. Aus analytischer Warte verdeckt ein solcher Ansatz mehr als er erhellt (Le Galès 2016: 517; vgl. auch Barnett et al. 2011: 29).

Hull (2015) zeigt durchaus plausibel, dass die Gouvernentalitätsperspektive auch auf die Einwilligung angewandt werden kann. Sie erscheint dann als eine Verantwortlichmachung zur Preisgabe und Kontrolle der eigenen Daten, die im Mantel der Selbstbestimmung daherkommt. Während die Gouvernentalitätsperspektive für Halls Frage nach Subjektivierungsprozessen durchaus stimmig erscheint, ist sie für mein Interesse am Instrument der Einwilligung und seiner kollektiven Aushandlung wenig zielführend. Bereits die Einführung in die Einwilligung im zweiten Kapitel deutet daraufhin, dass die Einwilligungsdebatte vielgestaltiger ist, als es die Neoliberalismus-Zuschreibung erwarten lässt. Ich gehe davon aus, dass es diese, noch näher herauszuarbeitenden, vielfältigen diskursiven Praktiken sind, die die Einwilligung strukturieren. Während die Instrumentenforschung der Gouvernentalitätsstudien also an die Bedeutung eines überindividuellen, konstitutiven Diskursbegriffes erinnert, bleiben die Entstehungs- und Passungsprozesse der Instrumente hier eindimensional und damit analytisch unterbeleuchtet (Voß/Freeman 2016: 7).

In einem konzeptionellen Aufsatz, der sich politischen Instrumenten auf eine nicht-funktionalistische Art und Weise nähern will, machen Lascoumes und Le Galès (2007) Anleihen bei den *Science and Technology Studies* (STS). Ein wichtiger Impuls hieraus ist die Einsicht, dass ein und das selbe Instrument *interpretativ flexibel*²², d.h. anschluss-

²² Das Konzept der *interpretativen Flexibilität* stammt aus einem Aufsatz von Pinch und Bijker (1984) zur sozialen Konstruktion von Technologie. Es meint im Kern, dass technische Artefakte vor allem in ihrer frühen Entwicklung noch keine festgelegte Funktion haben, was sich auch an ihrer in dieser Phase oft wandelnden Form zeigt. Ein oft hierfür vorgebrachtes Beispiel sind die verschiedenen Frühformen des Fahrrads (Pinch/Bijker 1984: 412).

fähig für verschiedene politische Ideen und somit auch Formungen sein kann (Lascoumes/Le Gales 2007: 9). Da sie politische Instrumente zugleich nicht essentialisieren wollen, sondern im Gegenteil auf ihre Konstruktion hinweisen, ist das nicht im Sinne einer bloßen ideologischen Rahmung wie bei der Politik der Instrumentenwahl zu verstehen (vgl. Kap. 3.1). Die Einwilligung kann vielmehr in unterschiedlichen ‚Welten‘ Zuhause sein und dort verschiedene Ausgestaltungsimpulse erfahren. Sie ist also nicht nur das Produkt *einer* dominanten Rationalität. Der positive Bezug auf die Einwilligung durch die sich sonst widersprechenden Datenschutzverständnisse in der EU (Grundrechtsbezug) und in den USA (eigentumsrechtlicher Bezug) kann als ein anekdotisches Beispiel für die interpretative Flexibilität der Einwilligung dienen (vgl. Kap. 2). Das heißt nicht, dass beide Verständnisse friedlich nebeneinander existieren müssen. Im Gegenteil: Die ‚richtige‘ Form der Einwilligung ist zwischen verschiedenen ‚Welten‘ umstritten, wie meine Ergebnisse zeigen (vgl. Kap. 6).

Eine weitere Anleihe, die Lascoumes und Le Galès bei den STS machen, nenne ich *Eingebundenheit*. Technische Objekte verfügen in den STS nicht über eine feste Substanz, sondern sind Produkt der soziotechnischen Beziehungen, in die sie eingebunden sind. Lascoumes und Le Galès regen an, dieses Sichtweise auch auf politische Instrumente anzuwenden (2007: 7), bleiben nähere Ausführungen dazu jedoch schuldig. Die Arbeiten des sich ebenfalls in der Tradition der STS verstehenden Instrumentenforschers Voß (2007, 2016) werden in dieser Hinsicht konkreter. Am Beispiel der Entwicklung des Emissionshandels zeigt er, wie politische Instrumente aus Auseinandersetzungen wissenschaftlicher und politischer Wissensbestände hervorgehen und in diese eingebettet sind. *Wissen* versteht Voß in Anlehnung an die wissenschaftssoziologische Innovationsforschung als ein *technologisches Regime*, das durch Problemdeutungen, Praktiken, Artefakte und den damit verbundenen Zuschreibungen von Fertigkeiten, Expertise und Autorität entsteht (Voß 2007: 340, vgl. auch 2016: 130). Aus dieser Einsicht resultiert sein zentrales Argument, nach dem politische Instrumente nie ‚allein‘ bzw. ‚für sich‘ existieren können. Vielmehr entstehen und wirken Instrumente wie die Einwilligung erst durch ihre Einbettung in eine sorgsam geschaffene und zugleich umkämpfte Realität, in der sie als ‚gute Wahl‘ und ‚richtiges Instrument‘ erscheinen. Wichtig ist darüber hinaus, dass die Arbeit an politischen Instrumenten nie abgeschlossen ist. Ihr Wirken ist von beständiger Konstruktionsarbeit abhängig, die sich nicht in bloßer Reproduktion und Legitimation erschöpft. Im Gegenteil: Auf Kritik folgen oft Anpassungen. Politische Instrumente sind daher beständig im Werden begriffen, wie Voß’ Beobachtungen zum Emissionshandel (2007, 2016: 134), aber auch die Fortentwicklung der Einwilligung zeigen (vgl. Kap. 2.2.3). Sie liegen nicht fertig in der politischen Werkzeugkiste.

Den Aspekt der *Einbettung* ernst zu nehmen, bedeutet eine Perspektivverschiebung, die ich bei der Einführung in die Einwilligung bereits begonnen habe. Es interessieren dann nämlich nicht allein die exponierten politischen Konflikte über die Einwilligung, die im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren stattfinden, sondern die alltäglichen Auseinandersetzungen um die Einwilligung, die Rechtswissenschaftler, Richter, Datenschutzbeauftragte und andere ‚Datenschutzexperten‘ auf Konferenzen, in Fachpublikationen, Anhörungen und Gutachten austragen. Diese Konflikte leisten die technische Arbeit an der Einwilligung – die „diskursive Produktion ihrer Wissensvoraussetzungen“ (Schmidt-Wellenburg 2013: 463) – die den formalen Gesetzgebungsverfahren vorausgeht. Durch sie wird die Einwilligung in einen Zusammenhang eingebettet, in dem ihre Passung für bestimmte Problemlagen evident wird, aber auch Kritik geäußert und Reformen erdacht werden können. Mit Blick auf die Einführung in die Einwilligung (vgl. Kap. 2.2) sind die Bestandteile solcher technologischen Regime um die Einwilligung etwa das Verfassungsrecht, nachdem die Einwilligung der „genuine Ausdruck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ ist (Roßnagel et al. 2001: 15), Bevölkerungsumfragen (vgl. Europäische Kommission 2015: 58), aber auch Erfahrungen der Aufsichtspraxis sowie die Rechtsprechung zur Einwilligung. Um die Einbettung der Einwilligung nachzuzeichnen, gilt es, diese vereinzelt Anhaltspunkte zu systematisieren und zueinander in Beziehung zu setzen.

Hierzu sind die in diesem Unterkapitel gesammelten Impulse post-positivistischer Instrumentenforschung hilfreich. Sie umfassen erstens ein konstitutives, weltbildendes statt eines bloß strategischen Diskursverständnisses. Eine zweite Einsicht ist die interpretative Flexibilität politischer Instrumente, die sich gegen die Annahme *eines* dominanten Leitbilds und *einer* damit korrespondierenden Form des Instruments verwehrt. Drittens halte ich die Vorstellung von einer Einbettung und damit Abstützung der Einwilligung in verschiedene Wissensgeflechte für instruktiv. So hilfreich diese Impulse auch sind. Sie bleiben in ihrer Terminologie und den Fragen der konkreten Umsetzung unkonkret, was besonders für die ‚technologischen Regime‘ gilt. Zudem bringen die hier nebeneinander gestellten Konzepte trotz ihres gemeinsamen post-positivistischen Nenners bei genauerer Betrachtung erkenntnistheoretisch unvereinbare Prämissen mit sich. So denkt die Forschungsrichtung der sozialen Konstruktion von Technologie, aus dem das Konzept der *interpretativen Flexibilität* stammt, akteurszentriert, während das Diskursverständnis der Gouvernementalitätsstudien von einem überindividuellen Diskursverständnis ausgeht.

Mit der *Rechtfertigungssoziologie* nach Boltanski und Thévenot (2007) wähle ich deshalb einen theoretischen Ansatz, der die genannten Einsichten reflektiert, dabei aber einen vergleichsweise strengen theoretischen und begrifflichen Rahmen aufspannt. Ihr

Konzept der *Rechtfertigungsordnungen* verstehe ich als gehaltvollere Konkretisierung dessen, was ich in diesem Abschnitt als technologische Regime eingeführt habe. Wie ich zeigen will, lassen sich die Rechtfertigungsordnungen zudem als Ausformung eines konstitutiven Diskursverständnisses begreifen. Überdies stellen sie ein Motiv in den Vordergrund, das bei der Einführung in die Einwilligung zentral hervortrat und das ich hier als interpretative Flexibilität eingeführt habe: das Wechselspiel aus Kritik und Rechtfertigung.

4 Theorie und Methodologie: Die Rechtfertigungsordnungen als Beitrag zur Diskursanalyse des Rechts

Rechtfertigungsordnungen lassen sich kurz als abgrenzbare *Bewertungs- und Evaluationspraktiken* verstehen, die konstitutiv auf ihre Betrachtungsgegenstände wirken. Dieses Kapitel führt zunächst in die Grundzüge der Rechtfertigungssoziologie ein. Danach vermittele ich die Rechtfertigungsordnungen an die Diskursanalyse. Ich argumentiere, dass das Expertenwissen um die Einwilligung auf Rechtfertigungspraktiken beruht, die durch eine Diskursanalyse rekonstruiert werden können. Schließlich stelle ich kurz den Beitrag der Rechtfertigungssoziologie zur Analyse des Rechts heraus. Dieser besteht in der Rekonstruktion der Stützung des Rechts durch rechtliche, aber vor allem auch außerrechtliche Gegenstände und Bewertungsmaßstäbe.

4.1 Entstehungskontext: Klassifikationskonflikte und die Abgrenzung von Bourdieu

Die Rechtfertigungssoziologie ist die bekannteste Theorie der soziologischen Bewegung der *Economie des conventions* (EC). Die Rechtfertigungssoziologie führt bislang ein eher randständiges Dasein in den Sozialwissenschaften und der Politikwissenschaft im Besonderen (vgl. Diaz-Bone/Thévenot 2010). Wie sowohl die aufmerksamen Beobachter Diaz-Bone (2015a: 25) und Wagner (1999, 2004), als auch die Erfinder der Rechtfertigungssoziologie Boltanski (2013: 43) und Thévenot (2011: 384) selbst betonen, lässt sich die EC nicht ohne ihren spezifischen Entstehungskontext in der französischen Sozialwissenschaft verstehen. Um ihre Genese nachzuvollziehen – und in Ermangelung besserer Begrifflichkeiten – bietet es sich an, idealtypisch zwischen einem räumlichen und einem feldspezifischen Entstehungskontext zu unterscheiden. Vieles, auf das ich im Folgenden Bezug nehme, gilt deshalb für die EC im Allgemeinen wie auch die Rechtfertigungssoziologie im Speziellen. Mit Rücksicht auf den Leser verwende ich jedoch nur einen, nämlich den spezielleren Begriff der Rechtfertigungssoziologie – auch auf die Gefahr hin, damit einige Nuancen zu vernachlässigen.

Gewissermaßen *räumlich* entscheidend für die Herausbildung der Rechtfertigungssoziologie waren die Arbeitserfahrungen am *Nationalen Institut für Statistik und Wirtschaftsstudien* (INSEE) in den späten 1970er- und 1980er-Jahren in Frankreich. Hier entwickelten jene Forscher, die später prägend für die EC sein sollten, ein gemeinsames Inte-

resse an der Soziologisierung sozioökonomischer Kategorien (Diaz-Bone 2015a: 34). Entscheidend war dabei die Entdeckung eines „Konflikts zwischen verschiedenen Möglichkeiten der Einordnung von Menschen“ (Boltanski/Thévenot 2007: 16), wie er sich beim Kodieren sozioökonomischer Fragebögen beobachten ließ. Wer oder was warum in welche Kategorie passte, erwies sich als keineswegs selbstverständlich:

„Man sah es etwa als eine Ungerechtigkeit gegenüber einer Fabrikarbeiterin an, ihre Karte einfach mit der einer Putzfrau zusammenzustecken, auch wenn beide das gleiche Ausbildungs- oder Einkommensniveau aufwiesen.“ (Boltanski/Thévenot 2007: 17)

In der Folge brachten die Kodierer allgemeinere Prinzipien vor, um ihre Art der Kategorisierung gegenüber ihren Kollegen zu begründen. Diese Beobachtungen verallgemeinerten die Soziologen um Boltanski und Thévenot über den Bereich der sozioökonomischen Klassifikation hinaus. Gegenstand der Rechtfertigungssoziologie ist seit dem die Rekonstruktion und Erklärung sozialer Ordnungsbildung unter Rückgriff auf verschiedene „Konventionen“, d.h. „kulturell etablierte Koordinationslogiken“ (Diaz-Bone 2015a: 21). Diese stellen Ordnung und Handlungsorientierung her, indem sie Personen, Objekte und Tätigkeiten nach einem höheren und je nach Konvention unterschiedlichem Prinzip sinnhaft zueinander in Bezug setzen.

Die Beschäftigung mit Klassifikationsordnungen kam jedoch nicht von ungefähr. Sie stand maßgeblich unter dem Einfluss Bourdieus, dessen Mitarbeiter und Schüler Thévenot und Boltanski waren (Diaz-Bone 2015a: 35, 483). Damit ist der *feldspezifische* Entstehungskontext angesprochen. Hiermit meine ich die gegenseitige Beeinflussung und Abgrenzung französischer Soziologen in den 1970er- und 1980er-Jahren in Frankreich. Besonders die Bourdieusche Soziologie bildet einen wichtigen Ausgangspunkt, noch mehr aber eine Kontrastfolie für die Rechtfertigungssoziologie. Diaz-Bone (2015a: 335) erkennt vier Bewegungen, mit denen sich die Rechtfertigungssoziologie von Bourdieus ‚kritischer Soziologie‘ entfernt (vgl. auch Wagner 1999: 342).

Erstens schreibt die Rechtfertigungssoziologie den Alltagsmenschen gewisse „kritisch-reflexive Kompetenzen“ (Diaz-Bone 2015a: 335) zu, die es ihnen erlauben, Sachverhalte ihr eigenes Zusammenleben betreffend zu bewerten. Damit büßt der ‚kritische Soziologe‘ *zweitens* seine privilegierte erkenntnistheoretische Position ein. Er ist zwar durch seinen Überblick über das Geschehen immer noch ein gewissermaßen begünstigter Beobachter (vgl. Barthe et al. 2016: 212), verliert aber sein Monopol darüber, Ungerechtigkeit zu erkennen und Kritik zu üben (Wagner 1999: 343). *Drittens*, existieren zur gleichen Zeit verschiedene, wenn auch nicht unendlich viele, untereinander irreduzible Realitäten und Bewertungsprinzipien, d.h. Konventionen. Situationen können damit nicht durch die Wirkung *eines* Feldes mit seiner Kapitalstruktur und seiner spezifischen

Habitusdisposition allein determiniert sein (Diaz-Bone 2015a: 335). *Viertens*, spielen „instrumentelle und kognitive Dispositive“ eine größere Rolle bei der sozialen Ordnungsbildung – im Gegensatz zu denen sich allein aus den Feldbeziehungen ergebenden Kräften der Bourdieuschen Soziologie (Diaz-Bone 2015a: 335).

Die Rechtfertigungsordnungen formulieren damit einen fordernden methodologischen Standpunkt, der sich aus der Anreicherung des Bourdieuschen strukturalistischen Erbes mit Elementen des *Pragmatismus* und der *Akteur-Netzwerk-Theorie* speist (Diaz-Bone 2015a: 332). Die Rechtfertigungsordnungen sind dadurch anschlussfähig für recht unterschiedliche methodologische Ausdeutungen, die entweder stärker handlungstheoretisch-pragmatistisch oder stärker strukturalistisch ausfallen und trotzdem in beiden Fällen die vier genannten theoretisch-methodologischen Bewegungen vollziehen. Für die eher strukturalistische Lesart beweist das Boltanski und Chiapellos Anwendung der Rechtfertigungssoziologie unter dem Titel *Der neue Geist des Kapitalismus* (Boltanski/Chiapello 2006), die zuerst im Jahr 1999 auf Französisch erschien. Dieser eher strukturellen Lesart schließe ich mich in dieser Arbeit an.

Bevor ich zu den methodologischen Fragen zurückkomme, will ich zunächst in die Grundlagen der Rechtfertigungssoziologie einführen. Das erfolgt vor allem anhand von Boltanski und Thévenots Hauptwerk *Über die Rechtfertigung* (2007), das in Frankreich 1991 erschien und dessen Hauptargumente bereits in den 1980er-Jahren in der französischen Sozialwissenschaft zirkulierten. Das Buch lag erst 2006 auf Englisch und ein Jahr später auch auf Deutsch vor.²³

4.2 Die Rechtfertigungsordnungen und die Zentralität der Kritik

„Konventionen“, wurden eben bereits als „kulturell etablierte Koordinationslogiken“ (Diaz-Bone 2015a: 21) eingeführt, die Personen, Objekte und Tätigkeiten nach einem höheren *Gemeinwohlprinzip* sinnhaft zueinander in Bezug setzen. Solche Prinzipien können z.B. Kollektivität, Konkurrenz oder Effizienz, d.h. staatsbürgerlichen, marktwirtschaftlichen oder industriellen Gemeinwohlvorstellungen entspringen. Dass diese Konventionen entdeckt wurden, als Kodierer sich uneinig waren, verweist auf ein Kernargument der Rechtfertigungssoziologie: In Konflikten, sogenannten *kritischen Momenten*, sind die Konventionen, die zuvor handlungsstrukturierend wirkten und unhinterfragt blieben, brüchig geworden und stehen zur Disposition. Sie werden in diesen Momenten kritisiert, gerechtfertigt und neu verhandelt (Boltanski/Thévenot 2007: 32,

²³ Die späten Übersetzungen sind eine mögliche Erklärung für die bislang eher zurückhaltende Rezeption der Rechtfertigungssoziologie außerhalb Frankreichs (vgl. Wagner 2011: 273)

vgl. auch 1999: 359). Hierzu dienen die Konventionen. Sie werden in kritischen Momenten zu Rechtfertigungsordnungen (Diaz-Bone 2015a: 140 Fn. 196). Kritische Momente bzw. Situationen sind in der Rechtfertigungssoziologie weder zeitlich noch räumlich begrenzt (vgl. Diaz-Bone 2015a: 328). Sie können von einer begrenzten Auseinandersetzung bis zu andauernden gesellschaftlichen Großkonflikten reichen, wie sie in *Der Neue Geist des Kapitalismus* beschrieben werden.

Im Fall der Einwilligung und meinem spezifischen auf Fokus auf alltägliche und andauernde Konflikte unter Datenschutzexperten, ist dieser kritische Moment nicht mit einem spezifischen Gesetzgebungsverfahren gleichzusetzen. Er scheint viel mehr auf Dauer gestellt und lediglich seine Gestalt zu verändern, wie die Einführung im zweiten Kapitel gezeigt hat. Darüber hinaus zeigt meine spätere Analyse, dass die Fachbeiträge zur Einwilligung mit der massenhaften Verbreitung des Internets um die Jahrtausendwende bis heute zunehmen (vgl. Kap. 5.3). Ich betrachte das als Indiz für eine verstärkte kritische Konjunktur der Einwilligung, in der diese vermehrt der Kritik und Rechtfertigung ausgesetzt ist.

Kritik und Rechtfertigung können sowohl innerhalb einer Konvention als auch zwischen Konventionen stattfinden. Ein Beispiel für eine konventionsinterne Auseinandersetzung ist, wenn die Einwilligung als ineffiziente Möglichkeit, Datenschutz zu gewährleisten kritisiert wird, daraufhin jedoch eingewendet wird, dass sie Datenschutz *durchaus* effizient gewährleiste. Konventionsübergreifend verlief die Auseinandersetzung z.B. dann, wenn der Kritik der Ineffizienz der Einwilligung entgegnet wird, dass Datenschutz doch ein kollektives Gut wäre und die Einwilligung daher nicht effizient sein müsse, sondern solange zu rechtfertigen sei, wie sie diesem kollektiven Gut diene. Die Grundidee dabei ist, dass Kritik und Rechtfertigung immer mit Verweis auf normative Prinzipien erfolgen. Eine Sache ist nicht einfach falsch, weil sie falsch ist, sondern sie ist aus einem bestimmten Bewertungsmaßstab, einer Konvention, heraus besehen falsch oder richtig (vgl. Boltanski/Thévenot 1999: 361).

Konventionen bzw. Rechtfertigungsordnungen stehen jedoch nicht nur für ein Gemeinwohlprinzip. Hinter ihnen stehen gesamte *Welten*. Der Verständlichkeit halber verwende ich die Begriffe „Konvention“, „Rechtfertigungsordnung“ und „Welt“ ab hier austauschbar, wie es auch in der Literatur üblich ist (Diaz-Bone 2015a: 140 Fn. 196). Die sogenannte *Rechtfertigungsgrammatik* der Welten umfasst das jeweilige übergeordnete *Gemeinwohlprinzip*, die sich daran anschließende Vorstellung dessen, *was wertvoll (groß) bzw. klein ist*, spezifische Typen von *Akteuren (Subjekten)*, die in bestimmten *Arten von Beziehungen* zueinanderstehen, charakteristische *Objekte*, und nicht zuletzt Vorstellungen und *Verfahren zur Prüfung von Richtigkeit* sowie *Formen der Evidenz*

(Boltanski/Thévenot 2007: 196).²⁴ Die verschiedenen Rechtfertigungsordnungen, auf die Sprecher in kritischen Momenten Bezug nehmen, funktionieren entlang dieser Grammatik und füllen diese jeweils unterschiedlich aus.

Bevor ich fortfahre, möchte ich auf eine terminologische Klarstellung hinweisen. Wie Boltanski und Thévenot spreche ich von den in den Rechtfertigungswelten *dargestellten* ‚Akteuren‘ als *Subjekten*. Anders als Boltanski und Thévenot (vgl. 2007: 27) aber bezeichne ich Personen, wenn sie sich auf die Rechtfertigungsordnungen *berufen*, nicht als Akteure, sondern als *Sprecher*. Denn der Akteursbegriff impliziert Intention und Handlungsfähigkeit in einem Grad, der mit meiner diskursanalytischen Lesart der Rechtfertigungsordnungen, wie ich sie im nächsten Unterkapitel entfalte (vgl. Kap. 4.3), nicht vereinbar ist. Aus dieser Perspektive konstituieren Diskurse, d.h. Rechtfertigungsordnungen, Akteure nämlich erst. Die Trennung zwischen Sprechern und Subjekten soll jedoch nicht allein meinen erkenntnistheoretischen Standpunkt verdeutlichen. Sie hilft vor allem dabei, zwischen den Ebenen der Rechtfertigungsordnungen als überindividuellem Wissen und seiner Anwendung in der Äußerungspraxis zumindest begrifflich²⁵ unterscheiden zu können. Diese Unterscheidung soll das Verständnis der folgenden Einführung in die Rechtfertigungsordnungen und ihre methodologische Rückbindung an mein Forschungsvorhaben erleichtern. Das Begriffspaar Subjekt und Sprecher ist damit als ein Hilfskonzept speziell für dieses vierte Kapitel gedacht.

Bislang existieren acht prominente Rechtfertigungsordnungen, wobei das Ursprungswerk von Boltanski und Thévenot bereits sechs identifiziert hat: Markt, Industrie, Inspiration, (öffentliche) Meinung, Staat und häusliche Sphäre (Boltanski/Thévenot 2007: 222). Hinzu kamen später die Ökologie und das Netzwerk (Diaz-Bone 2015a: 147). In der Ordnung des Staates etwa gilt der Vorrang kollektiver Ziele als oberstes Prinzip. Kollektivität ist deshalb erstrebenswerter als marktwirtschaftliche Interessenverfolgung oder industrielle Effizienz. Kollektive Subjekte wie Staaten, Parteien, Gremien usw. spielen eine wichtige Rolle. Beschlüsse, Gesetze, Programme, aber auch repräsentative Gebäude stabilisieren diese Ordnung. Abstimmungen über Beschlüsse sowie die Berufung auf frühere Abstimmungen gelten als Beweise für Richtigkeit, da sie den kol-

²⁴ Boltanski und Thévenot benennen noch mehr Bestandteile, die zur Grammatik der jeweiligen Rechtfertigungsordnungen gehören (2007: 196). In ihren eigenen Arbeiten, wie auch in der Sekundärliteratur, erfolgt ein forschungspraktischer Umgang mit diesen Kategorien, d.h. es werden die verwendet, die für die Untersuchung relevant erscheinen. Die von mir genannten Kategorien gehören dabei zu jenen, die in der Sekundärliteratur am meisten verwendet werden (vgl. etwa Knoll 2012: 65; Patriotta et al. 2011: 1810).

²⁵ Methodologisch ist die Trennung zwischen Subjekt und Sprecher nur schwierig aufrechtzuerhalten, wenn man Sprecher ebenfalls als Produkte des Rechtfertigungsdiskurses betrachtet. Aus praxistheoretischer Perspektive kommt erschwerend hinzu, dass Wissen außerhalb seiner Anwendung nicht existiert. Das Sprechen als Praxis und die Subjektkonstitution fallen hier zusammen (vgl. Reckwitz 2000: 177).

lektiven Willen bezeugen (Boltanski/Thévenot 2007: 254). Die Sphäre des Marktes betont hingegen den Wert von Rivalität und die Würde des Einzelnen, der seinen Wünschen nachgeht. In ihr werden alle jene Objekte geschätzt, die als handelbar und knapp gelten. Der angemessene Preis gilt der Welt des Marktes als Beweis für das kollektive Funktionieren des individuellen Strebens (Boltanski/Thévenot 2007: 269, 271, 275). Die industrielle Welt akzentuiert wiederum verlässliches Funktionieren als obersten Wert, ausgebildete Experten wie Ingenieure als wichtige Subjekte sowie Pläne, Grafiken und Messungen als stützende Objektivierungen und zugleich Evidenz für das Funktionieren dieser Welt (Boltanski/Thévenot 2007: 276). Diese beispielhafte Illustration soll genügen, um den umfassenden Charakter der *Rechtfertigungsgrammatiken* zu umreißen. Wie der Begriff der „Grammatik“ (Boltanski/Thévenot 2007: 196) bereits andeutet, geht es nicht um eine abschließende Definition der Welten, zu der immer diese und jene Objekte, Subjekte usw. gehören müssen. Vielmehr soll entlang dieser Struktur eine empirisch angeleitete Rekonstruktion erfolgen (vgl. Diaz-Bone 2015a: 140).

Anhand der kurzen Illustration ergibt sich bereits, wie Kritik aus einer Welt an der jeweils anderen aussehen könnte. Die Marktkritik am Staat etwa bemängelt die fehlende Verwirklichung des Einzelnen, die Verrechtlichung der Verhältnisse und die Aberkennung von Individualität zugunsten des Kollektivs (Boltanski/Thévenot 2007: 321). Die industrielle Welt wiederum kritisiert am Marktgeschehen, dass es zu ungerechtfertigten Preisen führe, die keine Entsprechung mehr zur Funktionalität der Güter besäßen. Boltanski und Thévenot entwickeln in diesem Stil eine umfassende „Matrix der Kritik“ der Welten untereinander (2007: 318). Darüber hinaus sollte, und davon zeugen auch meine Ergebnisse (vgl. Kap. 6), die Bedeutung innerweltlicher Kritik nicht unterschätzt werden. Die gleiche Welt zu bewohnen, zeugt keineswegs von Einigkeit über Sachverhalte wie die Einwilligung. Der Bezug auf eine gemeinsame Rechtfertigungsordnung bedeutet eher, den Konflikt innerhalb gleicher Bewertungsmaßstäbe auszutragen.

Wichtig ist auch zu bedenken, dass die Welten nicht auf ihren namensgebenden Bereich beschränkt sind – im Gegenteil (vgl. Boltanski/Thévenot 2007: 289). Sie stellen Strukturprinzipien dar, die sich in gewissem Maße in verschiedenen sozialen Kontexten wiederfinden. Auch der Datenschutz bzw. die Einwilligung können ad hoc sowohl der staatsbürgerlichen Welt, man denke an den Bezug auf das Verfassungsrecht und das Volkszählungsurteil, als auch der Welt des Marktes, in der Daten zum handelbaren Gut geworden sind, zugeordnet werden. Und auch das Motiv des ingenieurhaften Prüfens findet sich in der Praxis der Datenschutzbehörden wieder, wie sich noch zeigen wird (vgl. Kap. 6). Eine Rechtfertigungsordnung allein definiert ein soziales Problem also selten abschließend. Dass mehrere Rechtfertigungsordnungen zusammen auftreten, schließt jedoch nicht aus, dass einige von ihnen dominanter sind, andere Rechtferti-

gungsordnungen wiederum gänzlich abwesend sind und dass sich dieses Gefüge über Zeit verändert. Eine solche *diachrone* Perspektive auf die Rechtfertigungsordnungen haben vor allem Boltanski und Chiapello (2006) akzentuiert (vgl. Diaz-Bone 2006: 82).

Der Umstand, dass zumeist *mehrere* Rechtfertigungsordnungen zusammen auftreten, führt zu beständigen Spannungen und kritischen Momenten, die fragile Kompromisse zwischen den Welten notwendig machen (Diaz-Bone 2015a: 158). Die Liaison der grünen Welt mit der Marktwelt in Form des Emissionshandels (vgl. Knoll 2012) ist ein Beispiel für einen solche „Kompromissformel“ (Boltanski/Thévenot 2007: 367). Aus Konflikten und den aus ihnen hervorgehenden Kompromissen, können jedoch nicht nur *Kompromissformeln* entstehen, auf die sich beide Welten gleichermaßen berufen können, sondern auch gänzlich neue Welten (Boltanski/Thévenot 2007: 375). Die von Boltanski und Chiapello (2006) entdeckte Welt des netzwerkförmigen Kapitalismus etwa, stellt einen Kompromiss aus der Kritik der ‚Welt der Inspiration‘ an der ‚Welt der Industrie‘ und ihren hierarchischen, das Individuum und seine Kreativität vernachlässigenden Formen der Arbeitsorganisation dar. Die aus dieser Künstlerkritik am wohlfahrtsstaatlichen Industriekapitalismus hervorgegangene Rechtfertigungsordnung organisiert die Arbeit in temporären Projekten, in denen flexible und kontaktreiche Individuen sich verwirklichen. Der Bewertungsmaßstab der Planbarkeit des Industriekapitalismus ordnet sich in dieser Kompromisswelt der Maxime der Ungebundenheit eines neuen Projektkapitalismus unter.

Das Beispiel der netzwerkförmigen Welt verweist damit auf die Produktivität des Wechselspiels aus Kritik und Rechtfertigung. Die Kritik wird zum „Motor für Veränderungen“ (Boltanski/Chiapello 2006: 68).²⁶ Was Boltanski und Chiapello für den „Geist des Kapitalismus“ konstatieren, bestätigen auch die bisherigen Schilderungen der Einwilligung (vgl. Kap. 2.2). Sie scheint ihre Stärke gerade daraus zu ziehen, „ihr ursprünglich äußerliche, ja feindliche Ideen [zu] inkorporieren“ (Boltanski/Chiapello 2006: 59). Hierzu zählen z.B. die gesetzesartige Festschreibung bestimmter Einwilligungsklauseln oder die Schaffung des Koppelungsverbots (vgl. Kap. 2.2.3), aber auch – wie sich später noch zeigen wird – einige überraschendere Wendungen wie das Umdeuten des Freiwilligkeitsproblems in ein Transparenzproblem (vgl. Kap. 6.2).

Um die nun eingeführten Rechtfertigungsordnungen verstehen und anwenden zu können, lohnt es sich das bisher Gesagte noch einmal anhand der drei zentralen Begriffe der Rechtfertigungssoziologie zu synthetisieren (Diaz-Bone/Thévenot 2010: 3). Der Abschnitt begann mit dem Begriff des *Gemeinwohls*. Dieser verweist auf die inhärente

²⁶ Über die konstitutive Wirkung von Kritik und Rechtfertigung theoretisiert die Rechtfertigungssoziologie damit auch die Frage des diskursiven Wandels, die besonders in poststrukturalistischen Arbeiten einen hohen Stellenwert genießt (Münch 2016: 67).

Normativität der Rechtfertigungswelten. Diese Normativität ist in allen Welten kollektiv zu verstehen. Auch die Welt der Inspiration (des Künstlers) oder des Marktes, die individuelle Entfaltung wertschätzen, verstehen sich als gemeinwohlorientiert. Was als dem Gemeinwohl dienend und damit wertvoll gilt, unterscheidet sich je nach Rechtfertigungsordnung, weshalb Diaz-Bone statt von Rechtfertigungsordnungen auch von „Qualitätskonventionen“ spricht (vgl. Diaz-Bone 2015a: 139). Den Sprechern ist es somit möglich unter Rückgriff auf Rechtfertigungsordnungen als übergeordnete Prinzipien zu begründen, warum etwas mehr oder weniger wert ist. Rechtfertigungsordnungen sind also immer auch Bewertungsmaßstäbe. Sie statten die Menschen mit einem Gerechtigkeitsbewusstsein – einem „kritischen Sinn“ – aus (Diaz-Bone/Thévenot 2010: 3). Wenn also gefordert wird, die Einwilligung solle eher einen Tauschvertrag zur Veräußerung der eigenen Daten gegen eine Leistung darstellen, heißt das, die Einwilligung soll einer Form gleichkommen, die dem hohen Gut der Würde des Einzelnen und seiner Interessenverfolgung besser gerecht wird.²⁷ Zugleich werden Formen der Einwilligung, die dem Leitbild des Vertrages widersprechen, aus dieser Perspektive kritisierbar.

Hieran schließt zweitens der Begriff der *Qualifikation* an. Dieser meint, dass Personen oder Dinge in den Rechtfertigungswelten erst ‚ausgestattet‘ werden, d.h. erst eine Bedeutung und einen Platz innerhalb der Welten zugewiesen bekommen (Diaz-Bone 2015a: 137). Der Einwilligende etwa ist aus Sicht der Datenschutzbehörden ein ‚Betroffener‘, während er für Internetunternehmen ein ‚Kunde‘ ist und aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts wiederum einen ‚Bürger‘ und ‚Grundrechtsträger‘ darstellt (vgl. Kap. 6). Diese Unterschiede sind nicht allein rhetorischer Natur, sondern haben handfeste praktische Konsequenzen für das Für und Wider sowie die Ausgestaltung der Einwilligung. Deutlich wird das auch am Beispiel des „Neuen Geistes des Kapitalismus“ (Boltanski/Chiapello 2006). Die projektförmige Organisation der Arbeit ist keine rhetorische Figur, sondern Wirklichkeit geworden. Der Terminus ‚Qualifikation‘ meint damit, dass die Rechtfertigungsordnungen nicht nur evaluativ, sondern konstitutiv wirken, also Folgen für die bewerteten Personen, Gegenstände und Sachverhalte haben.

Das zeigt sich spätestens anhand des dritten Zentralbegriffs, der *Prüfung* (Diaz-Bone/Thévenot 2010: 3). Jede Welt hält spezifische Prüfverfahren bereit, mit denen Personen, Dinge und Sachverhalte auf ihre Übereinstimmung mit ihrem jeweiligen Gemeinwohlprinzip geprüft werden können. Kritik und Rechtfertigung erfolgen damit nicht freihändig, sondern unterliegen „verbindlichen Strukturen“ (Boltanski/Chiapello 2006: 66). Das schließt allerdings nicht aus, dass auch die Durchführung der Prüfung

²⁷ Dieses Beispiel ist lediglich als Illustration zu verstehen. Die von mir später herausgearbeitete ‚Welt des Datenmarktes‘ geht über die idealtypische Welt des Marktes von Boltanski und Thévenot hinaus.

selbst zum Gegenstand von Kontroversen wird (vgl. Boltanski/Thévenot 2007: 292): Werden hier die richtigen Dinge miteinander verglichen? Wurde richtig gewichtet?

Besonders in Prüfungssituationen offenbart sich schließlich die Bedeutung der *Objektwelt*. Objekte sind hier im weiten Sinne zu verstehen und umfassen neben der offensichtlich materiellen Umwelt auch ‚social technologies‘ (Thévenot in Knoll 2012: 76), d.h. eigentlich immaterielle „Formen“, wie die oben erwähnten statistischen Kategorien. Entscheidend ist jedoch nicht, ob die Dinge nun materiell sind oder nicht, da sie zumeist ohnehin als Hybride auftreten.²⁸ Ein Beispiel hierfür ist die Einwilligungserklärung, hinter der zum einen abstrakte formale und inhaltliche Prinzipien (Wirksamkeitsvoraussetzungen) stecken. Zum anderen haben Einwilligungserklärungen aber auch eine konkrete, materielle Seite. Sie können in einer bestimmten Art und Weise dargestellt werden und enthalten Schaltflächen und Checkboxes, mit denen der Nutzer interagieren kann. Welche Aspekte des Hybriden ‚Einwilligungserklärung‘ bedeutsam sind, hängt schließlich auch von den jeweiligen Welten ab.

Entscheidend ist, dass Objekte in ihren jeweiligen Welten die „Last der Verhaltenskoordinierung“ (Boltanski/Thévenot 2007: 33) erleichtern. Die zur *Prüfung* erforderliche „Beweisführung [...] macht es nämlich erforderlich, dass man auf Mittel zurückgreift, die schon Gegenstand einer Verallgemeinerung gewesen sind“ (Boltanski/Thévenot 2007: 28). Das Volkszählungsurteil und die auf ihm aufbauende Rechtsprechung und Kommentarliteratur stellen in diesem Sinne ein Paradebeispiel zur Beweisführung über den Grundrechtscharakter der Einwilligung dar. Das Beispiel macht auch klar, dass zur Rechtfertigung benötigtes Wissen darüber, was ‚richtig‘ ist, nicht allein bei den Subjekten liegt, sondern von Objekten getragen wird (vgl. Boltanski/Thévenot 2007: 185). Sie werden *in-formiert* (Diaz-Bone 2015a: 90). Wie diese Formulierung zeigt, fällt die Rechtfertigungssoziologie hier keinem Technikdeterminismus anheim. Sie verweist auf Konstruktionsprozesse, aus denen Objekte hervorgehen *können*, die sich dann über längere Zeit als tragfähig für bestimmte Rechtfertigungsordnungen erweisen (Boltanski/Thévenot 2007: 34). Die Rechtfertigungstheorie versteht Objekte also als *Dispositive*, d.h. „materielle und ideelle Infrastrukturen“ zur Diskursproduktion (Keller 2011: 68; vgl. auch Diaz-Bone 2015a: 110 Fn. 147). Mit dem ‚Diskurs‘ ist der zentrale Begriff des nächsten Abschnitts bereits genannt.

Zuvor möchte ich jedoch noch einmal die Rolle der Rechtfertigungstheorie für mein Vorhaben verdeutlichen. Ich gehe davon aus, dass die Einwilligung im Datenschutz innerhalb bestimmter Rechtfertigungsordnungen ausgehandelt wird, die das zur Instrumentenproduktion notwendige Wissen beinhalten und organisieren (vgl. Kap. 3.2).

²⁸ In diesem Blick auf Objekte und den damit verbundenen Begrifflichkeiten zeigen sich die Anleihen der Rechtfertigungssoziologie bei der Akteur-Netzwerk-Theorie (vgl. Diaz-Bone 2015a: 339).

Konkret besteht dieses Wissen aus einem jeweils angenommenen Zusammenhang aus Gemeinwohlprinzip, bestimmter als ‚groß‘ geltender Subjekte und Objekte sowie Prüfverfahren. Wie der Begriff der Prüfung zeigt, hat dieses Wissen einen evaluativen und zugleich konstitutiven Charakter. Es erlaubt Dinge zu kritisieren und zu rechtfertigen und sie in der Folge den Erfordernissen der Rechtfertigungswelten anzupassen. Die Rechtfertigungssoziologie konkretisiert damit, was ich im dritten Kapitel als *Eingebundenheit* politischer Instrumente in ‚technologische Regime‘, d.h. ein bestimmtes Instrumentenwissen, bezeichnet habe.

Ich nehme also an, dass die Einwilligung ‚konventionell‘ produziert und abgestützt wird. Die Antwort auf Fragen wie ‚Was soll die Einwilligung überhaupt leisten?‘, ‚Warum profitiert der Datenschutz von ihr?‘ und ‚Woran erkennt man das?‘ sind das Ergebnis von Konflikten, in denen verschiedene Rechtfertigungsordnungen präsent sind. In meiner Untersuchung möchte ich deshalb herausfinden, auf welche Rechtfertigungswelten sich die Einwilligungsdebatte stützt und welche Kritiken, Rechtfertigungen und Kompromisse hieraus entstehen. Dabei möchte ich mich nicht auf die Identifikation bestehender Rechtfertigungsordnungen beschränken, sondern betrachte den Ansatz – mit seiner Grammatik aus übergeordnetem Gemeinwohlprinzip, Subjekten, stützenden Objekten sowie Prüfverfahren – als Heuristik zur Identifikation eigener Rechtfertigungsordnungen (vgl. Hanrieder 2016: 398). Für dieses Vorhaben bietet es sich an, die Rechtfertigungsordnungen an eine Form der Diskursanalyse zu vermitteln.

4.3 Die Rechtfertigungssoziologie als Grundlage einer Diskursanalyse

Die Rechtfertigungsordnungen mit dem ohnehin schwierigen Sammelbegriff ‚Diskurs‘ zusammenzubringen, ist voraussetzungsreich. Die Primärwerke der Rechtfertigungssoziologie treffen keine ‚expliziten und systematischen‘ Aussagen zum Diskursbegriff (Diaz-Bone 2015a: 356). Die Schwierigkeit einer diskurstheoretischen Rückbindung der Rechtfertigungsordnungen besteht zudem in ihrem bewusst unentschlossenen methodologischen Standpunkt zwischen interaktionistischen Annahmen auf der einen und strukturalistischen Anleihen auf der anderen Seite (Diaz-Bone 2015a: 321, 356). Bevor ich weitere Sekundärliteratur zur Frage der diskurstheoretischen Vermittlung der Rechtfertigungssoziologie zu Rate ziehe, lohnt es sich trotzdem noch einmal, nach theorieimmanenten Hinweisen auf ihr Diskursverständnis zu suchen.

Zunächst betonen Boltanski und Thévenot, dass Rechtfertigungen keine nachträglichen *Legitimationen* für bereits vollendete Tatsachen sind. Sie sind im wahrsten Sinne des Wortes weltenbildend, denn sie füllen das Soziale erst mit Sinn und bieten damit den

Ausgangspunkt für soziales Handeln (Boltanski/Thévenot 2007: 61). Rechtfertigungen sind also keine Ideologien, die wahre Interessen zu verschleiern suchen, sondern wirken strukturierend. Denn zum einen verinnerlichen die Sprecher die normativen Prinzipien der Welten. Das zeigt sich nicht nur in der Kritik und Rechtfertigung, die sie gegenüber anderen vorbringen, sondern auch in Formen der Selbstkritik und der Selbstzensur. Zum anderen treten ihnen die Normen der Rechtfertigungswelten durch Objekte und Prüfungen auch in vergegenständlichter und sanktionierender Form gegenüber (Boltanski/Chiapello 2006: 66). Es macht folglich nicht nur einen sprachlichen, sondern einen konzeptionellen Unterschied von der ‚Rechtfertigung‘ statt der ‚Legitimation‘ der Einwilligung zu sprechen. Beim Rechtfertigen wird die Einwilligung nicht nur evaluiert, sondern auch konstituiert. Legitimation *rahmt* dagegen nur das fertige Produkt. Konventionen bzw. Rechtfertigungsordnungen meinen damit mehr als *Frames* im Sinne kognitiver Deutungsrahmen zur Einordnung von Sachverhalten (Diaz-Bone 2015a: 21; vgl. auch Hanrieder 2016: 395).

Die Kontrastfolie des Framing-Begriffs verweist zudem auf die Frage der *Intentionalität* von Kritik und Rechtfertigung. Auch wenn die Rechtfertigungssoziologie in dieser Frage ambivalent bleibt, so lässt sich mit Verweis auf das eben vorgetragene Argument der strukturierenden Wirkung von Rechtfertigungsordnungen allzu intentionalen Lesarten derselben eine Absage erteilen. Der Freiheit bei der Kritik und Rechtfertigung ist durch das praktische Rechtfertigungswissen der Sprecher Grenzen gesetzt. Was ‚gerecht‘ oder wertvoll ist, steht nicht universalistisch außerhalb der Welten der Sprecher, sondern ergibt sich aus deren gelebter, materiell abgestützter und daher für sie ‚richtigen‘ Praxis (Boltanski/Thévenot 2007: 28). Diese praxeologische Lesart wird gestützt durch Boltanskis und Thévenots beinahe im Wortlaut an Bourdieu erinnernde Formulierung, nach der die Rechtfertigungswelten unterschiedliche Varianten eines „Sinnes für das Richtige oder Passende“ beinhalten (2007: 31). Jedoch, und hier liegt der Unterschied zu Bourdieu, existieren eben für die Sprecher mehrere als ‚richtig‘ denkbare Varianten der Kritik und Rechtfertigung, die miteinander austariert werden müssen. Auch wenn dieser Konflikt nicht im Vorhinein entschieden ist, so suggerieren die Rechtfertigungsordnungen doch zumindest seine starke Vorstrukturierung durch die vorhandenen Repertoires der Kritik, Rechtfertigungen und Prüfungen.

Ein Diskursbegriff, der mit dieser Absage an Legitimation und Intention kompatibel erscheint, ist Diaz-Bones „spätstrukturalistisches“ Verständnis²⁹ von Rechtfertigungsordnungen als „Tiefenstrukturen in Diskursen“, die die Grundlage einer *diskursiven Praxis* bilden (Diaz-Bone 2006: 71, 73, 81, 2015a: 356):

²⁹ Ein alternatives Verständnis ist eine interaktionstheoretische Lesart der Rechtfertigungsordnungen, wie sie Lisa Knoll (2012) anlegt. Sie interpretiert die Rechtfertigungsordnungen als eine „Mikrofundierung des Neoinstitutionalismus“ (kritisch hierzu: Grüttner 2013).

„Die diskursive Praxis ist die anonyme, d. h. überindividuelle Praxis, die in einem Feld die Begriffe mit Bedeutung füllt, die Objekte bezeichnet, diese damit erst sozial wahrnehmbar macht. Und noch mehr: die diskursive Praxis stellt die Beziehungen zwischen so genannten Begriffen und so genannten Objekten her, sie formiert die Diskurselemente [...], sie gibt die Weise der Aussageformen vor und richtet die Denkperspektiven, die Strategien – Foucault spricht von den „thematischen Wahlen“ in einem Feld – ein.“ (Diaz-Bone 2006: 73)

Der Begriff der diskursiven Praxis hat mehrere Implikationen, die die Anwendung der Rechtfertigungssoziologie erkenntnistheoretisch passend („holistisch“³⁰) konkretisieren. Zum einen impliziert Praxis die Idee von gleichzeitiger Struktur und Strukturierung (Diaz-Bone 2006: 74). Die Äußerungen der Sprecher sind durch die Rechtfertigungswelten *strukturiert*, können aber selber in ihrer Verdichtung zu Aussagen wieder *strukturierende* Wirkung entfalten (vgl. Kerchner 2006: 160). Das verdeutlicht das im vorherigen Unterkapitel eingeführte Motiv der Produktivität von Kritik und Rechtfertigung, die sich zu wirkmächtigen Kompromissen entwickeln können.

Auf drei andere Implikationen des Begriffs der diskursiven *Praxis*, die in Diaz-Bones Definition bereits anklingen, weist vor allem die Praxissoziologie hin. Hierzu gehört erstens die *Nicht-Intentionalität*: Praktiken erscheinen ihren Handlungsträgern prä-reflexiv (vgl. Diaz-Bone 2006: 73; Schmidt 2012: 26). Die Einwilligung mit bestimmten Konventionen zu rechtfertigen und zu kritisieren, wird damit für die Sprecher selbstverständlich und stellt für sie keine Wahl³¹ dar. Eine zweite Implikation des Praxisbegriffs bezeichne ich als *Intelligibilität*: Neben dem scheinbar natürlichen Sinn dafür, das Richtige zu Sagen, beinhaltet eine soziale oder diskursive Praxis auch die Fähigkeit, andere Praktiken verstehen, einordnen und auf sie reagieren zu können (vgl. Reckwitz 2000: 178; Schmidt 2012: 45). Kritik und Rechtfertigung an der Einwilligung muss also als solche erkannt, eingeordnet und evaluiert werden können, was wiederum durch den Rückgriff auf Rechtfertigungswelten gewährleistet wird.

Drittens und zusammenfassend verweist der Begriff der diskursiven Praxis auf ein *Hintergrundwissen*, das sich weder dem Forscher noch den einzelnen Sprechern in manifes-

³⁰ Vgl. den Begriff des methodologischen Holismus, der im Kern die erkenntnistheoretische bzw. methodologische Passung von Theorie und Methode beschreibt (Diaz-Bone 2006: 77).

³¹ Die Überspitzung ‚keine Wahl‘ meint keineswegs, dass Sprecher keine diskursiven Strategien verfolgen würden, sondern vielmehr, dass der Raum dieser Strategien vorgeprägt ist. Je nach Schwerpunkt der Diskursanalyse können diese Strategien oder, wie in meiner Untersuchung, die Rekonstruktion ihres Möglichkeitsraums im Vordergrund stehen. Beide Perspektiven müssen nicht zwangsläufig inkompatibel sein (sind es jedoch aufgrund unterschiedlicher erkenntnistheoretischer Prämissen häufig), sondern setzen unterschiedliche Akzente (vgl. skeptischer Kerchner 2006: 159; optimistischer Lynggaard 2012: 94).

ter Form offenbart (vgl. Reckwitz 2000: 177). Auch die Rechtfertigungsordnungen stellen praxistheoretisch gesehen ein Hintergrundwissen dar, das nicht als solches expliziert, aber von den Sprechern unbewusst *benutzt* wird (vgl. Hanrieder 2016: 400). Es geht also, um auf die Einwilligung zurückzukommen, weniger um das manifeste Wissen über die Einwilligung, wie es in Aufsätzen und Gesetzeskommentaren steht. Entscheidend sind viel mehr die Regeln der Herstellung und Anwendung dieses Wissens. Diese ergeben sich aus den konventionellen Maßstäben seiner Einordnung und Bewertung, kurz: seiner Einbindung in bestimmte Rechtfertigungswelten. Im Fall der Rechtfertigungssoziologie kann man dieses Hintergrundwissen deshalb konkreter als *Bewertungs- und Evaluationswissen* bezeichnen. Eine diskursanalytische Perspektive auf die Einwilligung gibt dann, um ein Beispiel zu nennen, die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung (informiert, bestimmt, frei) und ihre Interpretation nicht einfach wieder, wie ich das im zweiten Kapitel getan habe (vgl. Kap. 2.2.3). Sie könnte jedoch aufzeigen, dass die Bewertung und Fortentwicklung der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung von einem für die Tätigkeit der Datenschutzpraktiker charakteristischen Motiv zeugt, die Einwilligung durch immer genauere Vorschriften zu ‚verbessern‘ (vgl. Kap. 6.2). Wie dieses Beispiel verdeutlicht, beruht auch und gerade ‚Expertenwissen‘, in meinem Fall das von Datenschutzjuristen, auf einem impliziten Hintergrundwissen, das die Diskursanalyse zu rekonstruieren sucht.

Aus diesen theoretischen Implikationen des Begriffs der diskursiven Praxis ergeben sich wiederum Anforderungen für die konkrete Durchführung einer *Diskursanalyse*. Dreyfus und Rabinow haben hierfür den Begriff der ‚interpretativen Analytik‘ geprägt (1994: 151).³² Die *interpretative Analytik* reflektiert, dass diskursive Praktiken nicht einfach ‚positiv‘ *analysiert* werden können, sondern es sich dabei um einen *interpretativen Prozess* handelt. Interpretieren meint hier jedoch nicht nur die (wichtige) Einsicht, nach der jede Aussage des Forschers über das ihm vorliegende Material immer schon eine Interpretation darstellt (vgl. Kap. 5.1). Interpretieren bedeutet im Kontext der interpretativen Analytik viel mehr das Entdecken von Regeln, die die vorliegenden Äußerungen erst ermöglicht haben (Dreyfus/Rabinow 1994: 154; Diaz-Bone 2010: 189; Truschkat 2013: 72). In Abgrenzung von einer Hermeneutik, die zu den Intentionen der ‚Alltagsakteure‘ vordringen will, spricht Diaz-Bone von der interpretativen Analytik als einer ‚Hermeneutik zweiter Ordnung‘ (Diaz-Bone 2006: 75, 76), die ‚Sinn‘ als einen in sich kohärenten Verweisungszusammenhang von zu Aussagen erwachsenen Äußerungen betrachtet.

³² Dreyfus und Rabinow überschreiben mit dem Begriff der ‚interpretativen Analytik‘ ihr Vorhaben, eine methodologische Konkretisierung des Foucaultschen Verständnis diskursiver Praxis zu leisten, wie es sich ihrer Meinung nach vor allem in den Werken *nach* der *Archäologie des Wissens* abzeichnet (Dreyfus/Rabinow 1994: 131).

Übertragen auf die Rechtfertigungssoziologie heißt das: Die vorliegenden Äußerungen selbst sind noch keine manifesten Rechtfertigungsordnungen, sondern lassen sich als deren Spuren lesen, aus denen sich erst Rechtfertigungsordnungen, verstanden als überindividuelles Hintergrundwissen, rekonstruieren lassen. Die interpretative Analytik zielt also weder auf eine „Übereinstimmung mit den den Akteuren gemeinsamen Alltagsbedeutungen“, noch auf die „Enthüllung“ der „wirklichen“ Bedeutung ihrer Praktiken (Dreyfus/Rabinow 1994: 154). Stattdessen entsteht eine „pragmatisch orientierte Lektüre der Kohärenz der gesellschaftlichen Praktiken“ (Dreyfus/Rabinow 1994: 154) oder, wie Reckwitz es griffiger formuliert, eine „informative Neubeschreibung von Praktiken“ (2000: 184).

Diese Formulierungen zeugen bereits vom analytischen Spannungsverhältnis aus Nähe und Distanz, in das sich eine Diskursanalyse in der Tradition der interpretativen Analytik begibt (vgl. Diaz-Bone 2006: 76; Truschkat 2013: 72). Zur Analyse des Materials bedarf es eines gewissen Vorverständnisses des Gegenstandes und der Auseinandersetzung mit seinen Alltagskonzepten, ohne diese jedoch zu übernehmen und bloß wieder aufzuschreiben. Notwendig ist mit anderen Worten ein *epistemologischer Bruch* (vgl. Diaz-Bone 2006: 76), sowohl bei der Analyse als auch in der späteren Darstellung der Ergebnisse. Hierbei hilft – und an dieser Stelle schließt sich der Kreis – die Theorie der Rechtfertigungsordnungen. Als „Vortheorie“ (Diaz-Bone 2010: 193) der Diskursanalyse liefert sie mit den Rechtfertigungswelten und ihrer Rechtfertigungsgrammatik aus Gemeinwohlprinzip, Subjekten, Objekten und Prüfung eine Vorlage, um das Material zunächst aufzubrechen und später neu zu erzählen (vgl. detailliert dazu Kap. 5). Ein solches diskursanalytisches Vorgehen ist sich damit der „Narrativität“ (Gottweis 2003: 129) von Politik in einem doppelten Sinne bewusst. Es versteht ihre alltäglichen Konzepte als Narrationen, mit denen es zu brechen gilt, um wiederum neue Erzählungen zu schaffen.

In diesem Abschnitt habe ich die Rechtfertigungssoziologie an eine praxistheoretische Lesart der Diskursanalyse vermittelt. Aufgefasst als *diskursive Praxis* stellen die Rechtfertigungsordnungen ein theoretisch unterstelltes, kollektives *Evaluationswissen* dar, das – in meinem Fall – den Konflikt um die Einwilligung strukturiert. Das Ziel meiner Diskursanalyse ist somit die Rekonstruktion dieser Bewertungs- und Evaluationspraktiken sowie ihrer Folgen für die Einwilligung. Dieses Vorhaben impliziert einen epistemologischen Bruch, der sich von den alltäglichen Annahmen über das Für und Wider der Einwilligung und den damit assoziierten Interessen und Autorenschaften löst. Im Fall der Einwilligung besteht die Herausforderung des epistemologischen Bruchs vor allem darin, mit der Erzählung der juristischen Erzählung der Einwilligung, wie ich sie im zweiten Kapitel wiedergegeben habe, zu brechen. Diesen Prozess anzuleiten und

zudem das Verhältnis von Rechtfertigungsordnungen und Recht zu klären, beabsichtigt das folgende Unterkapitel.

4.4 Die Rechtfertigungsordnungen und das Recht

Bevor ich zum eigentlichen Verhältnis von Rechtfertigungsordnungen und Recht komme, bedarf es der Offenlegung zweier Prämissen, die mich gewissermaßen erst zu dieser Frage führen.

Eine *erste Prämisse* meiner Arbeit besteht darin, dass dem zur Instrumentenproduktion notwendigen fachlichen Wissen eine entscheidende Bedeutung zukommt. Diese Prämisse ist vor allem meinem konzeptionellen Zugang über die STS-inspirierte Instrumentenforschung geschuldet, die traditionell ein Augenmerk auf die Rolle von Wissenschaft und Expertise legt (vgl. Kap. 3.2). Aber auch der Rechtfertigungssoziologie liegt die Auseinandersetzung mit ‚Expertenwissen‘ nicht fern. So stützt sie sich zur Rekonstruktion ihrer Rechtfertigungswelten auf Ratgeberliteratur, etwa zur Unternehmensführung (Boltanski/Thévenot 2007: 206; Boltanski/Chiapello 2006: 91). Die Rechtfertigungssoziologie beobachtet also streng genommen nicht die „alltägliche Praxis [z.B.; B.B.] der Unternehmensführung“ (Schmidt-Wellenburg 2013: 463), sondern deren Reflektion und Anleitung. Auch die von mir zur Analyse avisierten Debatten um die Einwilligung lassen sich, wenn auch nicht als Ratgeberliteratur, als eine überwiegend juristische Reflektion der Einwilligung mit einem durchaus praktischen Interventionsanspruch verstehen. Beiträge in Fachzeitschriften wie *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)* behandeln „neben rechtlichen, organisatorischen und technischen Aspekten“ auch „rechtspolitische Fragestellungen“ und benennen als Adressaten neben der „Forschung“ auch „Unternehmen“, „Politik“ und „Behörden“³³.

Der Interventionsanspruch wird nicht zuletzt bei einem Blick auf die maßgeblichen Autoren der Einwilligungsdebatte deutlich. Diese kommen nicht nur aus der Rechtswissenschaft, der behördlichen Aufsichtspraxis, unternehmerischen Datenschutzberatung oder arbeiten als Richter oder Anwälte. Sie wechseln zwischen diesen Positionen auch hin und her. Ein Beispiel dafür sind die zu den Granden des deutschen Datenschutzes zählenden Juristen Spiros Simitis und Hans Peter Bull. Simitis blickt nicht nur auf eine rechtswissenschaftliche akademische Karriere zurück, sondern war auch hessischer Datenschutzbeauftragter.³⁴ Auch Bull ist ebenfalls emeritierter Juraprofessor sowie ehemaliger Bundesdatenschutzbeauftragter und früherer Innenminister des Landes Schleswig-Holstein. Darüber hinaus agieren diese als Datenschutzexperten geltenden Rechtswis-

³³ Vgl. <https://www.springerprofessional.de/datenschutz-und-datensicherheit-dud/7466274>; 05.04.2017.

³⁴ Vgl. zu Simitis https://www.datenschutz-wiki.de/Spiros_Simitis. Zu Bull vgl. <https://www.jura.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/personenverzeichnis/bull-hans-peter.html> 05.04.2017.

senschaftler auch als Gutachter und Sachverständige (vgl. Roßnagel et al. 2001). Über diese und weitere anekdotische Evidenz im Ergebnisteil hinaus, begründe ich den unmittelbaren politischen Einfluss der Einwilligungsfachdebatte in dieser Arbeit nicht weiter. Hierzu bedarf es u.a. eines systematischen Abgleichs der von mir untersuchten Fachdebatte mit korrespondierenden Gesetzgebungsverfahren, der im Rahmen dieser Arbeit nicht zu leisten ist.

Die *zweite Prämisse* dieser Arbeit ist mit der ersten eng verknüpft. Sie besteht in der Annahme eines abgrenzbaren Produktionsortes des von mir als ‚technisch‘ bezeichneten Wissens über die Einwilligung. Eine, je nach theoretischer Provenienz auch anders ausfallende, Bezeichnung für einen solchen Produktionsort wäre das ‚Feld der Einwilligung‘ oder das ‚Feld des Datenschutzes‘. Diese Bezeichnung impliziert einen „relativ autonomen sozialen Mikrokosmos“, dessen Mitglieder sich gemeinsam und nach bestimmten Regeln, im Kampf um feldspezifische Profite befinden (Bourdieu/Wacquant 1996: 127). Den Nachweis eines solchen Feldes des Datenschutzes bzw. der Einwilligung kann ich im Rahmen dieser Arbeit nicht erbringen. Nicht nur ist der empirische Aufwand zu groß. Auch theoretisch ist die Verknüpfung einer feldtheoretischen Perspektive mit rechtfertigungssoziologischen und diskurstheoretischen Elementen voraussetzungsreich (vgl. Diaz-Bone 2012; Schmidt-Wellenburg 2013, 2015).

Ad hoc lässt sich jedoch durchaus plausibel argumentieren, dass ein solches Feld existiert. Bennett spricht auf transnationaler Ebene, wenn auch nicht von einem Feld im Sinne der Feldtheorie, von einem „privacy advocacy network“ bzw. einer „policy community“ mit eigenen Regeln, Konflikten sowie Denk- und Organisationsformen (Bennett 2008: xii, xiii). Das trifft auch auf den Datenschutz in Deutschland zu, der im Mittelpunkt meiner Arbeit steht. Es existieren gemeinsame Konferenzen (z.B. der jährliche *Datenschutzkongress*³⁵), Zusammenschlüsse wie die *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder*, Publikationsorgane wie die *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)* oder die erwähnte *Zeitschrift für Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*. Man blickt auf gemeinsame Debatten (z.B. SCHUFA-Klauseln) zurück und es lassen sich sogar konstitutive Konflikte, exemplifiziert durch Auseinandersetzungen zwischen gewichtigen Stimmen wie zwischen Bull und Simitis, ausmachen (vgl. Bull 2006).

Diese anekdotischen Vorkenntnisse des Datenschutzes in Deutschland sind für mein Vorhaben jedoch aus erkenntnistheoretischer Sicht nicht entscheidend. Meine Perspektive bleibt eine diskurs- und keine feldanalytische. Aus diskursanalytischer Sicht ist es ausreichend, dass sich bei der Durchsicht des Analysematerials ein kohärentes Aussagensystem rekonstruieren lässt. Ein gewisser Abstand von ad hoc angenommenen Positio-

³⁵ Vgl. <http://www.euroforum.de/datenschutz-kongress/>; 05.04.2017.

nen und Interessen im Datenschutz ist – im Gegenteil – Teil des epistemologischen Bruchs, den die Diskursanalyse fordert.³⁶ Es geht gerade nicht um bestimmte Autoren, sondern um die Repertoires der Kritik und Rechtfertigung, auf die sie zurückgreifen und die ihre Position erst konstituieren. Diese können und sollen von den gemeinhin angenommenen Interessen und Intentionen abweichen. Forschungspraktisch bedarf es zur Durchführung der Diskursanalyse dennoch einer Materialauswahl, die ein gewisses Vorwissen bedingt und damit auch bestimmte Setzungen mit sich bringt (vgl. Kap. 5.3).

Das Kernproblem jedoch, auf das beide der nun explizierten Prämissen (1. Fokus auf Fachwissen und 2. abgrenzbarer Ort der Wissensproduktion) verweisen, ist die Analyse juristischer Debatten. Wie bereits das zweite Kapitel gezeigt hat und die kurzen Skizzen in diesem Abschnitt bekräftigen, ist die deutsche Auseinandersetzung über die Einwilligung im Datenschutz stark juristisch geprägt.³⁷ Die Einwilligung als politisches Instrument erscheint deshalb auf den ersten Blick eingebettet in das, was man alltagssprachlich ‚juristische Expertise‘ nennen würde. Die Antwort auf meine Frage nach der Rechtfertigung der Einwilligung wäre damit durch die bloße Wiedergabe der juristischen Debatte, d.h. mit dem zweiten Kapitel, bereits gegeben. Die Rechtfertigungssoziologie hilft dabei, mit dieser vorschnellen Zuschreibung zu brechen und sie analytisch zu differenzieren.

Das geschieht nicht nur auf der zuvor skizzierten methodologischen Ebene der Kritik und Rechtfertigung als diskursive Praxis. Darüber hinaus verfügt die Rechtfertigungssoziologie, bzw. die größere Bewegung der Konventionenökonomie, über eine eigene Tradition der Auseinandersetzung mit dem Recht als *Analysegegenstand* (vgl. Diaz-Bone 2015a: Kap. 8, 2015b). Sie fragt zum einen danach, wie das geschriebene Recht in der Praxis Wirkung entfalten kann und zum anderen, wie das Recht sich als Profession etabliert und gewandelt hat (Diaz-Bone 2015a: 246). Für mein Vorhaben ist vor allem die erste Frage, also die danach, wie das Recht durch seine Handhabung erst zum Funktionieren gebracht wird, relevant. Die Rechtfertigungssoziologie schließt damit u.a. an die rechtssoziologischen Betrachtungen Bourdieus (1987) an. Ein entscheidendes Argument Bourdieus, das die Rechtfertigungssoziologie vertieft, ist die Interpretationsbedürftigkeit und die daraus resultierende innere Konflikthaftigkeit des Rechts (Bourdieu 1987: 817; Diaz-Bone 2015a: 247). Damit zusammenhängend betont Bourdieu ebenso wie die Rechtfertigungssoziologie, dass es kein manifestes (geschriebenes), sondern ein implizites Wissen ist, welches das Recht erst sinnvoll macht und am Ende auch über seine Ausübung entscheidet (Terdiman in Bourdieu 1987: 807). Vor dem Hintergrund

³⁶ Einen solchen epistemologischen Bruch erfordert natürlich auch eine kohärente Feldanalyse (vgl. Bernhard/Schmidt-Wellenburg 2012: 46).

³⁷ Bennett suggeriert, dass die starke juristische Prägung vor allem ein Phänomen des europäischen Konzepts des Datenschutzes ist (2008).

des von mir angelegten Diskursbegriffs, handelt es sich bei diesem Wissen um eine diskursive Praxis. Die Rechtfertigungssoziologie verweist damit auf die „Diskursivität des Rechts“ (Diaz-Bone 2015a: 289). Schließlich weist Bourdieu daraufhin, dass das Recht seine Stärke aus dem Ineinandergreifen einer moralischen und einer positivistischen wissenschaftlichen Logik zieht (Bourdieu 1987: 818). Auch die Rechtfertigungsordnungen vereinen Moral, im Sinne eines Bewertungsstandards (vgl. Hanrieder 2016: 398), und seine positive Prüfung miteinander.

Aus der Perspektive der Rechtfertigungssoziologie ist das formale, geschriebene Recht unbestimmt und damit selbst rechtfertigungsbedürftig.³⁸ Zur praktischen Anwendung muss es in Konventionen eingebettet werden, die wiederum rechtliche *und* „außerrechtliche“ Bewertungsmaßstäbe, Formen und Verfahren bereithalten (vgl. Diaz-Bone 2015b: 119). Damit ist also zum einen, die zunächst wenig überraschende Einsicht gemeint, dass das Recht selbst auf einer Vielzahl juristischer Figuren beruht. Diese stehen für bestimmte Formen, deren kontingente Hervorbringung unsichtbar geworden ist. Die ‚Arbeit‘, die in sie investiert wurde, hat sie in-formiert bzw. zu *Dispositiven* gemacht, die nicht weiter erklärungsbedürftig sind (Diaz-Bone 2015a: 272, 2015b: 119). Ein Beispiel hierfür ist die Stützung der Einwilligung auf das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ (vgl. Kap. 6.1).

Der aus Sicht der Rechtfertigungssoziologie weitaus häufigere Fall ist jedoch der Rückgriff des Rechts auf nicht juristische Maßstäbe und Objekte. Um Sachverhalte überhaupt mit dem Recht in Verbindung bringen zu können, müssen sie *qualifiziert* werden, „so dass danach der juristische Diskurs von ‚Tatbeständen‘ und ‚Fakten‘ sprechen kann, die vorher noch unbestimmt waren“ (Diaz-Bone 2015a: 252). Hierbei handelt es sich gewissermaßen um den Prozess der Schaffung der rechtlichen Dispositive aus dem Absatz zuvor. Bezogen auf die Einwilligung zeigt sich das etwa in der Qualifizierung des Tatbestandes der Freiwilligkeit, der durch Rückgriffe auf verschiedene und untereinander widersprüchliche Verfahren geschaffen wird, z.B. der Marktmacht des Datenverarbeiters, aber auch der Länge von Einwilligungserklärungen.

Aus Sicht der Rechtfertigungssoziologie kommt dem juristischen Wissen um die Einwilligung damit nicht per se Wirkmächtigkeit zu. Es muss konventionalisiert werden. Die rechtfertigungssoziologische Perspektive entzieht sich damit auch einer bereichsspezifischen Vorstellungsweise des Sozialen, nach der Recht, Wissenschaft, Ökonomie und Politik sich trennen lassen (vgl. Diaz-Bone 2015b: 244). Das gilt damit auch für die Einwilligung: Sie ist dann nicht mehr bloß eine juristische Figur. Allerdings externali-

³⁸ Selbst in der angenommenen staatsbürgerlichen Welt Boltanskis und Thévenots, in der das Recht als Beweis dienen kann (2007: 263), ist es erstens von der Akzeptanz der Konvention der staatsbürgerlichen Welt neben anderen abhängig und zweitens auch innerhalb der staatsbürgerlichen Welt als Beweis (be)streitbar.

siert die Rechtfertigungssoziologie das Recht nicht vollständig, sondern behält ein Auge auf seine Eigenmächtigkeit (Diaz-Bone 2015a: 289). Dies geschieht vor allem durch die Identifikation von rechtlichen *Formen* bzw. Dispositiven, die selbst als Stütze von Rechtfertigungswelten dienen können.

Die Rechtfertigungsordnungen sind damit als strukturierende und strukturierte diskursive Praktiken, die auch dem Recht als implizites Wissen zugrunde liegen, eingeführt. Das nächste Kapitel übersetzt diese Überlegungen mithilfe der *Grounded Theory* in ein methodisches Vorgehen.

5 Methodisches Vorgehen und Materialauswahl

Im Folgenden behandle ich die handwerklichen Fragen meiner Untersuchung, d.h. kurzgefasst: *Welches* Material soll *wie* analysiert werden? Hierzu bediene ich mich der Verfahrensvorschläge der *Grounded Theory* (Strauss/Corbin 1996), ohne jedoch deren theoretische Prämissen zu übernehmen. Im Folgenden plausibilisiere ich, warum ich diesen Rückgriff für methodologisch zulässig halte. Danach adaptiere ich die Verfahrensvorschläge der GT für mein Vorhaben und schildere ihre Anwendung. Dieses Kapitel ist damit zugleich eine knappe Einführung in die GT *und* ein Forschungsbericht meines Vorgehens.

5.1 Zur Passung von Grounded Theory und Diskursanalyse

Nach Strauss und Corbins einschlägiger³⁹ Definition ist die *Grounded Theory* (GT) „eine gegenstandsverankerte Theorie, die induktiv aus der Untersuchung des Phänomens abgeleitet wird, welches sie abbildet“ (1996: 7). Instruktiv ist auch Strübing Verortung der GT als einen „Forschungsstil zur Erarbeitung von in empirischen Daten gegründeten Theorien“ (2014: 10). Mein diskursanalytisches Vorhaben, eigene Rechtfertigungsordnungen der Einwilligung zu rekonstruieren, verstehe ich in diesem Sinne als Konstruktion gegenstandsbezogener Theorien der Einwilligung. Strübing Begriff eines „Forschungsstils“ trifft auf mein Vorhaben auch insofern zu, als dass es mir um den handwerklichen Teil, d.h. die „methodischen Implikationen“ (Truschkat 2013: 82) der GT und nicht um den Anschluss an ihre akteurszentriert-interaktionistische Theorietradition geht. Ein solcher Methodeneklektizismus ist nicht unumstritten, sowohl auf Seiten der strukturalistischen Diskursanalytiker (vgl. Angermüller 2007: 100) als auch bei den Vertretern einer ganzheitlich verstandenen *Grounded Theory* (vgl. Strübing 2014: 2).

Ein starkes forschungspraktisches Argument für die methodische Verbindung von GT und Diskursanalyse machen Diaz-Bone (2010: 197) und Schmidt-Wellenburg (2013: 456) im Rahmen ihrer fruchtbaren und dabei erkenntnistheoretisch durchaus reflektierten Untersuchungen. Wissenschaftstheoretisch problematisiert Truschkat (2013) die Verbindung einer Diskursanalyse im Stile der interpretativen Analytik und der GT. Truschkat stellt in ihrem Vergleich die unterschiedlichen Theorietraditionen der GT und der interpretativen Analytik heraus, konstatiert jedoch zugleich, dass beide „hinsichtlich der methodischen Implikationen große Nähen aufweisen“ (2013: 82).

³⁹ ‚Einschlägig‘ meint hier viel zitiert, denn die Lesart von Strauss und Corbin stellt nur *eine* prominente Variante der methodologisch uneinigen *Grounded Theory* da (vgl. Strübing 2014: 4).

Diese bestehen im für die interpretative Analytik bereits angesprochenen (vgl. Kap. 4.3) *Spannungsverhältnis* einer notwendigen (Vor)kenntnis des Analysegegenstandes – die GT nennt das *theoretische Sensibilität* (Strauss/Corbin 1996: 25) – und der gleichermaßen wichtigen Einsicht, dass die Analyse eben auch eines epistemologischen Bruchs mit dieser Vorkenntnis bedarf (Truschkat 2013: 78). Die zweite große Gemeinsamkeit, die Truschkat hervorhebt, ist der *iterativ-zyklische Forschungsprozess*, der vor allem die *Materialauswahl* prägt (2013: 78). Das bedeutet, der Materialkorpus steht nicht von vornherein fest, sondern wird analysegeleitet sukzessive erweitert. Ausgehend von einem ersten Materialzugang über theoretisch sensibilisiertes Vorwissen, erfolgt die weitere Materialauswahl angeleitet durch die ersten Interpretationshypothesen. Hierbei soll nicht nur solches Material hinzugezogen werden, dass diese Interpretationen potentiell bestätigt, sondern auch solches, das in der Lage ist, sie zu irritieren. In der Terminologie der GT heißt dieser Prozess *theoretisches Sampling* (Strauss/Corbin 1996: 148).

Das Prinzip des irritierenden Vergleichs leitet zudem die *Materialauswertung* an. Truschkat betrachtet diese Strategie, bewusst auch verfremdende Interpretationen an das Material anzulegen, als dritten Berührungspunkt zwischen GT und interpretativer Analytik (2013: 80). Eine letzte Gemeinsamkeit, die bei Truschkat nur implizit bleibt, ist die geteilte Einsicht, nach der jede Befassung mit empirischem Material immer schon ein interpretativer Prozess ist, der etwas Neues hervorbringt (vgl. Strübing 2014: 10). Eine „zusammenfassende Inhaltsanalyse“, bei der „ohne Verzerrungen durch Vorannahmen des Forschers“ (Mayring 2010: 84) eine Wiedergabe des Materials auf einem lediglich höheren Abstraktionsniveau erfolgt, halten weder die GT (vgl. Strübing 2014: 5) noch die interpretative Analytik (vgl. Kap. 4.3) für möglich.

Was die GT von der interpretativen Analytik abhebt, ist, dass sie die geschilderten methodischen Implikationen mit „konkreten Techniken, die die interpretative Analytik des Textkorpus anleiten bzw. organisieren helfen können“ verbindet (Diaz-Bone 2010: 197). Das bedeutet jedoch nicht, dass sie eine Anleitung darstellt (Strübing 2014: 79), der nur schrittweise zu folgen wäre. Sie liefert vielmehr *Verfahrensvorschläge*, die dabei helfen Forschungsmaterial systematisch und gezielt verfremdend zu interpretieren. Die Verfahrensvorschläge der GT sorgen damit für die notwendige „methodische Strenge“ (Strauss/Corbin 1996: 29), die notwendig ist, um vorschnelle Alltags- oder Fachwissen bloß reproduzierende Interpretationen zu vermeiden und den epistemologischen Bruch somit auch konkret am Material zu vollziehen.

Die vorgebrachten Gemeinsamkeiten zwischen GT und interpretativer Analytik rechtfertigen meine folgende Anknüpfung an die Verfahrensvorschläge der GT nicht vollends. Gerade Truschkat weist auf die – trotz der beschriebenen Gemeinsamkeiten – vorhandenen Passungsschwierigkeiten zwischen beiden Methodologien hin (2013: 82).

Trotzdem sollte zumindest plausibel geworden sein, warum eine Anknüpfung an die Verfahrensvorschläge der GT für eine Diskursanalyse im Stile der interpretativen Analytik methodisch sinnvoll erscheint. Und schließlich akzentuiert gerade die GT, dass sich ihre Anwendung nicht in ihrer getreuen Befolgung erschöpft. Gelungene Grounded Theory zeichnet sich viel mehr durch ihre begründete Adaption für das jeweilige Forschungsvorhaben aus (vgl. Breuer 2010: 40; Strübing 2014: 92). Auf methodologischer Ebene habe ich das in diesem Abschnitt vorbereitet. Die methodisch-handwerkliche Adaption erfolgt in den nächsten beiden Abschnitten. Ich beginne mit der knappen Darstellung des Kodierprozesses und erläutere danach mein theoretisches Sampling.⁴⁰

5.2 Vom offenen Kodieren zur Rechtfertigungsordnung

Was die GT unter *Kodieren* versteht, unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht von gängigen Kodierbegriffen in der qualitativen Forschung. Zum einen geht es nicht um die Anwendung eines feststehenden Kategoriensystems auf das vorliegende Material wie bei der Mayringschen Inhaltsanalyse (vgl. Breuer 2010: 70). Zum anderen fassen Codes das Material auch nicht bloß beschreibend zusammen.

Kodieren in der GT meint einen interpretativen Prozess, der mit ersten *Codes* als „Abstraktions- und Benennungsideen von Phänomenbeschreibungen“ (Breuer 2010: 74) beginnt. Diese werden dann in der weiteren Auseinandersetzung mit den Daten verdichtet und zueinander in Bezug gesetzt. Am Ende stehen in sich geschlossene Erklärungsmodelle, die namensgebenden ‚Theorien‘, die dem Material aus einer neuen Perspektive Sinn abgerungen haben (vgl. Breuer 2010: 70). In der Sprache der GT formuliert, entstehen aus der Zusammenfassung, Sortierung und Weiterentwicklung von Codes im Laufe des Interpretationsprozesses allgemeinere *Kategorien* (vgl. Strübing 2014: 17 Fn. 7). Kategorien gleicher Tragweite werden schließlich horizontal miteinander vernetzt (vgl. Breuer 2010: 76). Diesen Ablauf spiegeln die drei Phasen des Kodierprozesses wider: (1) das offene Kodieren, (2) das axiale Kodieren und (3) das selektive Kodieren.

Beim *offenen Kodieren* nähert sich der Forscher dem Material durch möglichst kleinteilige (wort- oder satzweise) Durchsicht an (Strauss/Corbin 1996: 53). Dieser – das Material bewusst verfremdende und disziplinierende – Prozess des „Aufbrechens“ (Strauss/Corbin 1996: 45) wird unterstützt durch drei Techniken. Zunächst einmal geht es darum, durch das Kodieren erste Assoziationen zu entwickeln und festzuhalten. Das Ziel der *Assoziationenbildung* ist die bewusste Vermehrung von Interpretationen und

⁴⁰ Diese chronologisch gewissermaßen umgekehrte Darstellung des Forschungsprozesses ist dem Erzählfluss der Arbeit geschuldet, da die Materialauswahl wieder tiefer in die Substanz der Einwilligung, und damit direkt zu den Ergebnissen, führt. Zudem beschreiben Materialauswahl und Kodierprozess in der GT ohnehin einen Zirkel, der mit der Vorstellung einer chronologischen Analyse bricht.

nicht ihre frühzeitige Einengung (Breuer 2010: 80). Ein weiteres Hilfsmittel beim offenen Kodieren sind *generative (W-)Fragen*, die die Entdeckung von Zusammenhängen im Material anregen sollen (Breuer 2010: 81). Folgt man den GT-Lehrbüchern, kristallisieren sich hierbei bereits allgemeinere *Kategorien* heraus, um die sich Zusammenhänge verdichten, und die damit zu belastbareren Begriffen werden (vgl. Breuer 2010: 74). Entscheidende W-Fragen sind für mich vor allem *Wer* und *Was*. Im Sinne der Rechtfertigungsordnungen zielen diese nämlich darauf, ein „Verzeichnis der Subjekte“ und ein „Verzeichnis der Objekte und ihrer Arrangements“ (Boltanski/Thévenot 2007: 198) zu erstellen. Die minutiöse Arbeit der Auflistung der Subjekte und besonders der Objekte (verstanden in einem weiten Sinne, vgl. Kap. 4.2) hilft, bewusst mit dem Argumentationsgang des untersuchten Textes zu brechen und den Blick gerade auch für die nicht-juristischen Bestandteile der Welten zu öffnen. Beim Kodieren wurde ich so z.B. auf die jeweiligen Darstellungen der Datenverarbeitungsverfahren und ihre zeitliche Verortung (,technischer Fortschritt‘) aufmerksam. Ich ziehe die Rechtfertigungstheorie damit nicht erst in der späteren Phase des Kodierens als Kodierparadigma hinzu, wie es für den Einsatz von „Vortheorien“ (Diaz-Bone 2010: 200) in der GT sonst üblich ist (s.u.).

Beim *Dimensionalisieren* als dritter Technik des offenen Kodierens geht es darum, herauszufinden, was Dimensionen, d.h. „Merkmalsausprägungen“ von Kategorien sind (Strübing 2014: 23). Beim Dimensionalisieren entsteht Ober- und Unterordnung, indem sich der Interpret klarmacht, was überhaupt selbstständige Kategorien sind und welche Ausprägungen sie besitzen. Die Kategorien und ihre Dimensionen sollen sich dabei vor allem aus der vergleichenden Betrachtung der Daten ergeben (Strübing 2014: 24). Auf diesem Wege entstehen nach und nach die Grundpfeiler eines „konzeptuellen Raums“, der im nächsten Schritt des axialen Kodierens geordnet wird (Breuer 2010: 84). Der entscheidende Erkenntnisgewinn beim Dimensionalisieren war für mich die beim Ordnen zwangsläufig erfolgende Gewichtung der Subjekte und Objekte. Es zeigte sich etwa, dass der Aspekt der Abgrenzung von Datenschutz- und Medienrecht nur in einem Text (Peifer 2009) vorkam und damit nicht konstitutiv für die Einwilligungsdebatte im Ganzen sein konnte.

Beim *axialen Kodieren* werden „durch das Erstellen von Verbindungen zwischen Kategorien die Daten nach dem offenen Kodieren auf eine neue Art zusammengesetzt“ (Strauss/Corbin 1996: 75). Hierzu bedient sich die GT „apriorischer Strukturierungsvorgaben“ (Breuer 2010: 88), d.h. Heuristiken, die eine Ordnung der Kategorien unter bestimmten Gesichtspunkten anleiten. Am prominentesten ist hierbei das sogenannte *Kodierparadigma*, ein Set von Fragen nach Ursachen, Kontext, Konsequenzen usw. (vgl. Strübing 2014: 25). Das Kodierparadigma ist jedoch nur *eine* mögliche Rekon-

struktionslogik, wie Breuer betont.⁴¹ Er regt deshalb zur Suche nach anderen „Rekonstruktionslogiken“ an (Breuer 2010: 87). Für mein Vorhaben liegt es nah, hierzu auf die *Rechtfertigungsgrammatik* nach Boltanski und Thévenot zurückzugreifen. Sie stellt ein „Analyseraster“ (Boltanski/Thévenot 2007: 196) dar, mittels dessen sich Kategorien, in meinem Fall die gefundenen Subjekte und Objekte, zueinander in Beziehung bringen lassen. Angelehnt an die Rechtfertigungsgrammatik (Boltanski/Thévenot 2007: 196, vgl. Kap. 4.2) sieht meine Rekonstruktionslogik daher wie folgt aus:

- *Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip*: Was ist das „charakteristische Koordinationsprinzip“ (Boltanski/Thévenot 2007: 197) der jeweiligen Rechtfertigungsordnung? Damit verbunden ist die Frage: Was ist *groß* und wertvoll und was wiederum *klein* und erfährt deshalb Geringeschätzung?
- Welche *Subjekte* sind wichtig und in welchen *Beziehungen* stehen sie zueinander?
- Welche *Objekte, Formen und Arrangements* spielen eine Rolle für die Subjekte? Für mein Vorhaben ist es dabei wichtig, zu fragen, auf welche rechtlichen und außerrechtlichen Dispositive sich die Welten berufen.
- Wie wird *Richtigkeit* geprüft? D.h. welche Subjekt-Objekt-Konstellationen formen die *Prüfung*, das *Urteil* und die stützende *Evidenz*?
- *Innere Konflikte*: Wo verlaufen die Bruchlinien innerhalb der Rechtfertigungswelten?

In der Sprache der Rechtfertigungssoziologie formuliert, werden die Subjekte und Objekte in dieser Kodierphase also in Rechtfertigungsordnungen bzw. Welten eingebettet. Die mithilfe der Kodierheuristik (d.h. der Rechtfertigungsgrammatik) hergestellten Verbindungen zwischen Kategorien (d.h. Subjekten und Objekten) werden zunächst hypothetisch angenommen und dann am Material geprüft. Am Ende des axialen Kodierens stehen dann im besten Fall mehrere plausible Ausfüllungen der Rechtfertigungsgrammatik, also Rechtfertigungsordnungen, die sich am Material bewährt haben (vgl. Strübing 2014: 18).

Folglich geht es beim axialen Kodieren vor allem darum, die gesammelten Subjekte und Objekte theoriegeleitet zueinander in Bezug zu setzen. Hierbei halfen mir vor allem *Signalwörter* in Gestalt eher abstrakter Begriffe oder wertender Adjektive. Sie waren mir beim offenen Kodieren immer wieder aufgefallen, ließen sich aber nicht einfach in das Inventar der Subjekte und Objekte eingliedern. Ein Beispiel für einen solch abstrakten Begriff ist die ‚Wirklichkeit‘ (vgl. Bull 2006: 1618; Bräutigam 2012: 635), die die Einwilligung doch abbilden sollte und die auf die anzuerkennende Realität der ökonomi-

⁴¹ Breuer verweist dabei auf die Kontroversen zum Kodierparadigma zwischen den GT-Begründern Glaser und Strauss (2010: 87).

schen Verwertung personenbezogener Daten in der von mir so bezeichneten ‚Welt des Datenmarktes‘ hinweist. Adjektive wie ‚ausdrücklich‘, ‚wirksam‘ und ‚effektiv‘ charakterisieren dagegen die ‚Welt der Datenschutzpraxis‘. Generell geben Adjektive häufig wertvolle Hinweise darauf, was in den jeweiligen Welten als ‚groß‘ oder ‚klein‘ und damit auch als übergeordnetes Gemeinwohlprinzip gelten könnte (Boltanski/Thévenot 2007: 197). Zum Ordnen der Welten erwies es sich darüber hinaus als nützlich, dass die Texte selbst stark von *Abgrenzungen* und Bezugnahmen auf andere Äußerungen geprägt waren. Das bestätigt nicht bloß die Rechtfertigungssoziologie in ihrer Betonung von Kritik und Rechtfertigung. Beim Kodieren stellte sich heraus, dass kritische Bezugnahmen auf andere Rechtfertigungsordnungen eben diese Rechtfertigungsordnungen durch Überzeichnung oftmals besonders treffend charakterisieren. Ein Beispiel hierfür ist Bulls (2006) Kritik am Paternalismus der Einwilligungsgegner in der ‚Welt der Kommunikation‘ und der ‚Welt der Datenschutzpraxis‘.

In der dritten Phase, dem *selektiven Kodieren*, zielt die GT auf die Zuspitzung und Verengung auf eine oder wenige Kernkategorien (vgl. Breuer 2010: 92) – in meinem Fall Rechtfertigungsordnungen. Besonders relevant ist die mit diesem Schritt verbundene Reduktion und Verdichtung sowie die Entwicklung eines „roten Fadens“ (Breuer 2010: 92) innerhalb und zwischen den gefundenen Rechtfertigungsordnungen. Spätestens hier geht es also darum, die Rechtfertigungsordnungen nicht nur als mit Codes und Kategorien auszufüllende Raster zu verstehen, sondern in sich geschlossene Narrationen zu entwickeln, die sich später dann als solche aufschreiben lassen (Boltanski/Thévenot 2007: 220, vgl. auch Kap. 6). Auch das selektive Kodieren erfolgt nicht freihändig, sondern immer am Material.

Eine wichtige Rolle beim selektiven Kodieren spielt die Sampling-Regel des *minimalen und maximalen Vergleichs* (Strübing 2014: 31). Die Passform und Trennschärfe der Kategorien zeigt sich demnach gerade erst an abweichenden Daten. In meinem Fall schärften sich im Vergleich mit den anderen von mir angenommenen Welten und unter Hinzunahme weiterer Texte nicht nur die Rechtfertigungswelten an sich. Es schälte sich auch ihr Verhältnis untereinander heraus. Eine zentrale Frage dabei war schließlich, ob Überschneidungen (in meinem Fall vor allem zwischen der ‚Welt des Datenmarktes‘ und der ‚Welt der Datenschutzpraxis‘) die Revision und eventuelle Zusammenlegung von Rechtfertigungswelten erfordern oder viel mehr Ausdruck eines sich abbildenden *Kompromisses* zwischen diesen Welten sind. Entscheidend hierzu war der Vergleich entlang der zeitlichen Dimension. Kompromissen muss per Definition ein Streit zwischen Welten *vorausgehen*. Für die von mir so benannte ‚Kompromisswelt des Nutzers‘ lässt sich das belegen (vgl. Kap. 6.4).

Die nun dargestellten und vor mir selektiv adaptieren Kodierschritte der GT gehen nicht nur ineinander über, sondern sollen auch zyklisch erfolgen. Eine wichtige Hilfe bei diesem Prozess sind *Memos*, die den Forschungsprozess begleiten. In ihnen werden Interpretationsideen zu den Daten von Anfang an festgehalten und mit Textstellen belegt (vgl. Strübing 2014: 33). Mithilfe der *Memos* soll nicht nur die Interpretation, sondern auch die Theoretisierung von Beginn an erfolgen. Die *Memos* heben damit die starre Trennung in explorative und modellbildende Analyseschritte auf. Bezogen auf meinen Kodierprozess drängten sich bereits früh Ideen für Rechtfertigungswelten auf – vor allem beim Sammeln der Subjekte und Objekte. Als ungleich schwieriger erwies sich das Herausarbeiten der konkreten Bewertungs- und Prüfmaßstäbe, also die Benennung des jeweiligen Gemeinwohlprinzips, der Prüfung, des Urteils und seiner Evidenz. Hierzu war oft ein Schritt zurück zur gewichtenden Dimensionalisierung der Objekte und Subjekte notwendig. Gleichzeitig half aber auch der Schritt vorwärts zum Vergleich mit anderen hypothetischen Rechtfertigungswelten (selektives Kodieren). Als Sonderform des *Memos* diente mir hierzu eine Tabelle mit einer Nebeneinanderstellung der angenommenen Rechtfertigungsordnungen. Diese Tabelle bildete auch die Vorstufe der zusammenhängenden Darstellung der Rechtfertigungswelten. Für die jeweiligen Welten aufgetrennte und stark verknappte Versionen dieser Tabelle finden sich auch in der Präsentation der Rechtfertigungsordnungen im nächsten Kapitel.

5.3 Materialauswahl und theoretisches Sampling

Am Beginn der Materialauswahl und damit auch des Kodierprozesses steht die *theoretische Sensibilisierung*, also das im Vorhinein durch Fach- und Alltagswissen erlangte „Bewusstsein für die Feinheiten in der Bedeutung von Daten“ (Strauss/Corbin 1996: 25), das sich im Verlauf der Auseinandersetzung mit dem Material vertieft. Mein Vorwissen, und damit auch die Materialauswahl, ist vor allem geprägt durch die intensive Aufarbeitung der gebräuchlichen juristischen Sicht auf die Einwilligung, wie ich sie im zweiten Kapitel geschildert habe. Nicht zu verschweigen ist in diesem Zusammenhang auch mein über die Jahre gewachsenes politisches Interesse und Engagement für das Thema Datenschutz.⁴² Daneben ist die Materialauswahl abhängig von der konzeptionellen Anlage meiner Arbeit mit ihrem spezifischen Fokus auf die deutschsprachige datenschutzrechtliche Fachdebatte und dem zeitlich/gegenständlichen Akzent auf die Einwilligung im Internet.

Das Ziel der *ersten Materialauswahl* war es vor allem, populäre Texte zur Einwilligung im Datenschutz zu berücksichtigen, von denen angenommen werden kann, dass sie für

⁴² Vgl. <https://netzpolitik.org/author/benjamin/>; 05.04.2017.

die Herausbildung des einwilligungsspezifischen Wissens eine wichtige Rolle spielen (vgl. das Vorgehen bei Schmidt-Wellenburg 2013: 465). Dies geschah durch die systematische Durchsicht der Verweise in der für das zweite Kapitel referenzierten Überblicksliteratur (vor allem Simitis 2011b; aber auch Rogosch 2013; Hermstrüwer 2015). Um keinem Zitierzirkel aufzusitzen, auch neueste Publikationen zu berücksichtigen und schließlich einen Überblick über den Gesamtbestand an Literatur zur Einwilligung zu bekommen, erfolgte zudem eine systematische Datenbanksuche nach jenen Texten, in denen sowohl das Wort „Einwilligung“ als auch „Datenschutz“ enthalten ist. Dieses Selektionskriterium schloss jene (zahlreichen) Texte aus, die sich mit der Einwilligung im Medizin- und Strafrecht befassen. Das Auslassen dieser Diskursstränge widerspricht dem Prinzip des maximalen Vergleichs, wie ihn die GT fordert, ist aber angesichts der bereits im Datenschutz zahlreichen Literatur zur Einwilligung eine forschungspraktisch notwendige Einschränkung. Die Datenbankrecherche zeigt einen merkbareren Anstieg der Texte zur datenschutzrechtlichen Einwilligung mit Ende der 1990er-Jahre und eine nochmalige Zunahme der Beiträge ab 2010. Eine erste Durchsicht der Texte ergab, dass diese überwiegend die Einwilligung im Internet thematisieren. Das lässt den vorsichtigen Schluss zu, dass die Bedeutung der Einwilligung bzw. ihre Rechtfertigungsbedürftigkeit mit dem beginnenden Internetzeitalter zugenommen hat.

In den vorläufigen Textkorpus aufgenommen habe ich dann schließlich nur jene Texte aus der Zitations- und Datenbankrecherche, die keine Monografien waren, also vor allem Zeitschriftenartikel oder Sammelbandbeiträge. Dies hat den forschungspraktischen Grund, dass die beschriebene zeitaufwändige Kodierweise für Monografien schlichtweg nicht praktikabel ist.⁴³ Im vorläufigen Textkorpus befanden sich damit 9 Texte für die 1970er-Jahre, 9 Texte für die 1980er-Jahre, 13 für die 1990er-Jahre, 27 für die 2000er-Jahre und 34 Texte für die 2010er-Jahre bis heute. Forschungspraktisch sah ich mich aufgrund dieser Materialmenge abermals gezwungen, den Textkorpus einzugrenzen. Aussortiert wurden nun jene Texte, die nicht zumindest das Internet erwähnen. Damit blieb 1 Text aus 1999, 17 Beiträge aus den 2000er-Jahren und 20 Texte aus den 2010er-Jahren übrig. Der überwiegende Teil davon stammt aus genuin juristischen Zeitschriften⁴⁴ oder Datenschutzfachzeitschriften⁴⁵. Auch die Beiträge in den Datenschutzfachzeitschriften argumentieren fast ausschließlich juristisch oder berufen sich zumindest umfassend auf juristische Formen wie das Bundesdatenschutzgesetz oder die informatio-

⁴³ Eine Ausnahme war die Aufnahme des monografielangen *Gutachtens zur Modernisierung des Datenschutzrechts* (Roßnagel et al. 2001) in den Textkorpus. Es spielt eine derart zentrale Rolle in der Einwilligungsdebatte, dass ich es zumindest selektiv (d.h. die Passagen zur Einwilligung) kodiert habe.

⁴⁴ Im Korpus vertreten sind Texte aus *Archiv für die civilistische Praxis*, *Der Staat*, *JuristenZeitung (JZ)*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*.

⁴⁵ Hierzu zählen *Computer und Recht*, *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, *MultiMedia und Recht (MMR)* und *Recht der Datenverarbeitung (RdV)*.

nelle Selbstbestimmung.⁴⁶ Diese bilden den breiteren Textkorpus, aus dem ich mich für die Interpretation bediente.

Die beschriebene Vorfestlegung des Textkorpus widerspricht auf den ersten Blick der GT-Grundsätze des theoretischen Samplings und des maximalen Vergleichs. Jedoch erachte ich den Textkorpus als immer noch derart breit, dass er über genügend Vergleichsmöglichkeiten und Varianz zulässt. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die zusammengestellten Texte die Begriffe „Datenschutz“, „Einwilligung“ und „Internet“ nur *erwähnen* und nicht zwangsläufig zusammenhängend ausführen müssen. Das führt vor allem dazu, dass die Texte eine Spannbreite aufweisen zwischen jenen Beiträgen, die die Einwilligung zentral behandeln (z.B. Schaar 2001; Menzel 2008; Buchner 2010) und solchen – oft viel zitierten – Texten, die sich eher grundsätzlich zum Datenschutz äußern und die Einwilligung dabei nur streifen (etwa Ladeur 2000; Bull 2006; Bäcker 2012). Zudem erlaubt die vorgenommene Eingrenzung trotzdem einen, wenn auch kleinen, intertemporalen Vergleich, nämlich zwischen der Debatte über die Einwilligung im aufkommenden (massenhaften und kommerziellen) Internetzeitalter zur Jahrtausendwende und der Einwilligungsdebatte der 2010er-Jahre, die neu hinzugekommene Internetphänomene wie soziale Netzwerke behandelt (vgl. Kap. 6.2). Auch wenn sie aus Sicht des theoretischen Samplings diskussionswürdig ist, verspricht die auch am Material vorgenommene Fokussierung auf das Internet schließlich reichhaltigere Aussagen zu meiner Forschungsfrage⁴⁷. Ungeachtet methodischer Stimmigkeit, liegt der substantielle Nachteil dieser Einschränkung auf der Hand: Ein Vergleich der heutigen Einwilligungsdebatte mit dem Prä-Internetzeitalter bleibt außen vor (vgl. Kap. 7.4).

Das *offene Kodieren* begann ich zunächst mit einigen frühen Texten der Jahrtausendwende, die die Einwilligung explizit behandeln (Weichert 2000; Schaar 2001; von Mutius 2004). Von hieraus entfaltete sich das eigentliche *theoretische Sampling*, d.h. ich arbeite mich nach einem Schneeballprinzip durch den Textkorpus. Ich kodierte also im Sinne eines maximalen substantiellen Vergleichs im nächsten Schritt eher Grundsatztexte zum Datenschutz. Danach bewegte ich mich auf der zeitlichen Achse (in Richtung 2010er-Jahre vorwärts). Nach diesen weiten Umrissen wählte ich nun Texte nach dem Prinzip des minimalen Vergleichs zur Kodierung aus. Das Vergleichskriterium ergab sich jetzt allerdings aus den ersten Ideen für potentielle Rechtfertigungswelten, die ich mit diesen minimalen Vergleichen verdichtete und abgrenzte. Diese ersten Entwürfe für Rechtfertigungswelten kontrastierte ich dann wiederum substantiell und zeit-

⁴⁶ Eine nennenswerte Ausnahme bildet ein neuerer, explizit verhaltensökonomisch argumentierender Text (Arnold et al. 2015).

⁴⁷ Wie lässt sich die Beharrungskraft der Einwilligung als zentrales Instrument des Datenschutzes im Internet erklären? (vgl. Kap. 1).

lich maximal miteinander. Das Vorauswahlkriterium der ‚Grundsatztexte zum Datenschutz‘ gegenüber Texten ‚speziell zur Einwilligung‘ verwischte damit zusehends, da die einzelnen Texte inzwischen für mehrere Rechtfertigungsordnungen standen. Aus der hier eingenommenen diskursanalytischen Perspektive, die sich „zunächst ganz positivistisch“ für Texte statt für Akteure und Interessen interessiert, ist das kein Manko, sondern Ausdruck methodischer Kohärenz (Kerchner 2006: 159). Das theoretische Sampling im Zusammenspiel mit den Kodierverfahren hat damit geholfen, den diskursanalytischen Bruch mit der ersten Sicht auf Texte als kohärente und ganzheitliche Aussagen bzw. Positionierungen zu vollziehen. Die Dokumente wurden stattdessen zu Ansammlungen heterogener *Äußerungen*, die sich zu *Aussagen* in Form von Rechtfertigungsordnungen verdichten ließen (Kerchner 2006: 159).

Das skizzierte vergleichende Hinzuziehen von immer weiterem Material führte schließlich zu etwa 8 feinkodierten Texten, ca. 10 weiteren immer noch offen, aber nicht mehr derart kleinteilig analysierten Texten und noch einmal etwa 10 selektiv kodierten Beiträgen.⁴⁸ Hiernach ließ sich plausibel behaupten, dass „keine theoretisch relevanten Ähnlichkeiten und Unterschiede mehr im Datenmaterial entdeckt werden können“, womit das *Sampling* beendet und ein Zustand „theoretischer Sättigung“ erreicht war (Kelle/Kluge 2010: 49; vgl. auch Strübing 2014: 32). Wie bereits beim Kodieren erwähnt, war das kein linearer Prozess. Gerade die Hypothese einer ‚Kompromisswelt des Nutzers‘, macht es nötig in einigen Texten noch einmal genauer das Inventar der Objekte und Subjekte zu prüfen und ggf. nachzukodieren. Zur Verwaltung des Textmaterials als auch zur Unterstützung des zyklischen Kodierprozesses hat sich die Benutzung der Software *MAXQDA* bewährt. Besonders die – wenn auch nicht repräsentative – Auskunft über die Quantität der vergebenen Codes half mir, deren Dimensionalisierung und Gewichtung zumindest abzuschätzen.

Das nun offengelegte Vorgehen entlang der Verfahrensvorschläge der Grounded Theory erwies sich nicht nur durch seine Verfahrensdisziplin, sondern auch durch seine strenge Materialorientierung als maßgeblich für den avisierten Bruch mit der juristischen Lesart der Einwilligungsdebatte. Besonders das kleinteilige, wort- und satzweise Vorgehen beim offenen Kodieren war hierfür entscheidend (und kostete erwartbar auch am meisten Zeit). In der Zusammenschau erscheinen mir die mit ihrer Hilfe erreichten Resultate als das stärkste Argument für diese handwerkliche Lesart der *Grounded Theory*. Damit liegt der Fokus auf der nun folgenden Darstellung der Ergebnisse.

⁴⁸ Auf eine Auflistung der kodierten Texte im Anhang der Arbeit verzichte ich, da ich in der Ergebnisdarstellung jeden kodierten Text mindestens einmal zitiere und diese daher ohnehin im Literaturverzeichnis erscheinen.

6 Ergebnisse: Die Einwilligung im Wandel von Kritik und Rechtfertigung

Meine Rekonstruktion der Einwilligungsdebatte bringt drei Rechtfertigungswelten zutage, die ich als (1) *Welt der Kommunikation*, (2) *Welt der Datenschutzpraxis* und (3) *Welt des Datenmarktes* bezeichne. Zwischen den beiden Letztgenannten zeichne ich darüber hinaus einen Kompromiss in Form der (4) *Welt des Nutzers* nach.

Die folgende Präsentation dieser Rechtfertigungswelten ist angelehnt an die Darstellungsweise, die auch Boltanski und Thévenot für ihre Rechtfertigungsordnungen wählen. Sie ist als bewusst konstruierte Narration zu verstehen, bei der „der Leser einen direkten Einblick in die Welt und ihre Bauart bekommen soll.“ Sie verzichtet daher „auf jede kritische Distanz und muss zwangsläufig den Eindruck völliger Selbstverständlichkeit und Redundanz hinterlassen“ (Boltanski/Thévenot 2007: 220).⁴⁹ Die Welten werden so nah wie möglich entlang der Einwilligung präsentiert. Je nach Beschaffenheit der Welten ist dafür mehr oder weniger Kontext vonnöten. Zur Darstellung greife ich auf *alle* kodierten Texte zurück, vor allem aber auf jene, deren Formulierungen sich beim Kodieren als besonders typische Marker herausgestellt haben. Wie erwähnt, vereinen viele Texte oft mehrere Rechtfertigungsordnungen, etwa das *Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts* (Roßnagel et al. 2001).

Schließlich beziehen sich die Texte zum Teil selbst auf sozialwissenschaftliche Debatten über die Zukunft des Regierens, wie den *Gewährleistungsstaat* (vgl. Trute et al. 2007: 243) in der Welt der Kommunikation oder das verhaltensökonomische *nudging* (vgl. Strassheim/Korinek 2016: 109) in der Welt des Nutzers. Der Übersichtlichkeit und Klarheit wegen verzichte ich in der Darstellung der Welten auf Literaturverweise zu diesen Begriffen, die über den kodierten Textkorpus hinausgehen. Bei der Einordnung der Ergebnisse im siebten Kapitel komme ich auf diese Konzepte und ihren Bezug zur Instrumentenfrage noch einmal zurück.

⁴⁹ Auf die indirekte Rede verzichte ich in diesem Kapitel deshalb abermals. Lediglich die gegenseitige Kritik, die die Welten aneinander üben, hebe ich durch indirekte Rede hervor.

6.1 Die Einwilligung in der Welt der Kommunikation

Tabelle 2: Die Welt der Kommunikation

Grammatik	Ausprägung
<i>Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip</i>	Kommunikationsfähigkeit
<i>Was groß ist</i>	Selbstbestimmung durch Kommunikation kontroverser gesellschaftlicher Austausch neues Wissen und Ideen
<i>Was klein ist</i>	Schweigen, Zensur, Einseitigkeit von Debatten
<i>Subjekte</i>	Staat: Verfassungsstaat, Gewährleistungsstaat, Kommunikations- zusammenhang Bürger (der Einzelne) Unternehmen (Private) Verfassungsgericht
<i>Beziehungen zwischen den Subjekten</i>	vom Staat vermittelt: tri-polares Rechtsverhältnis zwischen Staat, Bürger und Unternehmen
<i>Objekte und Formen</i>	neue Formen der Datenanalyse (strukturentdeckende Verfahren) menschliche Urteilskraft Informationelle Selbstbestimmung als Kommunikationsgrund- recht Verfassungsrechtliche Argumentation
<i>Prüfung</i>	Bestehen in der öffentlichen Debatte
<i>Urteil</i>	Verfassungsgerichtsurteil, Aufsatz
<i>Evidenz</i>	öffentliche Nachvollziehbarkeit
<i>Innerer Konflikt</i>	ex ante kontrollierte Datenströme vs. ex post Regulierung von Datenverarbeitung
<i>Folgen für die Einwilligung</i>	kontroverse Richtungsdebatten (Ob statt Wie der Einwilligung)

Die erste Rechtfertigungsordnung bezeichne ich als ‚Welt der Kommunikation‘. Im Zeitraum von der Jahrtausendwende bis heute ist sie die stabilste eigenständige Rechtfertigungsordnung – wenn auch nicht die populärste.

Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip: Kommunikationsfähigkeit

Das übergeordnete Prinzip, das diese Welt zusammenhält, ist die Fähigkeit zur Kommunikation, verstanden als Austausch von Daten, Informationen und Wissen. In dieser Welt werden die Menschen und Dinge danach bewertet, inwiefern sie zur gesellschaftlichen Kommunikation beitragen. Das gilt auch für die Einwilligung. Sowohl Kritik als auch Rechtfertigung an ihr messen sich daran, ob sie es vermag, Kommunikation zu stimulieren. Dabei muss die Einwilligung auch selbst einen kommunikativen Akt darstellen.

Die Gegenwartsdiagnose der „Informations- und Kommunikationsgesellschaft“ (von Mutius 2004: 128) gilt in der Welt der Kommunikation nicht allein der technischen Entwicklung. Was diese Welt ausmacht ist vielmehr die Annahme einer „singulären Konstellation“ (Simitis 1999: 21), in der Information und Kommunikation die zentrale Strukturbedingung der Gesellschaft sind. Der Datenschutz avanciert in der Welt der Kommunikation zum allseits vorausgehenden „Vorfeldrecht“ (Bull 2006: 1623). Denn er gewährleistet jene notwendige Kommunikation, auf der die Demokratie, die Grundrechte und das Soziale fußen. Das Grundgesetz ist deshalb als „Kommunikationsverfassung“ zu lesen und weiterzuentwickeln (Roßnagel 2013: 563). Die Welt der Kommunikation ist in hohem Maße selbstreflexiv. Sie zeichnet sich durch die fortwährende reflexive Kommunikation über Kommunikation aus, da Kommunikation die Grundlage des eigenen Miteinanders und Fortbestehens darstellt.

Was groß ist: Kontroverse und Selbstbestimmung

Wertvoll ist in der Welt der Kommunikation folglich der individuelle und kollektive kommunikative Austausch, der gesellschaftliche Partizipation und Selbstbestimmung ermöglicht (vgl. Roßnagel 2013: 563). Bezeichnenderweise ist sich diese Welt, die die öffentliche Kontroverse groß schreibt wie keine andere, uneins über ihre eigene Werteordnung (vgl. Bull 2006: 1617). Hinter dem breiten Konsens der Wertschätzung der Kommunikation offenbart sich recht schnell eine Kluft. Diese verläuft zwischen jenen Stimmen für die zwischen Datenverarbeitung und freier Kommunikation einen Zielkonflikt sehen. Gesellschaftliche Kommunikation kann sich ihrer Auffassung nach erst dann gelungen entfalten, wenn die Möglichkeiten der modernen Datenverarbeitung entsprechend traditioneller demokratischen Vorstellungen in einer „informationellen Gewaltenteilung“ eingeeht sind (Roßnagel et al. 2001: 126; vgl. auch Simitis 1999; Rost

2013). Freie Kommunikation bedarf hier vor allem zweck- und bereichsspezifisch kontrollierter Datenflüsse, was seinen Ausdruck im Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (vgl. Kap. 2.2) findet.

Für einige Stimmen in dieser Welt sind Daten und die neuen Formen der Datenverarbeitung jedoch an sich bereits wertvolle Kommunikation, da sie das Potential bergen, die Gesellschaft und die Demokratie mit neuen, überraschenden Informationen zu bereichern (Ladeur 2000: 16; Bull 2006: 1024). Eine *ex ante* Einhegung von Datenflüssen durch Verarbeitungsverbote ist unangebracht, da sie gerade solchen Wissensinnovationen einen Riegel vorschieben würden. Die Welt der Kommunikation braucht dieser Auffassung nach neue Regeln zum Umgang mit Daten. Datenverarbeitung sollte *ex post* und anhand konkreter Risiken reguliert werden. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entspricht danach unzeitgemäßer „Datenaskese“ (Bull 2006; vgl. auch Ladeur 2000: 15). Diesem neuen Leitbild des Datenschutzes nach funktioniert die Wertschöpfung und Innovation durch neue Formen der Datenverarbeitung strukturgleich in der gesamten Gesellschaft, wozu auch die Wirtschaft gehört (Bull 2006: 1619). Die Idee risikoorientierter und *ex post* regulierter Datenflüsse ist deshalb auch kompatibel mit der Welt des Datenmarktes (vgl. Kap. 6.3).

Die funktionale Trennung von Wirtschaft und – als politischer Sphäre verstandener – Gesellschaft ist dagegen konstitutiv für die Vertreter der informationellen Gewaltenteilung. Die „Kommerzialisierung“ der Kommunikation gilt ihnen als Verfallserscheinung. Sie entwertet Sachverhalte und Dinge, z.B. die Einwilligung (vgl. Simitis 1999, 2007). Die Einwilligung ist deshalb zu begrenzen. Wie stark das allerdings der Fall sein soll, darüber sind sich die Anhänger kontrollierter Datenflüsse uneinig. So plädieren Roßnagel et al. lediglich für eine Begrenzung der Einwilligung bei „Infrastrukturleistungen“ (2001: 93) während Simitis (1999: 39) für eine grundlegende Einschränkung der Einwilligung und die Rückkehr zu gesetzlichen Erlaubnistatbeständen plädiert. Für die Vertreter des neuen Kommunikationsleitbildes verhindert eine Beschränkung der Einwilligung Selbstbestimmung und gilt ihnen als Paternalismus (vgl. Bull 2006: 1622). Die Einwilligung steht für sie nicht zur Disposition. Ihre Widersacher argumentieren wiederum, dass der Vorwurf der Bevormundung hier nicht verfängt, da gerade der Erhalt (kollektiver) Selbstbestimmung die Begrenzung der Einwilligung erfordern kann (vgl. Kutscha 2010: 113).

Was klein ist: Schweigen und Zensur

Weltenübergreifend geringgeschätzt wird dagegen das Schweigen, die erzwungene Zurückhaltung (*chilling effects*) sowie der Stillstand, die Verödung und die Einseitigkeit von Kommunikation. Auch das unreflektierte Befolgen von einfachgesetzlichen Regeln

(in Kontrast zum ranghöheren Verfassungsrecht) und das reibungslose Funktionieren, wie es in der ‚Welt der Datenschutzpraxis‘ (vgl. Kap. 6.2) wertgeschätzt wird, sorgt in der Welt der Kommunikation für Argwohn. Die kontroverse Reflektion über das Grundsätzliche der gemeinsamen Kommunikationsordnung gilt der Welt der Kommunikation als hohes Gut. Sie ist kein bloßes „Glasperlenspiel“ (Bäcker 2012: 96).

Aus diesem Wertegerüst folgt für die Einwilligung ein eher unentschiedenes Zwischenfazit:

„Maßstab aller Überlegungen zur Zulässigkeit der Kommerzialisierung und die Rolle der Einwilligung müssen die strukturellen Konsequenzen einer durch die Einwilligung legitimierten Veräußerung der eigenen Daten für eine Gesellschaft sein, die sich auf die Kommunikations- und Partizipationsfähigkeit auch und gerade der Betroffenen gründet.“ (Simitis 1999: 39)

Verzeichnis der Subjekte: Staat, der Einzelne, Private

Klarere Konturen erlangt die Welt der Kommunikation beim Blick auf ihre Ausstattung. Hierzu gehören zunächst die sie bevölkernden Subjekte. An erster Stelle steht der Staat als Garant der kommunikativen Ordnung, der zugleich selbst einen kommunikativen Zusammenhang darstellt (Bull 2006: 1617). Der Staat tritt als liberaler Verfassungsstaat und zunehmend auch als Gewährleistungsstaat auf, der nicht nur das gesellschaftliche Miteinander, sondern auch den Datenschutz eher durch die Schaffung von Rahmenbedingungen als durch die Erfüllung aus eigener Hand gewährleistet (vgl. Ladeur 2000: 16; Roßnagel et al. 2001: 72). Daraus folgt allerdings noch keine natürliche Präferenz für eine Auslagerung der datenschutzrechtlichen Verantwortung in die Einwilligungslösung.

Entscheidend im Vergleich zu den anderen Rechtfertigungswelten ist damit das Denken vom Staat aus. Erst an zweiter Stelle folgt „der Einzelne“ – wichtig ist hier der Singular (vgl. Grimm 2013: 586) – der als Bürger und „Grundrechtsträger“ (vgl. von Mutius 2004: 124), aber auch als Alltagsmensch notwendigerweise an Kommunikationsprozessen teilnimmt. Die Rede ist hier von der „Informatisierung des Alltags“ (Bäcker 2012: 112). Trotz und gerade aufgrund der Notwendigkeit und Banalisierung von Kommunikation soll diese ‚selbstbestimmt‘ erfolgen. Ob und inwiefern die Einwilligung hierzu ein sinnvolles Mittel darstellt, ist innerhalb der Welt der Kommunikation jedoch umstritten.

Datenverarbeitende Unternehmen treten in der Welt der Kommunikation als – vom Staat aus gesehen – ‚Dritte‘ auf den Plan. Staat, Bürger und Unternehmen bilden ein sogenanntes tripolares Rechtsverhältnis (von Mutius 2004: 128). Das unterstreicht die

zentrale Rolle des Staates als gebietende und vermittelnde Instanz und unterscheidet die Welt der Kommunikation insbesondere von der Welt des Datenmarktes. Bürger und Unternehmen verbindet, dass sie aus der Sicht des Staates ‚Private‘ sind, die beide über Grundrechte von kommunikativer Relevanz verfügen (vgl. Bäcker 2012: 100). Die Datenverarbeitungspraktiken von Unternehmen dürfen deshalb die Kommunikationsgrundrechte der Bürger nicht beeinträchtigen. Wie einige Stimmen in dieser Welt jedoch besonders deutlich betonen, sind auch die kommunikativen Freiheiten der Unternehmen beachtenswert (vgl. Ladeur 2000; Bull 2006). Die Einwilligung muss folglich beiden Seiten gerecht werden, um den gesellschaftlichen Kommunikationszusammenhang im Ganzen im Blick zu behalten.

Ein weiteres bedeutsames Subjekt in der Welt der Kommunikation ist das Bundesverfassungsgericht. Das Bundesverfassungsgericht bildet als Hüter der Kommunikationsverfassung einen wichtigen Knotenpunkt in den „Wissensnetzwerken“ (Ladeur 2000). Von ihm gehen entscheidende Impulse zur Gestaltung des kommunikativen Miteinanders aus. Entscheidungen wie das Volkszählungsurteil setzen Zäsuren in der Debatte. Das gelingt dem Bundesverfassungsgericht, da seine Stimme – bildlich gesprochen – lauter ist und sich somit über das kommunikative Grundrauschen der anderen hinwegzusetzen vermag.

Die Subjekte sind in der Welt der Kommunikation also über ihre Kommunikationsfähigkeit qualifiziert. Auch wenn diese bei Bürgern und Unternehmen sogar grundrechtlich verbürgt sind, verfügen der Staat als Rahmensetzer sowie das Bundesverfassungsgericht über mehr Größe, da sie nicht nur an Kommunikation teilhaben, sondern sie auch in höherem Maße beeinflussen können.

Verzeichnis der Objekte und Formen: Datenanalysen und menschliche Urteilskraft

Ebenso wichtig wie die Subjekte sind die Objekte, mit denen sie zusammen in der Welt sind. Im wörtlichen Sinne ‚in Form gebracht‘ werden Daten. Ihnen kommt erst durch Interpretation und Verarbeitung ein positiver oder negativer kommunikativer Gehalt im Sinne von Informationen (Bäcker 2012) oder Wissen (Ladeur 2000) zu. In den Fokus rücken somit vor allem neue strukturentdeckende Techniken (*data mining*) und daran anschließende Auswertungsverfahren, wie *profiling*, d.h. das Zusammenstellen von Eigenschaften einer Gruppe oder Personen unter einem bestimmten Blickwinkel, sowie das *scoring*, also das Bewerten von Personen(gruppen). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die ausgesprochene *Zukunftsorientierung* der Welt der Kommunikation, die sich weniger für das technisch Gemachte als für das technisch Machbare interessiert. Die Potentiale und möglichen Bedrohungen der genannten Datenverarbeitungsverfahren wurden hier bereits um die Jahrtausendwende thematisiert (vgl. Simitis 1999; Ladeur

2000; Roßnagel et al. 2001; Bull 2006) und nicht erst im Zuge der in den 2010er-Jahren beginnenden Diskussion über *Big Data* (vgl. Roßnagel 2013). Einen weiterhin hohen Stellenwert genießt jedoch die menschliche Interpretations- und Urteilsfähigkeit, die es nicht nur zur allgemeinen Diskussion der neuen Datenanalysemethoden bedarf. Sie gilt auch als notwendiges Korrektiv gegenüber ungerechtfertigten, verzerrten oder fehlerhaften Entscheidungen auf der Basis von statistischen Verfahren und sichert damit die Interpretations- und Kommunikationshoheit der Menschen gegenüber der Technik (Bull 2006: 1622).

Die neuen Methoden der Datenanalyse stellen die Welt der Kommunikation hinsichtlich der Frage der Einwilligung vor ein Dilemma. Trotz der vermehrt vorgebrachten Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit in die neuen Methoden der Datenanalyse, will man soweit es geht eben doch an der Einwilligung festhalten (Bull 2006: 1621). Und das obwohl man in Datenverarbeitungen mit ungewissem Ausgang und Verwendungszweck technisch gesehen nicht sinnvoll einwilligen kann (vgl. Roßnagel 2013: 564). Hier zeigt sich abermals das Motiv des menschlichen Primats über die ‚Technik‘.

Einen weiteren wichtigen Gegenstand stellen die Grundrechte dar, vor allem jene, die einen Kommunikationsbezug aufweisen. Dieser Bezug wird weit gefasst und geht über das Amalgam aus Persönlichkeitsrecht (Art. 2 GG), der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 GG) und dem Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) noch hinaus. Um die unternehmerische Datenverarbeitung abzudecken, gilt etwa auch das Handeln zu Erwerbszwecken als Grundrecht mit Kommunikationsbezug (Art. 12 GG) (Grimm 2013: 587). Schließlich spricht die Welt der Kommunikation *allen* Grundrechten einen „Kommunikationsgehalt“ zu (Roßnagel et al. 2001: 57). Um dem gerecht zu werden, bedarf es eines Querschnittsgrundrechts in Form des *Rechts auf informationelle Selbstbestimmung* (Roßnagel et al. 2001: 57), wie es vom BVerfG in seinen Urteilen geprägt und weiterentwickelt wurde (vgl. Kutscha 2010: 114).

Die entscheidende Reflektionsinstanz ist damit das Verfassungsrecht und vor allem das deutsche Grundgesetz. Trotz der Anerkennung der „Grenzen nationaler Gesetzgebung“ (Simitis 2007: 153) angesichts internationaler datenvermittelter Kommunikation, bleibt der Bezugsrahmen der Welt der Kommunikation damit vorwiegend national. Die Einwilligung muss damit den Vorgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung genügen. Das klingt zunächst banal, gestaltet die Position der Einwilligung im Vergleich zu den anderen Rechtfertigungswelten aber überraschend prekär. Denn schließlich nennt das Grundgesetz bzw. das Volkszählungsurteil – im Gegensatz etwa zur EU-Grundrechtecharta oder den einfachgesetzlichen Regelungen – die Einwilligung nicht explizit. Ihre grundrechtliche Bedeutung muss daher immer wieder argumentativ hergestellt werden.

Hierzu dienen zum einen juristische Argumentationen im strengen Sinne. Die Rede ist dann von ‚Schrankenprüfungen‘, ‚Verhältnismäßigkeitsprüfungen‘ oder ‚Grundrechtsdogmatiken‘ (vgl. Ladeur 2000; von Mutius 2004; Bäcker 2012; Grimm 2013). Bedeutung genießen neben der juristischen Methode allerdings auch gewöhnlichere Argumentationsweisen in Form von Vergleichen aus dem Bereich der analogen und interpersonellen Kommunikation. So wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anhand des Wissens, das ‚der Andere‘ über ‚den Einzelnen‘ hat, erklärt (vgl. Bäcker 2012: 96; Grimm 2013: 586). An anderer Stelle fungiert die Kommunikation mit „Nachbarn, Kollegen und Freunden“ als Bezugspunkt (Bull 2006: 1619).

Daran anschließend dient der Welt der Kommunikation das „Menschenbild des Grundgesetzes“ (von Mutius 2004: 116) als wichtige Stütze. Für die Welt der Kommunikation bedeutet das, dass dem Einzelnen qua seiner Existenz und vor allem seiner Fähigkeit zu kommunizieren, Würde zukommt (vgl. Peifer 2012: 854). Hierzu passend schwelt in der Welt der Kommunikation ein Streit darüber, inwiefern *Personenprofile* den Einzelnen seiner eigenen kommunikativen Existenz berauben oder ob sie lediglich künstliche Abbilder auf Basis von Daten darstellen, die nicht dazu in der Lage sind, Menschen fremd zu bestimmen (Bull 2006: 1622). Hieraus ergeben sich vielfältige Anknüpfungspunkte für eine Kritik und Rechtfertigung der Einwilligung in die Erstellung von Personenprofilen. Gegen sie kann ins Feld geführt werden, dass eine Einwilligung in die Erstellung umfassender Personenprofile einer Veräußerung der (kommunikativen) Menschenwürde gleich kommt und deshalb nicht einwilligungsfähig ist (vgl. Simitis 2007: 146). Aus dem Lager derer, die Personenprofile ebenso ernst nehmen, wird allerdings auch argumentiert, dass es gerade, da es um den Einzelnen geht, geboten ist, ihn um seine Einwilligung zu bitten (vgl. Roßnagel 2013: 565). Für die Einwilligung argumentieren ebenfalls jene Stimmen, die Personenprofile nicht derart „mystifizieren“ wollen (Bull 2006: 1622). Die Einschränkung der Einwilligung wäre ihrer Auffassung nach irrationaler und nicht zuletzt kommunikationshemmender Paternalismus.

In der Zusammenschau sorgen die vorgestellten Objekte und Formen dafür, Kommunikation zu stimulieren und zugleich zu normieren. Im Gegensatz zur Welt der Datenschutzpraxis ‚funktioniert‘ das jedoch nicht einfach. Immer bedarf es zusätzlich des menschlichen Austauschs und seiner Interpretations- und Urteilsfähigkeit. Die Welt der Kommunikation befindet sich daher in einem nicht enden wollenden Verständigungsprozess. Wie für die Einwilligung, so gilt für beinahe alles in dieser Welt: Nichts ist unumstrittenen, außer der zur Kommunikation fähige Mensch.

Prüfung, Urteil und Evidenz: Bestehen in der öffentlichen Debatte

Das spiegelt sich auch in der Situation der Prüfung wieder. In der Welt der Kommunikation werden Sachverhalte im Modus der öffentlichen Auseinandersetzung auf ihren kollektiven kommunikativen Nutzen hin geprüft. Das gilt auch für die Einwilligung. Hierzu müssen häufig Grundrechte auf ihren Gehalt befragt und gegeneinander abgewogen werden, etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (in der Prüfung meist im engeren Sinne verstanden als Restriktion von Datenströmen) und das Recht auf Meinungsfreiheit. Die Schwierigkeit und damit auch die Notwendigkeit einer Prüfung besteht darin, dass die Stärkung *jeder* der beiden Seiten einen Gewinn an Kommunikationsfähigkeit bedeuten könnte. Es findet also gerade kein Interessenausgleich statt, da gar nicht klar ist, ob eine stärkere Begrenzung von Datenströmen oder mehr *laissez faire* Kommunikation begünstigen und in wessen ‚Interesse‘ das ist. So kann die bewusste Untersagung von Datenverarbeitung dazu führen, dass der Einzelne sich unbefangener und damit freier äußern kann. Auf der anderen Seite können auch mehr automatisierte Datenverarbeitung und vielleicht sogar die Veröffentlichung der daraus resultierenden Informationen, zu kollektiv wertvoller Kommunikation führen, etwa beim Aufdecken von Steuerbetrug. In der Prüfungssituation spiegelt sich damit auch der oben beschriebene innerweltliche Konflikt zwischen den Anhängern kontrollierter Datenflüsse und den Verfechtern eines neuen Daten-Leitbilds.

Das *Urteil* ergeht in Form eines öffentlich vorgetragenen Arguments, wie dem Gerichtsurteil, kann aber auch als Aufsatz, Vortrag oder Presse- und Rundfunkbeitrag daherkommen. Urteilsberechtigte Stimmen sind vor allem die von Richtern und einschlägig bekannten Rechtswissenschaftlern, den ‚Granden‘ des deutschen Datenschutzrechts. Jedoch sind auch Äußerungen von Politikern und Datenschutzpraktikern denkbar, solange sie Widerhall in der Debatte finden. Hierbei hilft es jedoch, sich implizit, d.h. durch Anknüpfung an bekannte Argumentationsmuster, oder explizit, durch Zitate, auf die ‚Granden‘ zu beziehen. Im Vergleich zu den anderen Welten, bewegen sich die Urteile auf einer höheren Abstraktionsebene und kommen eher in Form von Richtungsentscheidungen, Leitlinien und Grundsätzen, denn als Implementierungsanleitungen daher.

Als Folge der für die Welt der Kommunikation charakteristischen Unbeständigkeit der Dinge, liefert allein die öffentliche Nachvollziehbarkeit eine Minimalform der *Evidenz*, auf die sich Urteile stützen können. Mit anderen Worten: Die vorgebrachten Argumente müssen in der Debatte bestehen. Formale Grundvoraussetzung hierzu ist jedoch die Beweisführung entlang von Grundsätzen, wie sie vor allem im Verfassungsrecht festgehalten sind. Um auf das weiter oben angedeutete Beispiel der neuen Datenanalysemethoden zurückzukommen, ist ein Argument für die schwierige Einwilligungsfähigkeit aufgrund deren technisch-operativer Charakteristika (z.B. ‚unbegrenzte Verwendungszwe-

cke‘) vielleicht notwendig, jedoch auf keinen Fall hinreichend. Erst eine Figur wie die ‚Entäußerung der Selbstbestimmung bei Einwilligung in das Unvorhersehbare‘ hätte Chancen auf Akzeptanz.

Folgen für die Einwilligung: Grundsatzdebatte (Ob statt Wie)

Mit Blick auf die Einwilligung gehen von der Welt der Kommunikation vor allem *Richtungsentscheidungen* im Sinne von ‚mehr oder weniger‘ Einwilligung aus, die *unabhängig* von den Erwägungen der anderen Welten bestehen. Ein Missverständnis wäre es deshalb, eine bloße Arbeitsteilung zwischen den Welten anzunehmen, bei der die Welt der Kommunikation der Einwilligung das verschafft, was die anderen Welten nicht zu leisten vermögen: eine normative Grundlage. Eine solche Sichtweise entspräche der Alltagserzählung des (Verfassungs)rechts, wie ich sie im zweiten Kapitel eingeführt habe. Die anderen Welten verfügen viel mehr über ihre eigene Normativität, wie ich im Folgenden zeigen will. Der entscheidende Beitrag der Welt der Kommunikation für die Einwilligungsdebatte ist, dass die Welt der Kommunikation die Einwilligung auch dann noch für grundsätzlich geboten (respektive einzuschränken) hält, wenn die Welten der Datenschutzpraxis und des Datenmarktes ihre positive Richtungsentscheidung bereits getroffen haben und sich allein der Debatte um ihre Ausgestaltung, dem Wie statt dem Ob der Einwilligung, widmen (vgl. exemplarisch hierfür Buchner 2010: 40).

Damit bietet die Welt der Kommunikation in Bezug auf die Grundsatzfrage ‚Wie viel Einwilligung?‘ eine überraschend hohe Kontroversität, sowohl bei welteninterner Betrachtung als auch im Vergleich mit den anderen Welten. Zu verschiedenen Zeitpunkten lassen sich innerhalb der Welt der Kommunikation Stimmen für ein grundsätzliches ‚Ja‘ bzw. ‚Mehr‘ (vgl. Ladeur 2000; Roßnagel et al. 2001; jünger: Bäcker 2012; Peifer 2012), aber auch eine stärkere Einschränkung der Einwilligung (vgl. Simitis 1999; jünger: Kutscha 2010; Roßnagel 2013) finden. Entgegen der aktuellen Tendenz in den anderen Welten, gibt es in der Welt der Kommunikation zudem auch heute Stimmen für ein Zurückfahren der Einwilligung, jüngst wieder im Zuge der Debatte um Big Data (vgl. Rost 2013; Roßnagel et al. 2016). Diese Kontroversität widerspricht damit der verfassungsrechtlich begründeten Beharrungskraft der Einwilligung wie sie die juristische Alltagserzählung vorbringt (vgl. Kap. 2). Die Welt der Kommunikation birgt damit das Potential einer fortwährenden Politisierung der Einwilligung, indem sie Raum für grundsätzlichere Diskussionen bietet und die Erinnerung an Alternativen wachhält. Das geht jedoch auf Kosten ihrer Konkretheit und damit ihrer – vor allem gegenüber der ‚Welt der Datenschutzpraxis‘ marginaleren – Stellung in der Einwilligungsdebatte.

6.2 Die Einwilligung in der Welt der Datenschutzpraxis

Tabelle 3: Die Welt der Datenschutzpraxis

Grammatik	Ausprägung
<i>Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip</i>	Funktionsfähigkeit des Datenschutzes
<i>Was groß ist</i>	Nachweisbarkeit Praktikabilität Klarheit und Präzision
<i>Was klein ist</i>	Kompliziertheit, Normenflut, pauschale Lösungen, Floskeln, Konflikte
<i>Subjekte</i>	Betroffene, Datenschutzbehörden, Gesetzgeber, Unternehmen (verarbeitende Stellen)
<i>Beziehungen zwischen den Subjekten</i>	asymmetrische Beziehung zwischen Betroffenen und Unternehmen
<i>Objekte und Formen</i>	Werkzeuge: <ul style="list-style-type: none"> • allgemeines Datenschutzgesetz und bereichsspezifische Konkretisierungen • Definitionen, Modellklauseln, Verzeichnisse und Protokolle Verfahren: <ul style="list-style-type: none"> • Modularisierung (Regel-Ausnahme-Prinzip, Phasen der Datenverarbeitung) • verwaltungsrechtliche Befugnisse
<i>Prüfung</i>	Nachweis der Funktionsfähigkeit
<i>Urteil</i>	Tätigkeitsbericht, Arbeitspapier, Aufsatz
<i>Evidenz</i>	technisch-organisatorische Verfahrensnachweise, Praxisbeispiele
<i>Innerer Konflikt</i>	Freiwilligkeit vs. Informiertheit der Einwilligung
<i>Folgen für die Einwilligung</i>	Konkretisierung der Einwilligung Begünstigung punktueller statt grundsätzlicher Kritik (Wie statt Ob der Einwilligung) Betonung der Freiwilligkeit der Einwilligung gegenüber der Informiertheit

Die von mir als ‚Welt der Datenschutzpraxis‘ bezeichnete Rechtfertigungsordnung ist in der Einwilligungs-Debatte am prominentesten vertreten. Das liegt auch daran, dass sie sich im Zeitverlauf als außerordentlich kompromissfähig erwiesen hat.

Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip: Funktionsfähigkeit

Ihr übergeordnetes Prinzip ist nicht mehr und nicht weniger als die *Funktionsfähigkeit* des Datenschutzes und seiner Regeln im Alltag. Die Welt der Datenschutzpraxis ist damit ihrem Selbstverständnis nach betont wertfrei. Sie erhebt das Funktionieren selbst zum normativen Maßstab. Die Einwilligung muss sich in dieser Welt daran messen lassen, inwiefern sie sich ‚in der Praxis‘ operationalisieren und nachweisbar erfolgreich anwenden lässt. Während die Welt der Kommunikation durch eine enorme Selbstreflexivität auffällt, zeichnet sich die Welt der Datenschutzpraxis durch ihre beachtenswerte Selbstreferentialität aus. Der anhand eigener Maßstäbe geführte Nachweis des Funktionierens ist der Welt der Datenschutzpraxis wertvoll genug. Sowohl Stimmen aus der Welt der Kommunikation als auch aus der Welt des Datenmarktes werfen deshalb ausgerechnet den Praktikern Realitätsferne vor (s.u.).

Was groß ist: Nachweisbarkeit und Praktikabilität

Wertvoll sind in der Welt der Datenschutzpraxis Dinge und Sachverhalte, deren „Praktikabilität“ (Schaar 2001: 646) *nachweisbar* ist. Dazu müssen, wie im Fall der Einwilligung, ‚hohe‘ inhaltliche und formale Anforderungen definiert, ‚ausdrücklich‘, ‚umfassend‘ und ‚präzise‘ festgehalten und deren Einhaltung protokolliert und geprüft werden (vgl. Schaar 2001; Roßnagel et al. 2001: 91; Zscherpe 2004). Groß sind die Dinge demzufolge dann, wenn sie möglichst standardisierten prozeduralen Anforderungen entsprechen. Im Idealfall sorgen Regeln und Prozeduren für Klarheit bei den Beteiligten und gewährleisten so einen reibungslosen Ablauf. Aber auch zur *Beilegung* eventueller Probleme existieren Prozeduren (vgl. Caspar 2013: 771). Wiederum gebietet die Praktikabilität jedoch, dass die Anforderungen ‚maßvoll‘ bleiben, etwa die in der Einwilligungserklärung aufgeführten Informationsanforderungen (Zscherpe 2004: 725; Menzel 2008: 407).

Was klein ist: Kompliziertheit, Normenflut, pauschale Lösungen

Klein sind in der Welt der Datenschutzpraxis nämlich nicht nur Ambivalenz und Widersprüchlichkeit (vgl. Roßnagel et al. 2001: 77; Iraschko-Luscher 2006: 707), sondern auch aufwändige und komplizierte Lösungen sowie die undurchschaubare „Normenflut“ (Roßnagel et al. 2001: 45). Hieraus erwächst auch das bereits im zweiten Kapitel vorgestellte starke Argument für eine Präferenz der Einwilligung gegenüber einer Vielzahl von gesetzlichen Erlaubnistatbeständen. Allerdings ist die Einwilligung „nur auf den

ersten Blick eine einfache Möglichkeit“. Auch und gerade sie muss eine „Vielzahl von [...] Voraussetzungen“ erfüllen, um wirksam zu sein (Zscherpe 2004: 727). Ganz in diesem Sinne erfahren vorschnelle Schlüsse, „pauschale Lösungen“ (Zscherpe 2004: 727) und simple ‚Ja-Nein-Entscheidungen‘ (Bull 2006: 1619) in der Welt der Datenschutzpraxis Geringschätzung, da sie die Arbeit der Abwägung und Differenzierung umgehen. ‚Floskeln‘ schließlich verkörpern das Gegenteil dessen, für was die Welt der Datenschutzpraxis steht. Sie sind nicht nur klein, sondern schlichtweg wertlos, da sie keinen konkreten, überprüfbaren Gehalt und damit keinen Realitätsbezug besitzen. Einwilligungen, die auf Floskeln beruhen sind deshalb unwirksam (Iraschko-Luscher 2006: 706).

Verzeichnis der Subjekte: Betroffene, Datenschutzaufsicht, verantwortliche Stellen

Die wichtigsten Subjekte in der Welt der Datenschutzpraxis sind die ‚Betroffenen‘. Bedeutsam sind die Betroffenen jedoch nicht, weil sie die primär Handelnden in dieser Welt sind – im Gegenteil. Ihre strukturelle Unterlegenheit gegenüber den ‚verarbeitenden Stellen‘, also den privaten Unternehmen, denen sie sich alltäglich gegenübersehen, erzeugt erst die Notwendigkeit einer Intervention durch den Gesetzgeber, aber vor allem der Datenschutzaufsichtsbehörden. Ihr Beweggrund ist allerdings weniger die asymmetrische Beziehung zwischen Betroffenen und Datenverarbeitern als solche, sondern der dadurch in seiner Funktionalität beschränkte Datenschutz. Denn durch die überlegene Stellung der Datenverarbeiter laufen Datenschutzregeln Gefahr, ‚in der Praxis‘ nicht eingehalten zu werden. Das gilt besonders für die Einwilligung. Als Konsequenz müssen die Regeln präzisiert und ihre Umsetzung überwacht werden. Diese Aufgabe obliegt in erster Linie den Aufsichtsbehörden, die dazu allerdings die Unternehmen in die Pflicht nehmen. Unternehmen werden so zu ‚verantwortlichen Stellen‘, denen die Beweispflicht zur Einhaltung der Datenschutzregeln obliegt (Iraschko-Luscher 2006: 725). Die Subjekte in der Welt der Datenschutzpraxis sind demzufolge über ihren Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Datenschutzpraxis qualifiziert. Die Einwilligung ist hier per Definition kein ‚Interessenausgleich‘, da es erstens – zumindest vordergründig – um den Schutz der Betroffenen geht und zweitens das Funktionieren der Datenschutzregeln einen Eigenwert besitzt. Die Interessen der Beteiligten sind demzufolge nicht relevant oder stehen zumindest nicht zur Disposition. Über ihre ‚Betroffenheit‘ hinaus, kommt den Nutzern – zumindest in den 2000er-Jahren – also noch keine größere Aufmerksamkeit zu. Das ändert sich erst mit den 2010er-Jahren und einem sich andeutenden Kompromiss mit der Welt des Datenmarktes (vgl. Kap. 6.4).

Verzeichnis der Objekte und Formen: Vorschriften und ihre Modularisierung

Die Welt der Datenschutzpraxis ist reich an *Objekten und Formen*, denen vor allem ein Werkzeugcharakter zukommt. Sie sollen für eine funktionierende Datenschutz- bzw. Einwilligungspraxis sorgen. Am wichtigsten ist hierzu der einfachgesetzliche Datenschutz in Form der europäischen Datenschutzrichtlinie und seines Nachfolgers der Datenschutzgrundverordnung, vor allem jedoch das Bundesdatenschutzgesetz. Große Bedeutung kommt auch seinen bereichsspezifischen Konkretisierungen für das Internet in Gestalt des Teledienstgesetzes (bis 2007) und dem ihm nachfolgenden Telemediengesetz zu. Diese Spezialgesetze gelten als wertvoll, da sie mehr Genauigkeit und die Reduktion von Ambivalenz versprechen, zugleich bergen sie aber auch die Gefahr der „Normenflut“ und „Scheinpräzision“ (Roßnagel et al. 2001: 29, 32). Wichtig ist deshalb, dass Spezialgesetze das allgemeine Datenschutzrecht *wirksam* konkretisieren. Das gelingt am besten, wenn diese nur die ‚Ausnahmen‘ von der allgemeinen Regel definieren (Roßnagel et al. 2001: 43).

Das *Regel-Ausnahme-Prinzip* verweist bereits darauf, wie eng die Objekte der Welt der Datenschutzpraxis an Prinzipien und Verfahren geknüpft sind. Die verbindende Idee hinter ihnen lässt sich als *Modularisierung* bezeichnen.⁵⁰ Im Kern geht es den Praktikern nämlich darum, das Gesamtproblem durch Zerlegung in Teile handhabbar zu machen. Davon zeugt nicht nur die Untergliederung der Datenschutzregeln durch das Regel-Ausnahme-Prinzip. Auch die Einteilung der Datenverarbeitung in einzelne Phasen (Erhebung, Speicherung, Auswertung, weitere Nutzung) (vgl. Roßnagel 2013: 564) oder das verwandte „Schichtenmodell“ (Telekommunikation, Telemediendienste, Kommunikationsinhalte) (Schaar 2001: 645) zeugen davon. Auch die Einwilligung wird modularisiert in formale (Höchstpersönlichkeit, Schriftform, besondere Hervorhebung) und inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen (Informiertheit, Bestimmtheit, Freiwilligkeit) (vgl. Zscherpe 2004). Zudem wird die Einwilligung in die verschiedenen Datenverarbeitungsphasen eingeteilt. Besonders plastisch zeigt sich das etwa an der Verpflichtung zur Einholung der Einwilligung *vor* der Datenerhebung. Hinzu kommt die Vorschrift, über die Modalitäten der *Speicherung* und der *Verwendung* aufzuklären (vgl. Iraschkoluscher 2006: 706).

Die Anforderungen an die Einwilligung können bei Bedarf immer weiter modularisiert bzw. präzisiert werden. So spezifiziert etwa das Koppelungsverbot die Wirksamkeitsvoraussetzung der Freiwilligkeit (vgl. Kap. 2.2.3). Die Modularisierung ist jedoch kein unendlicher Regress, sondern führt stets vom Allgemeinen zum Speziellen. Am Ende der Modularisierungskette steht das Praxisbeispiel bzw. der ‚Einzelfall‘, der dann

⁵⁰ Den Begriff der Modularisierung verdanke ich Gesprächen mit Jeanette Hofmann.

schrittweise auf seine Übereinstimmung mit den Datenschutzanforderungen geprüft werden kann (vgl. exemplarisch Buchner 2015).

Neben der Technik der Modularisierung, unterstützen eine Reihe von Objekten das zum ‚Funktionieren bringen‘ und den Nachweis der Funktionsfähigkeit. Hierzu gehören u.a. Definitionen, Modellklauseln, digitale Signaturen, Verzeichnisse und Protokolle. Dieser Fokus auf Nachweisbarkeit zeigt sich z.B. in der Betonung des *Opt-in-Prinzips* bei der Einwilligung. ‚Opt-in‘ steht für die Übersetzung der „bewussten und eindeutigen Willensbekundung“ ins Internetzeitalter, indem der Nutzer z.B. Boxen anhaken und Bestätigungsschaltflächen betätigen muss und nicht passiv bleiben darf (vgl. Buchner 2010: 42). Die Einhaltung dieses Prinzips kann die Datenschutzaufsicht nicht nur leicht überprüfen. Auch die Datenverarbeiter erhalten mit der Opt-in-Vorgabe eine klare Anleitung, wie sie die Einwilligung zu implementieren haben.

Kommt es trotz der zahlreichen Regeln und Handlungsanweisungen zu Missachtungen, stehen den Datenschutzbehörden verwaltungsrechtliche Kontroll-, Rüge- und Sanktionsbefugnisse und nicht zuletzt das Mittel der öffentlichen Skandalisierung zur Verfügung (vgl. die Schilderung von Caspar 2013). Der Konflikt gilt in der Welt der Datenschutzpraxis allerdings als zu vermeidende letzte Eskalationsstufe, was sie nicht nur von der konfliktbejahenden Welt der Kommunikation, sondern auch von der Welt des Datenmarktes mit ihrer Präferenz für gerichtliche Auseinandersetzungen unterscheidet (vgl. Kap. 6.3). Zu viel öffentliche Skandalisierung könnte in der Welt der Datenschutzpraxis zudem Gefahr laufen, als unseriös und vielleicht sogar als Widerspruch zur evidenzbasierten Alltagsarbeit der Aufsichtsbehörden zu gelten (Bull 2006: 1617).

Im Gegensatz zur Welt der Kommunikation und der des Datenmarktes thematisiert die Welt der Datenschutzpraxis die eigentliche Datenverarbeitung, das technisch Machbare, erstaunlich wenig. Von Interesse sind viel mehr die eigenen ‚Werkzeuge‘. Aus den anderen Welten bringt ihr das die Kritik ein, der eigentlichen Praxis der Datenverarbeitung mit unpassenden Werkzeugen hinterherzuhinken.⁵¹ Der selbstreferentielle Bezug auf die eigenen Werkzeuge führe leicht zu „juristischer Weltfremdheit“ (Bull in Ladeur 2000: 15). Diese Kritik verweist auf den schwierigen Balanceakt, den die Welt der Datenschutzpraxis zu bewältigen hat: Auf der einen Seite muss sie mit dem über die Jahre gewachsenen Inventar an Mitteln (Bull 2006: 1619) arbeiten, die ihr in der Praxis zur Verfügung stehen. Sie steht sogar in der Pflicht, diese funktionieren zu lassen. Auf der anderen Seite bedarf das Funktionieren eben auch neuer Werkzeuge. Hierzu ist die Welt der Datenschutzpraxis zum einen auf die großen Richtungsweisungen aus der Welt der Kommunikation und der Welt des Marktes angewiesen. Konzepte wie der technische

⁵¹ Vgl. Simitis (1999) für eine Kritik aus der Welt der Kommunikation und Bräutigam (2012) für eine Kritik aus der Welt des Datenmarktes.

Datenschutz (*privacy by design*), der Selbstdatenschutz und die Selbstregulierung (vgl. bereits Roßnagel et al. 2001; Weichert 2000) finden von dort schrittweise ihren Weg in die Welt der Datenschutzpraxis (vgl. Caspar 2013).

Prüfung, Urteil und Evidenz: Freiwilligkeit oder Informiertheit?

Die Prüfung ist bereits per Definition ein wichtiger Eckpfeiler der Welt der Datenschutzpraxis. Sie besteht im Nachweis des möglichst reibungslosen Funktionierens des Datenschutzes in der Praxis. Das *Urteil* treffen vor allem die für die Datenschutzaufsicht Zuständigen (meist die Landesdatenschutzbeauftragten und ihre Mitarbeiter) in ihren Tätigkeitsberichten und Arbeitspapieren, aber auch in Vorträgen, Fachaufsätzen und öffentlichen Wortmeldungen. Aufgrund ihrer Praxiserfahrung und Detailkenntnis sind allerdings auch Rechtsanwälte und Rechtswissenschaftler sprechfähig.

Als *Evidenz* dienen zum einen die konkreten Objekte wie elektronische Einwilligungs-erklärungen, Signaturen und Protokolle. Sie entfalten ihre stützende Funktion allerdings nicht einzeln, sondern durch ihr Zusammenspiel und ihre Einbindung in das engmaschige System von Regeln und Verfahren. Richtigkeit zeigt sich damit – selbstreferentiell – im Durchlaufen einer Prozedur. Zum anderen bedarf es zur Urteilsbegründung immer auch des realen oder fingierten Praxisbeispiels, um das Funktionieren des Datenschutzes möglichst praxisnah demonstrieren (vgl. exemplarisch die Argumentation von Menzel 2008). Bedeutende Prüfungen der Vergangenheit, wie z.B. die Auseinandersetzungen um SCHUFA-Klauseln (vgl. Menzel 2008: 406) oder der Konflikt der Aufsichtsbehörden mit Facebook (Caspar 2013) werden auf diesem Wege zu Musterbeispielen.

Allerdings offenbart sich gerade in der Situation der Prüfung, dass die Welt der Datenschutzpraxis keineswegs so widerspruchsfrei funktioniert wie das ihr Anspruch ist. Bei der Anwendung der aufgestellten Regeln und Anforderungen zeigt sich nämlich, dass man diese durchaus unterschiedlich bewerten und gewichten kann. In der Folge stehen verschiedene divergierende Urteile darüber, ob und wie etwas ‚in der Praxis funktioniert‘, nebeneinander. Im Fall der Einwilligung besteht diese Divergenz zwischen jenen Stimmen, die einen stärkeren Fokus auf die Wirksamkeitsvoraussetzung der Freiwilligkeit legen (vgl. Iraschko-Luscher 2006; Menzel 2008) und denen, die die Anforderung der Informiertheit stärker gewichten (vgl. Zscherpe 2004; Petri 2007; Buchner 2010).

Die Verfechter einer starken Freiwilligkeits-Anforderung argumentieren, dass die Freiwilligkeit der Einwilligung schon aufgrund der asymmetrischen Beziehung zwischen Betroffenen und Unternehmen einen schweren Stand hat (Menzel 2008: 404). Diese Asymmetrie zeigt sich vor allem in der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Betroffenen und wird noch verstärkt durch Anreize in Form wirtschaftlicher Vorteile bei der Einwilligung (vgl. Iraschko-Luscher 2006: 708). Der Lackmустest für die Freiwilligkeit – und

damit für die Einwilligung – besteht darin, ob der Betroffene ohne Nachteile, d.h. ohne Verzicht auf die notwendige Leistung, die Einwilligung in die für die eigentliche Datenverarbeitung *nicht benötigten Daten* (z.B. zu Werbezwecken) ablehnen kann (vgl. Iraschko-Luscher 2006: 708; Menzel 2008: 404). So definiert sich auch das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot nach BDSG (vgl. Kap. 2.2.3). Da bloß wenige Einwilligungssituationen dieser starken Freiwilligkeitsprüfung standhalten, „bleiben für eine wirksame Einwilligung nur eher individuelle, besondere Fallkonstellationen übrig“ (Menzel 2008: 408). Das heißt nicht, dass Datenverarbeitungen, die nicht einwilligungsfähig sind, per se illegal sind, sondern nur, dass sie anderer Erlaubnistatbestände bedürfen (vgl. Menzel 2008: 404; Kamp/Rost 2013: 82). Diese Vorstellung von Freiwilligkeit hält an der funktionalen bzw. ‚technisch-organisatorischen‘ Trennbarkeit der Datenverarbeitungszwecke fest. Sie steht damit ganz im Gegensatz zur ‚Welt des Datenmarktes‘, die einen ökonomischen Zusammenhang zwischen der Datenverarbeitung, die zur Erbringung des Dienstes eigentlich notwendig ist und der Verarbeitung der Daten zu Werbezwecken sieht, und sie deshalb von vornherein zusammendenkt (vgl. Kap. 6.3).

Zu einem anderen Urteil kommen diejenigen, die die Informiertheit zum Hauptkriterium erheben und schließlich auch die Freiwilligkeits-Anforderung aus der Informiertheit ableiten: „Wer nicht hinreichend informiert ist, kann nicht die Tragweite seiner Erklärung abschätzen und handelt damit auch nicht freiwillig.“ (Petri 2007: 156; vgl. auch Bull 2006: 1621). Solange die Einwilligung also als informiert qualifiziert werden kann, was ebenfalls keine einfache, jedoch eine durchaus erreichbare Anforderung darstellt, funktioniert sie in der Praxis als zentraler Erlaubnistatbestand. Auch die enge Auslegung des Koppelungsverbots, wie sie die Vertreter einer materiellen Freiwilligkeits-Anforderung beanspruchen, gilt hier als nicht praktikabel (vgl. von Lewinski 2002: 399). Schon das Vorhandensein von Konkurrenzangeboten macht die Einwilligung verweigerungsfähig und nicht erst die Möglichkeit, die Leistung auch beim gleichen Anbieter ohne Einwilligung in die Verarbeitung nicht benötigter Daten zu bekommen (vgl. Zscherpe 2004: 727).

Vor allem seit Beginn der 2010er-Jahre dominieren jene Stimmen die Welt der Datenschutzpraxis, die die Informiertheit zum zentralen Prüfkriterium erheben und die Freiwilligkeit als Informiertheitsproblem betrachten: „Das eigentliche Problem in all den angesprochenen Konstellationen ist regelmäßig nicht eines der Freiwilligkeit, sondern eines der Transparenz.“ (Buchner 2010: 41). Ein Anzeichen hierfür ist auch der Einzug des Begriffs *informed consent* in die Welt der Datenschutzpraxis (vgl. Beisenherz/Tinnefeld 2011; Buchner 2015; Pollmann/Kipker 2016). Im Zuge dessen rückt auch der ‚Betroffene‘ stärker in den Blick. Durch die Akzentverschiebung hin zur Informiertheit erweist sich die Welt der Datenschutzpraxis als fähig für Kompromisse mit

der Welt des Datenmarktes (vgl. Kap. 6.4). Deren langjähriger Vorwurf an die Praktiker lautete, dass ihr materielles Kriterium der Freiwilligkeit antiquiert sei, da es die im Internet vorherrschende Realität ‚Daten gegen Leistung‘ verkenne. Deren Charakteristikum bestehe eben gerade darin, dass der Betroffene in die Verarbeitung von nicht für die eigentliche Leistung notwendigen Daten einwilligen müsse (vgl. Bräutigam 2012).

Folgen für die Einwilligung: Öffnung für punktuelle Kritik und Kompromisse

Bevor ich die Welt des Datenmarktes sowie ihren Kompromiss mit der Praxiswelt vorstelle, bleibt festzuhalten, dass die Bedeutung der Praxiswelt für die Rechtfertigung der Einwilligung kaum zu unterschätzen ist. Die hier vorherrschende modulare Denkweise bringt die Einwilligung zum Funktionieren, indem sie konkrete Wirksamkeitsvoraussetzungen und damit auch Prüfkriterien bietet. Sie formuliert damit zugleich eine Reihe von möglichen Kritikpunkten, für die sie allerdings sogleich auch Abhilfestrategien anbietet. Eine weitere Folge dieser Modularisierung besteht vor allem darin, dass Kritik erstens sehr spezifisch formuliert sein muss und zweitens kaum die Einwilligung als Ganzes in Frage stellen kann. Das starke Freiwilligkeitskriterium, das hierzu am ehesten im Stande war, spielt ‚in der Praxis‘ heute fast keine Rolle mehr. In der Folge trägt die Welt der Datenschutzpraxis bedeutend zur Verschiebung der Einwilligungsdebatte vom Ob zum Wie bei.

Interessant ist in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass der in der juristischen Erzählung traditionell bedeutsame Aspekt der *Rechtssicherheit* der Einwilligung (vgl. Kap. 2.2.2) in meiner Neubeschreibung keine Rolle spielt. Allenfalls kann er in Verbindung mit der Warnung vor einer Normenflut im Datenschutz (Roßnagel et al. 2001: 33) verortet werden. Ob es sich dabei um ein Artefakt meiner Vorgehensweise handelt, oder ob die Rechtssicherheit bei genauerer Betrachtung tatsächlich keine entscheidende Stütze für die Datenschutzpraxis darstellt, bleibt offen.

6.3 Die Einwilligung in der Welt des Datenmarktes

Tabelle 4: Die Welt des Datenmarktes

Grammatik	Ausprägung
<i>Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip</i>	Wertschöpfung aus Daten
<i>Was groß ist</i>	Daten gegen Leistung Fairness, Transparenz, Vertrauen Empirisierung (erkennen der Wirklichkeit)
<i>Was klein ist</i>	Datenaskese, Verarbeitungsverbote, Paternalismus, Irreführung des Kunden
<i>Subjekte</i>	Internetunternehmen Kunden Gesetzgeber verschiedener Wirtschaftsnationen Marktwächter: Gerichte, Verbraucherschutzverbände, Aufsichtsbehörden
<i>Beziehungen zwischen den Subjekten</i>	asymmetrische Beziehung zwischen Kunden und Unternehmen, jedoch nicht per se problematisch
<i>Objekte und Formen</i>	Dateneigentum Einfachgesetzliches Datenschutzrecht, Persönlichkeitsrecht, Vertrags- und AGB-Recht Ko- und Selbstregulierung Individual- und Verbandsklagen
<i>Prüfung</i>	Nachweis der Wertschöpfung/Harmlosigkeit kommerzieller Datenverarbeitung
<i>Urteil</i>	Marktstudien, öffentliche Debatte
<i>Evidenz</i>	Unternehmens- und Nutzungszahlen Alltagserfahrung des Nutzens von Daten
<i>Innerer Konflikt</i>	nicht präsent, stattdessen Quelle für innerer Konflikte in der Welt der Kommunikation und der Datenschutzpraxis
<i>Folgen für die Einwilligung</i>	Reform der Einwilligung hin zum Instrument des Interessenausgleichs

Die ‚Welt des Datenmarktes‘ ist in ihrer Reinform eher selten anzutreffen. Auch innerweltliche Konflikte lassen sich in ihr nicht feststellen. Ihre Relevanz besteht vielmehr darin, die anderen Welten zu irritieren und dort innerweltliche Konflikte zu schüren. Die Welt des Datenmarktes kommt daher am besten in der Gegenüberstellung mit den anderen Welten zum Vorschein.

Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip: Datenbasierte Wertschöpfung

Das übergeordnete Prinzip der Welt des Datenmarktes ist der wertschöpfende Austausch von Daten: ‚Daten gegen Leistung‘. Die Menschen und Dinge werden danach zueinander in Beziehung gesetzt, inwiefern sie zur Wertschöpfung mittels Daten beitragen bzw. davon profitieren. Die Welt des Datenmarktes ähnelt durchaus der Welt der Kommunikation, allerdings mit zwei bedeutsamen Unterschieden. Erstens sind Daten und nicht erst Kommunikation hier bereits wertvoll und ihr Austausch förderungswürdig. Die Welt der Kommunikation ist in dieser Frage dagegen gespalten (vgl. Kap. 6.1). Zweitens zeigt sich der Wert des Datenaustausches nicht durch seinen Beitrag zur demokratischen Selbstbestimmung wie in der Welt der Kommunikation, sondern in seinem Nutzen für Unternehmen und Kunden. Das schließt jedoch nicht aus, dass der Datenmarkt für kollektiven Nutzen sorgt – im Gegenteil. Im Nachweis der Wohlfahrtsleistung, verstanden als wirtschaftliches Wachstum, aber auch als Verbesserung des menschlichen Alltags, erfolgt die Prüfung innerhalb der Welt des Datenmarktes. Die Einwilligung muss sich also daran messen lassen, ob sie es ermöglicht, Unternehmen und vor allem möglichst viele Kunden von der Datenverarbeitung profitieren zu lassen. Die Welt des Datenmarktes und die Welt der Kommunikation sind in Teilen also durchaus kompromissfähig. Das Motiv des Zusammendenkens von Daten und Kommunikation sowie die Betonung ihres wirtschaftlichen und „gesellschaftlichen Nutzens“ lässt sich auch in der jüngeren Debatte unter dem Schlagwort ‚Big Data‘ beobachten (vgl. Katko/Babaei-Beigi 2014: 360).

Was groß ist: Fairer Datenhandel, Realitätssinn

Die Welt des Datenmarktes schätzt das gute Verhältnis zwischen Unternehmen und Kunden. Ihre Beziehung soll von ‚Fairness‘ (vgl. Bull 2006: 1617; Bräutigam 2012: 635; Buchner 2015: 402) und ‚Vertrauen‘ (vgl. Bull 2006: 1623; Peifer 2012: 853) geprägt sein. Nur auf der Basis von Fairness und Vertrauen geben Kunden ‚ihre Daten‘ an Unternehmen, die damit innovative Anwendungen schaffen, die wiederum den Kunden nutzen. Fairness und Vertrauen markieren als offene und nicht rechtlich bindende Begriffe einen Gegenpol zur legalistischen Welt der Datenschutzpraxis. Vertrauen gewinnt man nicht durch immer genauere Anforderungen an die Einwilligung, denn „die Menschen verlassen sich – mit Recht – lieber auf ihr Gefühl, ob die andere Seite vertrau-

enswürdig sei oder nicht“ (Bull 2006: 1623). Eine unumstößliche Voraussetzung hierzu bleibt allerdings ‚Transparenz‘, vor allem im Verhältnis zwischen Unternehmen und Kunden (vgl. Bräutigam 2012: 640; Buchner 2015: 402).

Obwohl die Transparenz-Anforderung, gerade mit Blick auf die Einwilligung, eine Gemeinsamkeit mit der Welt der Datenschutzpraxis darstellt und die Grundlage für Kompromisse bietet (vgl. Kap. 6.4), lässt sich an ihr zugleich eine entscheidende Abgrenzung im Selbstverständnis des Datenmarktes festmachen, die ich *Empirisierung* nenne: Die Ordnungsprinzipien der Welt des Datenmarktes sollen der neuen ‚Realität‘ eines Datenmarktes entsprechen und nicht die Realität den von ihr entkoppelten und selbstreferentiellen Datenschutzgesetzen, wie man es den Datenschutzpraktikern vorwirft. So sind die ausladenden Anforderungen der datenschutzpraktischen Informiertheit angesichts des Desinteresses der Kunden an „allzu ausführlichen Erläuterungen“ (Bull 2006: 1623) reiner Selbstzweck. Um das zu vermeiden, müssen die neuen „Konventionen“ (Ladeur 2000: 18) auf dem Datenmarkt erst in der ‚Wirklichkeit‘ erfasst werden. Darauf aufbauend können dann die Prinzipien der Fairness, des Vertrauens und der Transparenz in zeitgemäße Regulierungstechniken übersetzt werden. Aus der Perspektive des Datenmarktes verfahren die Datenschutzpraktiker genau anders herum. Von der standardisierten Verregelung der Datenschutzpraxis unterscheiden sich solche realitätsnahen Regelungstechniken durch ihre ‚Innovationsoffenheit‘ und ‚Flexibilität‘ (Ladeur 2000: 19; Weichert 2000: 181; Bräutigam 2012: 641).

Was klein ist: Datenaskese, Paternalismus, Irreführung

Als klein gelten wiederum ein Mangel an Daten – die bereits in der Welt der Kommunikation erwähnte „Datenaskese“ (Bull 2006) – sowie Verarbeitungsverbote (vgl. Ladeur 2000: 14; Bull 2006: 1624). Sie verhindern nicht nur ‚Geschäftsmodelle‘ und damit Wertschöpfung (Schafft/Ruoff 2006: 504), sondern sind auch ‚paternalistisch‘ (vgl. Bräutigam 2012: 637). Ebenso gering schätzt man allerdings auch die „Ausbeutung“ (Weichert 2000: 179) und die Irreführung des Kunden (Buchner 2016: 159; Peifer 2012: 858). Gerade Letzteres resultiert zumeist aus fehlender Transparenz. Intransparenz entwertet demzufolge auch die Einwilligung. Mehr Geringschätzung erfährt nur die Abwesenheit von Einwilligungen. Ob durch Unternehmen, die auf andere Erlaubnistatbestände ausweichen oder die Einschränkung der Einwilligung durch den Gesetzgeber: Fehlt die Möglichkeit zur Einwilligung, wird der Kunde bevormundet und Wertschöpfung verhindert.

Verzeichnis der Subjekte: Internetunternehmen, Kunden und Wirtschaftsmächte

Dreh- und Angelpunkt der Welt des Datenmarktes sind global agierende Internetunternehmen, die durch die Verarbeitung von Daten ihr Geld verdienen, sowie ihre ‚Kunden‘, die auch als ‚Verbraucher‘ und ‚Konsumenten‘ auftreten. Überraschender hingegen ist, dass die Welt des Datenmarktes, anders als ihr einige Datenschutzpraktiker das vorwerfen (vgl. Menzel 2008: 404), keineswegs von einer symmetrischen Beziehung zwischen Kunde und Unternehmen ausgeht (vgl. Bräutigam 2012: 639). Der Unterschied in der Asymmetrie-Annahme des Datenmarktes gegenüber jener der Datenschutzpraktiker besteht jedoch in der Überzeugung, dass die Asymmetrie durch Wettbewerbsregeln zumindest ein Stück weit eingefangen werden kann. Zweitens, und hier liegt der entscheidende Unterschied, stellt Asymmetrie für die Anhänger des Datenmarktes nicht per se ein Problem dar, da sie dem Kunden nicht zum Nachteil gereicht. Das Gegenteil ist der Fall, schließlich profitiert der Kunde ja von der Beziehung zum Unternehmen. Für seine Daten erhält er eine Leistung, an der als Konsument durchaus ein Interesse hat (vgl. schon Ladeur 2000: 18). Die meisten kommerziellen Datenverarbeitungen sind also harmlos (vgl. Schafft/Ruoff 2006: 501), auch wenn die kritischen Stimmen aus der Welt der Kommunikation etwas anderes behaupten und eine Einschränkung der Selbstbestimmung fürchten.

Im Kern besteht die Kritik der Welt des Datenmarktes an der Welt der Datenschutzpraxis deshalb auch nicht in der Annahme einer asymmetrischen Beziehung zwischen Kunden und Unternehmen. Problematisch an der Position der Datenschutzpraktiker ist vielmehr, dass sie die Seite der Betroffenen „von vornherein absolut setzt“ und die Belange der Unternehmen dabei übersieht (Bull 2006: 1619). Es ist damit die Welt des Datenmarktes, die klar identifizierbare Interessen bei Kunden und Unternehmen ausmacht, die in der Folge eines Interessenausgleichs bedürfen.

Weitere wichtige Subjekte sind der nationale (deutsche) und der europäische Gesetzgeber. Sie setzen die Regeln für den Datenmarkt. Größere Beachtung finden auch internationale Gremien und ihre Leitlinien (z.B. die OECD) sowie Regierungen und Aufsichtsbehörden anderer großer Industrienationen, allen voran der USA (vgl. Weichert 2000). Als Vorreiterland der Internetwirtschaft beeinflussen die in den USA bestehenden und geplanten Regelungsaktivitäten den global gedachten Datenmarkt. Das Regulierungsgeschehen in den USA kann sowohl für Handlungsdruck sorgen, wie bei der Anerkennung der EU-Datenschutzstandards für US-Unternehmen durch die ‚Safe-Harbor-Regelung‘ (vgl. Roßnagel et al. 2001: 83), als auch als Vorbild bzw. kritische Kontrastfolie für eigene Reformen dienen (Bräutigam 2012: 641; Weichert 2000: 159). Eine wichtige Rolle in der Welt des Datenmarktes spielen zudem einfache Gerichte (im Gegensatz zum Verfassungsgericht) sowie Verbraucherschutzverbände. Sie agieren als Markt-

wächter und können bei Wettbewerbsverstößen angerufen werden. Auch die Datenschutzaufsichtsbehörden spielen bei der Marktregulierung eine Rolle; sie dominieren die Welt des Datenmarktes aber nicht derart wie das in der Rechtfertigungsordnung der Datenschutzpraxis der Fall ist.

Verzeichnis der Objekte und Formen: Dateneigentum, Privatrecht, Selbstregulierung

Die mit Abstand wichtigsten Objekte dieser Welt sind die zum handelbaren Gut gewordenen Daten. Sie sind nicht mehr nur das Nebenprodukt, das lediglich zur Erbringung der ‚eigentlichen Leistung‘ notwendig ist. Hiervon war besonders die Welt der Datenschutzpraxis in den 2000er-Jahren noch ausgegangen (vgl. Bräutigam 2012: 635). In der Welt des Datenmarktes sind die Daten selbst zum Zweck geworden und zwar in zweierlei Hinsicht. Erstens gehört zur Informationsgesellschaft auch eine verdatete Wirtschaft, in der Daten Produktionsbedingung und Produkt von Wertschöpfungsprozessen zugleich sind (vgl. bereits Weichert 2000: 158). Die Anwendung neuer Datenanalysemethoden wie *data mining* (vgl. Kap. 6.1) führt zu neuen ‚Geschäftsmodellen‘ wie personalisierter Werbung und darauf aufbauenden Angeboten wie z.B. Suchmaschinen. Diese neuen Phänomene müssen datenschutzrechtlich erst einmal ‚qualifiziert‘ werden (Schafft/Ruoff 2006: 500).

Zweitens fungieren personenbezogene Daten bei diesen neuen Geschäftsmodellen als Währung der Kunden. Aus dieser zur „Lebenswirklichkeit“ (Bräutigam 2012: 635) der Kunden gewordenen Verfügung über ‚ihre Daten‘, ergibt sich ein *de facto* Eigentumsrecht an Daten (vgl. schon Ladeur 2000: 18; Weichert 2000: 178). Auch wenn die Stimmen in der Welt des Datenmarktes stellenweise noch vorsichtig und bisweilen kritisch mit dem Eigentumsbegriff verfahren (Weichert 2000: 75), erkennen sie in der Mehrzahl ein „neuartiges Eigentumsrecht“ (Ladeur 2000: 18), ein „eigentumsähnliches Recht an der Nutzung personenbezogener Daten“ (Bräutigam 2012: 639) oder zumindest ein „Quasi-Immaterialgüterrecht“ (Peifer 2009: 226; ähnlich auch schon Weichert 2000: 175) an. Hieraus erwächst ein starkes Argument für die Einwilligung als Mittel zur Verfügung über die ‚eigenen Daten‘ (vgl. Schafft/Ruoff 2006: 501). Kommerzialisierung ist in der Welt des Datenmarktes damit keine Verfallserscheinung mehr (Bräutigam 2012: 639). In einer verdateten Wirtschaft erscheint die Kommodifizierung personenbezogener Daten als konsequenter Schritt, der nicht nur mehr Flexibilität in der Wertschöpfung durch Daten, sondern auch mehr Kontrolle für die Kunden ermöglicht (Bräutigam 2012: 639; vgl. bereits Ladeur 2000: 18).

Die Welt des Datenmarktes ist geprägt durch das experimentelle Nebeneinander vieler verschiedener Rechtsgebiete, deren jeweiliger Nutzen und ihr gegenseitiges Zusammenspiel noch erprobt werden muss. Im Kern geht es dabei darum, das Datenschutzrecht

wie es im Bundesdatenschutzgesetz normiert ist, auf seine Tauglichkeit für datenbasierte Wertschöpfung zu befragen und zu ergänzen. Im Fall der Einwilligung ist daher zu klären, inwiefern sie in ihrer derzeitigen Form als Mittel der „Verfügungsbefugnis“ über die eigenen Daten geeignet ist (Schafft/Ruoff 2006: 501). Die widerrufliche und freiwillige Einwilligung des BDSG erfüllt diese Voraussetzung nicht. Sie widerspricht dem Prinzip ‚Daten gegen Leistung‘ (Schafft/Ruoff 2006: 504). Vielmehr bedarf es eines „Zwitters“ aus Vertrag und Einwilligung – eines „Datenüberlassungsvertrags“ (Weichert 2000: 178). Ein solcher lässt sich qua Neuinterpretation der Einwilligung und des ohnehin im BDSG enthaltenen Erlaubnistatbestands des Vertrages bereits aus dem bestehenden Datenschutzrecht ableiten (Bräutigam 2012: 640).

Zur Rechtfertigung dieser Neuinterpretation der Einwilligung macht die Welt des Datenmarktes starke Anleihen im bürgerlichen Vertragsrecht nach BGB und im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (vgl. Buchner 2010: 43; Bräutigam 2012: 639). Eine besondere Rolle kommt dabei der bejahenden Rechtsprechung zur Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts bei Prominenten zu, allen voran der „Marlene-Dietrich-Entscheidung“ des BGH (vgl. Bräutigam 2012: 639). Ausgehend hiervon erhebt die Welt des Datenmarktes die Forderung:

„Gleiches muss dann aber auch für die Kommerzialisierung der Persönlichkeit von solchen Personen gelten, die zwar nicht berühmt sind, die aber zumindest den wirtschaftlichen Wert ihrer personenbezogenen Daten nutzen möchten.“ (Buchner 2010: 43)

Bedeutende Stimmen in der Welt der Kommunikation dagegen lehnen eine derart stark am Persönlichkeitsrecht orientierte Ausrichtung des Datenschutzes als individualistisch ab (vgl. Roßnagel et al. 2001: 58; Simitis 2011c: 87).

Kennzeichnend für die Welt des Datenmarktes ist zudem der Bezug auf das AGB- und Wettbewerbsrecht sowie eine generelle Offenheit gegenüber Formen der Ko- und Selbstregulierung wie Gütesiegeln, Zertifizierungen und *Codes of Conduct*. Im Inventar des Datenmarktes tauchen derartige Regulierungsvorschläge bereits früh auf (vgl. Weichert 2000: 181) und bilden die Basis für Regulierungsinnovation in der Welt der Datenschutzpraxis. Eine ebensolche Regulierungsinnovation, die in der Welt der Datenschutzpraxis verstärkt Einzug hält, ist auch die Beschreitung des Klageweges, sei es auf individuellem Wege als auch durch Verbraucherschutzverbände und Datenschutzbehörden (vgl. Caspar 2013; Buchner 2015: 402). Die neuen Koordinations- und Regelungsmechanismen sind auch für die Einwilligung bedeutsam: Einwilligungserklärungen etwa können zertifiziert oder AGB-rechtlich beklagt werden.

Prüfung, Urteil und Evidenz: Empirischer Nachweis der datenbasierten Wohlfahrt

Die Prüfung erfolgt in der Welt des Datenmarktes durch den Beleg des beiderseitigen Nutzens für Kunden und Unternehmen sowie dem damit verbundenen Nachweis einer kollektiven Wohlfahrt durch datenbasierte Wertschöpfung. Der Wohlfahrts-Nachweis kann auch in Form eines negativen Kriteriums, d.h. der Abwesenheit von Schäden, erfolgen: ‚Harmlosigkeit‘ ist hier das Stichwort (vgl. Bull 2006: 1618). Das *Urteil* ergeht in keiner privilegierten Form, sieht man einmal von Marktstudien ab. Ähnlich wie in der Welt der Kommunikation, fällt das Urteil in öffentlichen Datenschutzdebatten.

Als stützende *Evidenz* dient ‚Empirie‘, zum einen in Form von Umsatz- und Unternehmenszahlen. Ein besonders prominentes Beispiel hierfür sind die Mitgliederzahlen sozialer Netzwerke (vgl. Bräutigam 2012: 635). Sie zeugen vom beiderseitigen Gewinn für Unternehmen und Kunden und verweisen damit auf die kollektive Wohlfahrt durch die globale Vernetzung auf privaten Plattformen. Eine andere Stütze sind für jedermann nachvollziehbare Erinnerungen an den alltäglichen Nutzen und das ‚Nicht-mehr-weg-denken-können‘ der Leistungen des Datenmarktes. So ist z.B. ein Leben ohne Profil bei Facebook für Studenten kaum noch vorstellbar (vgl. Buchner 2015: 404). Für die Einwilligung heißt das schließlich: Wo der Nutzen des Modells ‚Daten gegen Leistung‘ bewiesen ist, ist auch der Nutzen der Einwilligung als dem zentralen Instrument dieses Interessenausgleichs belegt.

Im Zuge der zunehmenden Präsenz von Kundenvertretern wie Verbraucherschutzverbänden und Datenschutzbehörden in der Welt des Datenmarktes zeichnen sich jedoch Uneinigkeiten bei der Prüfung und der Interpretation der Evidenzen ab: Steht der Profit des Unternehmens im richtigen Verhältnis zum Profit des Verbrauchers, wenn dieser durch die weit gefassten und vor allem intransparenten Einwilligungserklärungen großer Internetdienste sein „gesamtes digitales Leben“ an diese „abtritt“ (Buchner 2015: 405)? Und verweist das ‚Nicht-mehr-weg-denken-können‘ nicht vielmehr auf den sozialen Zwang zur Nutzung großer, monopolartiger Internetdienste (Buchner 2015: 404)? Die empirische Klärung dieser Fragen und Probleme erfolgt in der ‚Welt des Nutzers‘. Sie stellt einem Kompromiss zwischen Datenschutzpraxis und Datenmarkt dar, den ich im Anschluss skizziere.

Folgen für die Einwilligung: Reform hin zum vertraglichen Interessenausgleich

In der Gesamtbetrachtung fällt die Welt des Datenmarktes durch eine starke Bejahung der Einwilligung auf. Sie begegnet der Einwilligung aus der Welt der Datenschutzpraxis allerdings keineswegs unkritisch. Ausgehend von einer eigentumsrechtlichen Konzeption personenbezogener Daten fordert sie eine folgenschwere Reform der Einwilligung hin zum austauschvertraglichen Interessenausgleich. Zugleich erfolgen aus der Welt des

Datenmarktes Reformimpulse wie die Integration des Wettbewerbsrechts in den Datenschutz, das Auftreten von Verbraucherschutzverbänden sowie Formen der Regelsetzung unterhalb der einfachgesetzlichen Ebene. Diese Neuerungen erlauben konstruktive Kompromisse mit der Welt der Datenschutzpraxis, die den Ideen des Datenmarktes auf diesem Wege zu Einfluss verhilft.

6.4 Der Kompromiss: Die Einwilligung in der Welt des Nutzers

Tabelle 5: Die Welt des Nutzers als Kompromiss

Grammatik	Ausprägung
<i>Übergeordnetes Gemeinwohlprinzip</i>	unentschieden: Nebeneinander der Funktionsfähigkeit des Datenschutzes (Welt der Datenschutzpraxis) und der datenbasierten Wertschöpfung (Welt des Datenmarktes)
<i>Was groß ist</i>	Transparenz Empirisierung und Nachweisbarkeit
<i>Was klein ist</i>	Fehlentscheidungen des Nutzers, fehlende Auswahlmöglichkeiten
<i>Subjekte</i>	Kompromissformel des Nutzers, charakterisiert durch sein Entscheidungs- und Informationsverhalten
<i>Beziehungen zwischen den Subjekten</i>	asymmetrische Informationsbeziehungen zwischen Nutzern und Unternehmen
<i>Objekte und Formen</i>	Datenschutzerklärungen (<i>privacy policies</i>) (verhaltens)ökonomische Theorien Experimente und Umfragen Regulierungsinnovationen: <ul style="list-style-type: none"> • Technischer- und Selbstschutz • Visualisierung der Informationsdarstellung • Prozeduralisierung des Datenschutzes durch delegierte Rechtsakte, Ko- und Selbstregulierung
<i>Folgen für die Einwilligung</i>	Stärkung und Verengung der Einwilligung unter dem Banner der Informiertheit Verwissenschaftlichung der Einwilligung Anschlussfähigkeit an angelsächsischen Privacy-Begriff

Der von mir als ‚Welt des Nutzers‘ bezeichnete Kompromiss aus Datenschutzpraxis und Datenmarkt löst verspätet ein, was einige Stimmen bereits zur Jahrtausendwende forderten: Die „Betroffenen werden zu Teilnehmern des Datenschutzes“ (Roßnagel et al. 2001: 37). Diskursive Relevanz erlangt die Welt des Nutzers nämlich erst um 2010 im Zuge der Debatte über soziale Netzwerke im Internet (vgl. Buchner 2010: 39).

(Noch kein) übergeordnetes Gemeinwohlprinzip

Die Welt des Nutzers ist ein Kompromiss, da sie das *Gemeinwohlprinzip* der Wertschöpfung durch Daten und das Funktionieren des Datenschutzes in der Praxis nebeneinanderstellt, ohne dass sich bislang ein eigenständiges übergeordnetes Prinzip herausgebildet hat. Der Bezug auf den Nutzer bleibt ambivalent und damit sowohl anschlussfähig für die Datenschutzpraxis als auch den Datenmarkt. Absehbar ist allerdings, dass der namensgebende ‚Nutzer‘ und seine ‚informierte Einwilligung‘ hier zum maßgeblichen Prüfkriterium erwachsen. Die *Prüfung* qua Nachweis der Wertschöpfung, wie sie in der Welt des Datenmarktes durchgeführt wird, könnte so ins Hintertreffen geraten.⁵²

Grundlage des Kompromisses ist die arbeitsteilige Verbindung aus dem ingenieurhaften Prüfen der Welt der Datenschutzpraxis und der Empirisierung, d.h. der Ergründung der ‚wirklichen‘ Nutzungspraktiken der Welt des Datenmarktes. Während sich die Datenschutzpraktiker eher für die Schaffung und Wirksamkeitskontrolle von Regeln interessieren, geht von der Welt des Datenmarktes ein starker Impuls für vorherige Erfassung der Realität, in die man interveniert, aus. Der Kompromiss der Welt des Nutzers besteht darin, aus der Untersuchung der „Einwilligung in der Praxis“ in einem zweiten Schritt „Handlungsoptionen“ abzuleiten (Arnold et al. 2015: 731, 732). Denn „effektiv wiederum kann ein Datenschutzrecht nur dann sein, wenn es auch ein Mindestmaß an Realitätsnähe aufweist.“ (Buchner 2010: 43). Der gemeinsame Nenner ist mit anderen Worten die Ergründung des „Alltags“ der Nutzer (vgl. Beisenherz/Tinnefeld 2011: 110; Buchner 2010: 41). Im Ergebnis kommt es in der Welt des Nutzers zu einer *Verwissenschaftlichung* der Einwilligung.

Verzeichnis der Subjekte: Der Nutzer als Kompromissformel

Der Bezug auf den ‚Nutzer‘ ist eine Kompromissformel, auf die sich sowohl die Welt der Datenschutzpraxis als auch die des Datenmarktes positiv beziehen können. Der Nutzer ist zum einen ‚Betroffener‘, da er sich im Alltag ihm überlegenden Unternehmen

⁵² Boltanski und Thévenot prognostizieren, dass es in Kompromisswelten zumeist zu einer gütlichen Umgehung der Prüfung kommt, solange sich kein eigenes Äquivalenzprinzip mit einem dazugehörigen Prüfverfahren herausgebildet hat (2007: 367, 375). Dafür spricht, dass das Material keine klaren Aussagen zur Prüfung in der Kompromisswelt des Nutzers hergibt. Die Frage der Prüfung behandle ich bei ihrer Darstellung deshalb nicht weiter.

gegenübersieht, deren Anforderungen in Form von ‚privacy policies‘ ihn tendenziell überfordern und ihn zu unvorteilhaften Entscheidungen verleiten (Arnold et al. 2015: 732). Zugleich *entscheidet* er sich als Kunde eines Dienstes mit seiner Einwilligung auch für die Nutzung ‚seiner Daten‘ im Austausch für eine Leistung – er handelt (Arnold et al. 2015: 730). In dieser Betrachtung des Betroffenen und Kunden als aktives, *sich verhaltendes*, Subjekt liegt die Besonderheit des Nutzerbegriffs. Aus seinem potenziell unvorteilhaften ‚Verhalten‘ ergibt sich das Mandat und der Ansatzpunkt für das Optimieren der Einwilligung. Dem Nutzer sollen Hilfestellungen an die Hand gegeben werden, die den Interessenausgleich auf dem Datenmarkt fairer gestalten.

Verzeichnis der Objekte und Formen: Verhaltensökonomie und Informationsdesign

Die Einwilligung tritt in der Welt des Nutzers als ‚informed consent‘ auf den Plan. Das Problem, das es im Zuge der Einwilligung zu lösen gibt, ist also die Sicherstellung informierter Entscheidungen. Hier liegt das „strukturelle Problem“ (Pollmann/Kipker 2016: 378), dessen Lösung sich der Kompromiss zwischen Datenschutzpraxis und Datenmarkt verschrieben hat. Einfache Datenschutzgesetze reichen hierzu nicht aus. Die Einwilligung muss vielmehr dort verbessert werden, wo sie den Nutzern konkret begegnet, d.h. in den Einwilligungs- und Datenschutzerklärungen der Internetdienste. Deren Verständlichkeit muss durch ein besseres „Design“ erhöht werden (Arnold et al. 2015: 732). Die Einwilligungserklärung wird damit gewissermaßen selbst zum Produkt oder ist zumindest ein veritabler Teil der Datendienstleistung.

Im ‚Design-Prozess‘ kommen zunächst Verfahren zur Ergründung des Status quo zum Einsatz: Wie und warum ‚verhalten‘ sich Nutzer beim Einwilligen unvorteilhaft? Zur Beantwortung dieser Frage werden experimentelle Studien oder Bevölkerungsumfragen durchgeführt. Zu deren Auswertung kommen (verhaltens)ökonomische Erklärungen zum Einsatz (Arnold et al. 2015: 731). Diese befinden, dass die „Opportunitätskosten“ zum Lesen von AGBs und Datenschutzerklärungen für die Nutzer zu hoch sind. Die Nutzer schließen außerdem fälschlicherweise aus dem bloßen Vorhandensein von *privacy policies* auf ein hohes Schutzniveau. An optimalen Entscheidungen werden die Nutzer zudem durch zu lange *privacy policies* („transparency paradox“) und „cognitive biases“ gehindert. Darüber hinaus besteht ein sozialer Zwang zur Nutzung bestimmter Dienste („Lock-in-Effekt“). Nicht zuletzt werden die Nutzer benachteiligt durch fehlende „Wahlmöglichkeiten“ und den daraus resultierenden Zwang, immer alle Funktionen eines Dienstes zu benutzen oder auf ihn zu verzichten („take it or leave it“). Schließlich fehlt es den Nutzern an Datenschutzkompetenz; sie ‚resignieren‘ ob der „technischen Übermacht“ und es kommt zum *privacy paradox* (vgl. Kap. 3): Nutzer „zeigen zwar in Befragungen ein hohes Maß an Sorge um ihre persönlichen Daten, ignorieren aber im konkreten Entscheidungsfall die entsprechenden Hinweise“ (Arnold et al. 2015: 733).

Ausgehend von diesen Befunden lautet die oberste Maxime der Welt des Nutzers, Abhilfe zu schaffen und dem Nutzer zu besseren Einwilligungsentscheidungen zu verhelfen. „Datenschutzkompetenzförderung“ soll das „selbstverantwortliche Datenschutzmanagement der Betroffenen“ verbessern (Caspar 2013: 769). Hierbei können auch Datenschutztechniken auf Nutzerseite wie Assistenzprogramme helfen, die versehen mit den Präferenzen der Nutzer, die vielen alltäglichen Einwilligungen mit den datenverarbeitenden Unternehmen aushandeln (z.B. P3P oder Do-not-Track).⁵³ Als hilfreich zur besseren Informationsaufbereitung gelten auch „One-Pager“ bzw. abgestufte Datenschutzerklärungen, bei denen dem Nutzer zunächst eine Kurzversion der Datenschutzerklärung angezeigt wird, die er dann je nach Interesse auch auf höheren Detailstufen lesen kann (vgl. Pollmann/Kipker 2016: 379; ähnlich Arnold et al. 2015: 733). Noch weiter gehen Ideen zur Einführung einer Art Lebensmittelampel für Internetdienste, bei der das existierende Schutzniveau und die Nutzungsbedingungen in Symbolsprache visualisiert werden (vgl. Pollmann/Kipker 2016: 380). Einen großen Wert legt man in der Welt des Nutzers darauf, die Wirksamkeit solcher Maßnahmen auf das Nutzerverhalten zu evaluieren – am besten experimentell (Arnold et al. 2015: 733).

Neben diesen Informationsmaßnahmen auf Nutzerseite, können auch datenschutzfördernde Voreinstellungen (*privacy by default*) und eine datenschutzgerechte Konzipierung der Dienste im Vorfeld (*privacy by design*) auf der Seite der Unternehmen zu fairen Einwilligungen verhelfen (Caspar 2013: 768). Über die Einhaltung dieser Prinzipien können wiederum die Datenschutzsymbole informieren (Pollmann/Kipker 2016: 380). Auf europäischer Ebene sieht die neue Datenschutzgrundverordnung hierzu Verfahren zur Entwicklung solcher Maßnahmen in Form von delegierten Rechtsakten sowie Formen der Selbst- und Koregulierung vor (Pollmann/Kipker 2016: 380). Der Datenschutz bzw. die Einwilligung werden in der Welt des Nutzers damit ‚prozeduralisiert‘⁵⁴. Das einfache Gesetz bildet den Ausgangspunkt für weitere Koordinationsbemühungen mit dem Ziel, die Einwilligung in der ‚Wirklichkeit‘ funktionieren zu lassen.

Nicht in der Datenschutzgrundverordnung vorgesehen, jedoch in der Welt des Nutzers ebenfalls diskutiert, sind Techniken des *nudging*, also auf verhaltensökonomischen Erwägungen fußende ‚Stupse‘, z.B. durch die Platzierung bestimmter Informationen, die dem Nutzer bestimmte Wahlmöglichkeiten näher legen als andere und als solche von ihm nicht bemerkt werden (Arnold et al. 2015: 733). In diesem Zusammenhang könnte sich ein Konflikt anbahnen, zwischen denjenigen, die vorteilhaftere Einwilligungsentscheidungen durch die Förderung von Datenschutzkompetenz erreichen wollen, und

⁵³ Der Impetus für technischen Datenschutz kommt schließlich interessanterweise, und historisch gesehen noch vor allen anderen Welten, aus der Welt der Kommunikation (Ladeur 2000: 19; Roßnagel et al. 2001: 72).

⁵⁴ Diese Formulierung verdanke ich Jeanette Hofmann.

damit am Leitbild des informierten Nutzers festhalten, und jenen ‚liberalen Paternalisten‘, die das verdeckte Setzen von Verhaltensanreizen als legitime Regulierungsform betrachten. Abgesehen von diesem *möglichen* Konflikt, hat sich die Welt des Nutzers vom Streit zwischen Paternalismus und Selbstbestimmung, wie er in den anderen Welten schwelt, weitgehend verabschiedet. Die Auseinandersetzung ist dem Kompromiss der informierten Wahl zwischen verschiedenen vorgegebenen Optionen gewichen.

Folgen für die Einwilligung: Transparenz, Ökonomisierung, Verwissenschaftlichung

Anders als die drei bislang vorgestellten Welten ist die Welt des Nutzers stärker eine einwilligungsspezifische Rechtfertigungsordnung. Allein die Existenz einer solch gezielt einwilligungsspezifischen Welt ist ein Indiz für den anhaltenden Bedeutungszuwachs der Einwilligung im Datenschutz. Zugleich verengt sich die Einwilligung in der Welt des Nutzers auf die Anforderung der Transparenz bzw. Informiertheit. Bemerkenswert an der Welt des Nutzers ist die bloße Zahl von Regulierungsinnovationen, mit denen sie zur Reform und damit zur Abstützung der Einwilligung beiträgt. Darüber hinaus spricht der Einzug in die neue EU-Datenschutzgrundverordnung für den Einfluss der Welt des Nutzers. Ihre starke wissenschaftliche Fundierung sowie die gleichzeitige intuitive Nachvollziehbarkeit der Nutzerperspektive dürfte hierbei entscheidend sein. Beachtlich ist auch ihre Anbindung an internationale und vor allem angelsächsisch geprägte Debatten. Eine Konsequenz hieraus ist die Aufhebung der strikten Trennung zwischen einem grundrechtlich verstandenen *Datenschutz* und der eigentumsrechtlich verstandenen Konzeption von *Privacy* (vgl. Kap. 2), wie sie auch die Welt des Datenmarktes vertritt. Abzuwarten bleibt, ob die diskursive Präsenz der Welt des Nutzers in der technischen Zukunft abnehmen wird, da viele ihrer Überlegungen sich auf eine ganz bestimmte Generation von Internetdiensten, vor allem nämlich soziale Netzwerke, beziehen. Offen ist auch, welche Akteure das (verhaltens)ökonomische Wissen über den Nutzer in ihre Praxis aufnehmen. Verbraucherschutzverbände erscheinen hierfür als geeigneter Kandidat. Ebenfalls unklar ist, inwiefern die neuen Einsichten über den Nutzer sich auf bestehenden Rechtsformeln wie die ‚Willensfreiheit‘ auswirken (vgl. Beisenherz/Tinnefeld 2011).

7 Einordnung: Entwicklungslinien der Einwilligung

Die nun rekonstruierten Rechtfertigungswelten zeugen von der Produktivität heterogener Bewertungs- und Evaluationspraktiken der Einwilligung. Im Folgenden fasse ich zunächst die großen Entwicklungslinien zusammen, die sich aus meiner Analyse für die Einwilligung ergeben. Danach kontextualisiere ich meine Ergebnisse noch einmal spezifischer in Bezug auf die Rechtfertigungssoziologie und den Mehrwert, den ihre Anwendung gegenüber der juristischen Perspektive auf die Einwilligung bietet. Anschließend komme ich zurück auf die Frage nach der Einwilligung als einem politischen Instrument. Die Einordnung der Ergebnisse schließt mit einer Reflektion des diskursanalytischen Vorgehens sowie der Grenzen und Desiderate der Untersuchung.

7.1 Permanenz und Wandel: Entwicklungslinien der Einwilligung

Das zentrale Resultat meiner Analyse besteht in der rechtfertigungstheoretischen Rekonstruktion des Einwilligungsdiskurses. Die von mir herausgearbeiteten Rechtfertigungswelten zeigen, dass die Einwilligung keine monolithische Figur ist, sondern ihre Stabilität aus verschiedenen, untereinander irreduziblen Realitäten und Wertmaßstäben zieht. Diese umfassen (1) grundsätzliche Erwägungen zur Aufrechterhaltung der Kommunikationsfähigkeit in der Informationsgesellschaft (*Welt der Kommunikation*), (2) pragmatische Überlegungen zur Funktionsfähigkeit des Datenschutzes (*Welt der Datenschutzpraxis*), (3) das Wohlfahrtsversprechen datenbasierter Wertschöpfung (*Welt des Datenmarktes*) und als Kompromissformel schließlich (4) die Sorge um das Informations- und Entscheidungsverhalten des Nutzers (*Kompromisswelt des Nutzers*).

Irreduzibilität meint, dass Kommunikationsfähigkeit etwa in der Welt der Datenschutzpraxis keine Rolle spielt. Die Prüfung und die vorgebrachte Evidenz sind für sie schlichtweg nicht nachvollziehbar. Auch die Nutzerzahlen von sozialen Netzwerken sind in der Datenschutzpraxis kein Ausdruck von Richtigkeit – im Gegenteil. Diese irreduzible Heterogenität, ist jedoch nicht mit beliebiger Vielfalt zu verwechseln. Denn außerhalb dieser Welten wird die Einwilligung eben gerade nicht verhandelt. Sie markieren damit die Grenzen des Sag- und Denkbaren.

Aus *diachroner Perspektive* betrachtet, sind diese Welten jedoch nicht immer in gleichem Maße wirkmächtig, sondern ändern ihre innere Gestalt sowie ihr Verhältnis zueinander im Zeitverlauf. Die substantielle Folge dieser Verschiebungen ist, dass es spätestens mit den 2010er-Jahren weniger um das *Ob*, sondern um das *Wie* der Einwilligung

zu gehen scheint. Die treibende Kraft hinter dieser Entwicklung sind Konflikte und die daraus resultierenden Kompromisse innerhalb und zwischen den Rechtfertigungsordnungen.

Der Schritt vom Ob zum Wie der Einwilligung ist daher nicht mit einem Einwilligungskonsens verwechseln. Er ist das Ergebnis von Auseinandersetzungen, in denen vor allem Stimmen in der Welt der Datenschutzpraxis in Verbindung mit der Welt des Datenmarktes auf Kritiken reagiert haben, die die Einwilligung grundsätzlich in Frage zu stellen drohten. Auch wenn diese Grundsatzkritik ebenso aus Teilen der Welt der Kommunikation kam (und bis heute kommt), deutet meine Untersuchung daraufhin, dass vor allem der Konflikt zwischen Anhängern der ‚Freiwilligkeit‘ und der ‚Informiertheit‘ der Einwilligung innerhalb der Welt der Datenschutzpraxis hier die entscheidende Rolle spielte. Ob diese weltinterne Auseinandersetzung der Datenschutzpraxis dabei im Kern durch die Welt des Datenmarktes induziert war oder diese den Konflikt eher schürte, bleibt offen. Meine Rekonstruktion der Einwilligungsdebatte legt jedenfalls nahe, dass die Kritik der Welt des Datenmarktes an der Freiwilligkeitsanforderung mit dazu beigetragen hat, dass dieser Konflikt zugunsten der Informiertheit ausging. Die Akzentuierung der Informiertheit in der Welt der Datenschutzpraxis ebnete damit erst den Weg zum Kompromiss zwischen der Welt des Datenmarktes und der Welt der Datenschutzpraxis in der Welt des Nutzers mit ihrem Fokus auf Transparenz.

Den im zweiten Kapitel eingeführten Konflikt zwischen Reformern und Gegnern der Einwilligung (vgl. Kap. 2.2.5) konnte ich damit nicht nur substantiell, als Auseinandersetzung zwischen unterschiedlichen Rechtfertigungsweisen der Einwilligung, sondern auch zeitlich differenzieren. Ich gehe jedoch davon aus, dass der Konflikt um die Einwilligung mit der Verschiebung zum *Wie* der Einwilligung nicht abgeflaut ist, sondern eher seine Gestalt verändert. Es werden nun andere kritische Fragen an die Einwilligung gestellt, vor allem danach, wann von einer wirklich ‚informierten‘ Einwilligung gesprochen werden kann. Zudem zeugt die immer noch, wenn auch in marginalisierter Form, vorhandene Grundsatzkritik an der Einwilligung in der Welt der Kommunikation von einem kritischen Potential, das sich zu einem späteren Zeitpunkt wieder stärker entfalten kann. An dieser Stelle möchte ich deshalb noch einmal hervorheben, dass die skizzierten zeitlichen Verschiebungen zwischen den drei Welten und auch ihre inneren Veränderungen nichts an deren eigenständigem Fortbestehen ändern. Hierfür liefern die von mir untersuchten Texte keine Anhaltspunkte. Das nebeneinander Fortbestehen der drei bzw. vier Rechtfertigungswelten interpretiere ich als Stützung der Einwilligung *an sich*. Sie formen zusammen und zugleich gegeneinander einen Raum der Kritik und Rechtfertigung, innerhalb dessen die Einwilligung stetig neu erfunden werden kann.

Aus der geschilderten Entwicklung der Welten lassen sich drei charakteristische Entwicklungslinien der Einwilligung ableiten. Ein erster Trend ist die zunehmende Betonung der Anforderung der *Informiertheit* gegenüber der Freiwilligkeit der Einwilligung. Der Begriff ‚Informiertheit‘ wird dabei zunehmend ersetzt durch die Termini ‚Transparenz‘ und ‚informed consent‘. Meine Analyse legt daher nahe, dass der *informed consent* im Datenschutz eine eher jüngere Entwicklung darstellt.

Sowohl ‚Transparenz‘ als auch ‚informed consent‘ implizieren, dass die bloße Bereitstellung von Informationen für eine informierte Einwilligung nicht ausreicht. Die Ausgestaltung der Einwilligungsinformationen muss sozialwissenschaftlichen Maßstäben folgen. Außerhalb des Informiertheitsaspekts spielt wissenschaftliches bzw. ingenieurhaftes Denken vor allem in Fragen der datenschutzrechtlichen Technikgestaltung, die ebenfalls als Stütze der Einwilligung fungiert, eine Rolle. Ich argumentiere daher, dass sich eine *Verwissenschaftlichung* der Einwilligung abzeichnet.

Daneben zeugt der Transparenz-Begriff von der *Ökonomisierung* der Einwilligung. Transparenz gilt als Voraussetzung fairer Verträge zwischen Kunden und Unternehmen. Damit ist die über die Transparenz-Fokussierung hinaus bedeutendste Implikation der Ökonomisierung der Einwilligung bereits angesprochen: der vertragliche Tausch. Er steht für das Prinzip ‚Daten gegen Leistung‘, das die Einwilligung verwirklicht und dessen Richtigkeit vor allem die Welt der Datenschutzpraxis lange bestritten hat. Die Welt der Kommunikation kritisiert diese aus ihrer Sicht ‚Kommerzialisierung‘ der Einwilligung in Teilen bis heute. Das Verständnis der Einwilligung als *Mittel des Interessenausgleichs*, wie ich es nach der einführenden Durchsicht der rechtswissenschaftlichen Lehrmeinung konstatiert habe (vgl. Kap. 2.3), erscheint im Lichte der diskursanalytisch gewonnenen Ergebnisse als Resultat der Ökonomisierung der Einwilligung. Ökonomisierung meint dann, dass die Einwilligung als eine Übereinkunft zwischen an Datenverarbeitung interessierten Unternehmen und an deren Produkten interessierten Kunden erscheint. Die Ökonomisierung der Einwilligung geht jedoch nicht mit der Annahme symmetrischer Beziehungen zwischen Einwilligenden und Datenverarbeitern einher. Bei genauerem Hinsehen wird diese Asymmetrie nicht bestritten, sondern offen problematisiert, vor allem beim Thema Transparenz. Das Stichwort lautet hier ‚Informationssasymmetrien‘. Die Ökonomisierung der Einwilligung abstrahiere ich hier als generellen Trend, da sie ein weltenübergreifendes Phänomen darstellt, das nicht (mehr) nur in der Welt des Datenmarktes vorkommt.

7.2 Einwilligung und Recht: Heterodoxie statt juristischer Mustergültigkeit

Die von mir rekonstruierten Welten differenzieren somit die *juristische Erzählung* der Einwilligung in mehrerlei Hinsicht. Zunächst widerspricht die Irreduzibilität der Rechtfertigungswelten der Subsumptionslogik des Rechts. Die durch verfassungsrechtliche Dispositive geprägte Welt der Kommunikation geht den anderen Welten eben nicht voraus und überlagert sie. Ihre verhältnismäßig marginale Stellung in der Einwilligungsdebatte zeugt eher vom Gegenteil. Kontraintuitiv mutet zudem an, dass die Einwilligung gerade in der verfassungsrechtlichen geprägten Welt der Kommunikation auch grundsätzlich in Frage gestellt wird.

Überdies weist meine Analyse, eigentlich wenig überraschend, auf eine Vielzahl *rechtlicher Dispositive* hin, die die Einwilligung abstützen. Überraschend gegenüber der rechtswissenschaftlichen Erzählung einer hierarchischen Rechtsordnung ist dabei jedoch, dass die verschiedenen rechtlichen Dispositive in den jeweiligen Rechtfertigungswelten über einen Eigenwert verfügen, der nicht mit ihrer gemeinhin angenommenen Stellung im Rechtssystem korrespondieren muss. In der Welt des Datenmarktes erscheint die Marlene-Dietrich-Entscheidung zur Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts bedeutsamer als das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Die Welt der Datenschutzpraxis interessiert das Verfassungsrecht mit Bezug auf die Einwilligung ebenfalls kaum, denn es trägt nicht zu ihrer Konkretisierung in der Praxis bei. Entgegen der Subsumptionslogik des Rechts zieht die Einwilligung ihre Beharrungskraft damit nicht allein aus der Werteordnung der Grundrechte, die auf das einfache Recht abfärben. Nicht normative Unterordnung, sondern gerade das Nebeneinander verschiedener rechtlicher Formen scheint die Einwilligung abzustützen.

Noch stärker mit der juristischen Sicht auf die Einwilligung bricht der rechtfertigungssoziologische Blick jedoch durch die Identifikation einer Vielzahl an nicht-juristischen Formen, Verfahren und Maßstäben. Liegt die Welt der Kommunikation noch verhältnismäßig nah an einem reinen juristischen, da im Kern verfassungsrechtlichen, Bewertungsmaßstab, orientieren sich die Welt der Datenschutzpraxis und der Kommunikation an eindeutig nicht juristischen Gemeinwohlprinzipien. In diesen Welten spielen zudem eine Vielzahl von *außerrechtlichen Dispositiven* eine Rolle. Sie bauen auf Verzeichnisse und Berichte (Welt der Datenschutzpraxis), Unternehmenszahlen (Welt des Datenmarktes) oder verhaltensökonomische Erklärungsmodelle (Kompromisswelt des Nutzers). Weiter entzaubert wird die juristische, aber auch eine allzu ingenieurhafte Vorstellung von der Einwilligung, durch ihre Stützung auf Alltagsbeispiele wie Gleichnisse aus der interpersonalen Kommunikation (Welt der Kommunikation), der Berufung auf Einzelfälle und den Erzählungen großer Datenschutzkontroversen (Welt der Daten-

schutzpraxis) oder dem Verweis auf alltägliche Nutzungserfahrungen (Welt des Datenmarktes). Einen ausgesprochenen Gegenpol zu dieser Banalisierung bietet allein die verwissenschaftlichte Kompromisswelt des Nutzers, in der alltägliche Annahmen über das Einwilligungsverhalten der Prüfung unterzogen werden. Insgesamt erscheint das juristische Wissen über die Einwilligung rechtfertigungssoziologisch betrachtet wesentlich unaufgeräumter und heterodoxer als aus juristischer Sicht.

7.3 Gutes Regieren? Die Einwilligung als politisches Instrument

Der konzeptionelle Ausgangspunkt meiner Arbeit war es, die Einwilligung als *politisches Instrument* zu verstehen, das durch juristische Expertise abgestützt wird. Meine Analyse zeigt, dass diese Expertise das Ergebnis heterogenerer Bewertungspraktiken ist, die mit konkreten Folgen für die Ausgestaltung der Einwilligung einhergehen – vor allem einem Fokus auf Transparenz und einem Wandel hin zum Tauschvertrag. Aus politikwissenschaftlicher Sicht im engeren Sinne fällt dabei auf, dass zur Rechtfertigung der Einwilligung oft explizit auf bestimmte Regulierungskonzepte Bezug genommen wird. Das bestätigt nicht nur, dass die Einwilligung als politisches Instrument, im Sinne einer ‚Methode, um soziale Probleme zu lösen‘ (vgl. Kap. 3), betrachtet wird. Es zeigt auch, dass die Einwilligung mit verschiedenen Vorstellungen ‚guten Regierens‘ zusammenfällt.

Die Welt der Kommunikation verbindet die Frage nach der Einwilligung in der Informationsgesellschaft mit der Debatte um den Gewährleistungsstaat. Angesichts einer als neu wahrgenommenen Komplexität⁵⁵, hier verursacht durch die Vernetzung der Gesellschaft, kann und soll dieser nicht mehr steuernd, sondern *rahmend* agieren (vgl. Trute et al. 2007: 243). Politisch eng damit verwandt ist der Bezug der Welt der Datenschutzpraxis auf Debatten über die Reform der Verwaltung. In ihrem Beklagen der datenschutzrechtlichen Normenflut und der sukzessiven Übernahme von Ansätzen der Ko- und Selbstregulierung, nimmt sie Anleihen bei Konzepten des *New Public Managements* und seiner spezifisch deutschen Ausprägung im *Neuen Steuerungsmodell*, das die bürokratische Steuerung über „Regeln und Ressourcen“ einer „ziel- und ergebnisorientierten Steuerung“ (Jann 2005: 76) vorzieht. Besonders das *Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts* (Roßnagel et al. 2001) lässt sich im Geiste dieser Ideen zur Verwaltungsreform lesen. Mit dem Verweis auf Ko- und Selbstregulierung ist das Regulierungsideal der Welt des Datenmarktes bereits benannt. Darüber hinaus lässt sich die dort vertretene Idee eines Eigentumsrechts an personenbezogenen Daten auch als

⁵⁵ Vgl. Kerchner (2010) zur Konjunktur des Komplexitäts-Begriff.

Regulierung durch Kommodifizierung und Vermarktlichung verstehen. Ein prominentes Beispiel hierfür ist der Emissionshandel (vgl. Voß 2007). Die Kompromisswelt des Nutzers schließlich greift auf Einsichten über die Grenzen der Informationsbereitstellung und die Möglichkeiten verhaltensökonomisch informierter Regulierung (*nudging*) in der Verbraucherpolitik (vgl. Strünck/Reisch 2015) zurück.

Nicht erst im Lichte dieser neuen Regulierungskonzepte erscheint es leicht, die Einwilligung als ‚neoliberales‘ politisches Instrument zu bezeichnen, das den Datenschutz individualisiert und die Betroffenen zu selbstverantwortlichen *Datensubjekten* macht (Hull 2015). Mit Blick auf meine Frage nach der Beharrungskraft der Einwilligung, besitzt die Neoliberalismusthese jedoch nur begrenzten analytischen Gehalt, denn sie verdeckt gerade jene Heterogenität und Ambivalenz, die die Einwilligung zu ihrer Stützung benötigt. Mit *Heterogenität* meine ich, dass gerade die auch von mir konstatierte Ökonomisierung der Einwilligung nicht nur ein Produkt der Überlegungen der Welt des Datenmarktes ist, sondern sich auch auf die naturwissenschaftlich-ingenieurhafte Fabrikation der Einwilligung durch die Welt der Datenschutzpraxis und zu ganz geringen Teilen auch auf das Gemeinwohlprinzip der Kommunikationsfähigkeit⁵⁶ stützt. *Ambivalenz* meint dagegen, dass die Rechtfertigungswelten immer auch umstritten sind und damit das Potential zu erneuter Kritik und Reform an der Einwilligung bereithalten. Von Ambivalenz zeugt auch, dass die neue Sorge um den Nutzer nicht allein durch Individualisierung und Verantwortlichmachung gekennzeichnet ist. Besonders das Einziehen des Verbraucherschutzes in den Datenschutz bringt auch neue Elemente kollektiver Koordinationsformen mit sich. So verfügt die neue EU-Datenschutzgrundverordnung in Artikel 80 über ein Verbandsklagerecht gegen Datenschutzvergehen, was auch Verstöße gegen Einwilligungsregeln einschließt. Dieses Beispiel zeigt, dass die Einwilligung durchaus auch durch kollektive Elemente gestützt wird, was die These einer neoliberalen Verantwortlichmachung oder Individualisierung zumindest differenziert.

7.4 Methodisches Fazit und Desiderate

Mit der Kritik an einer Individualisierung des Datenschutzes durch die Einwilligung ist oft auch die Annahme verbunden, sie wäre gegenüber anderen Datenschutzinstrumenten dominant und würde diese Überlegenheit sukzessive fortschreiben. (Europäische) Vertreter dieser These stützen sich zu ihrer Begründung vor allem auf die prominente Rolle der Einwilligung im europäischen Datenschutz im Allgemeinen und der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung im Besonderen (vgl. Kosta 2013: 383; Koops 2014: 251; van der Sloot 2014: 321). Meine Arbeit ist ihrer Anlage nach weder dazu in der Lage,

⁵⁶ Hier im Sinne jener Stimmen aus der Welt der Kommunikation, die für ein neues *laissez faire* datenvermittelter Kommunikation eintreten (vgl. Kap. 6.1).

diese These plausibel zu bestätigen, noch sie zu widerlegen. Zwar weist meine These eines Wandels vom Ob zum Wie darauf hin, dass die Einwilligung an Bedeutung gewonnen hat. Jedoch fehlt der systematische Vergleich mit der Bedeutung anderer Instrumente und Erlaubnistatbestände im Datenschutz. Denn ich habe vor allem Texte speziell zur Einwilligung im Datenschutz analysiert und nicht das Schrifttum zum Datenschutz im Allgemeinen. Dieser Hinweis leitet über zum methodischen Fazit und den weiteren Grenzen dieser Arbeit.

Die spezifische *diskursanalytische Vorgehensweise*, bei der die Rechtfertigungsordnungen an ein praxeologisches Diskursverständnis vermittelt wurden, hat zum gewünschten epistemologischen Bruch mit der juristischen Erzählung der Einwilligung geführt. Seine handwerkliche Entsprechung fand dieses Vorgehen in der Grounded Theory inspirierten Kodierstrategie und Materialauswahl. Als besonders ertragreich hat sich die diskursanalytische „Ausklammerung des subjektiven Sinns“ (Diaz-Bone 2006: 76) erwiesen, die es möglich macht, Rechtfertigungswelten nicht an einzelnen Autoren und ihren vermeintlichen Positionen und Interessen festzumachen, sondern in ihren Texten mehrere Rechtfertigungswelten bzw. Diskursstränge zu erkennen. Die von mir vorgenommene Zuordnung von Subjekten in den Rechtfertigungswelten ist daher auch nicht mit den Autoren der zitierten Texte gleichzusetzen. Vielmehr konstituieren die in den Texten auffindbaren Äußerungen (bzw. ihre Verdichtung zu *Aussagen*) bestimmte Rollen und die mit ihnen verbundene Zuschreibung von Handlungsmacht erst (Kerchner 2006: 159). Dass etwa die Einwilligenden in der Welt der Datenschutzpraxis ‚Betroffene‘ sind, in deren Namen Datenschutzbehörden in ihren Jahresberichten – und nicht allein Verfassungsrichter in ihren Urteilen oder Unternehmen in ihren Unternehmenszahlen – über die Einwilligung urteilen dürfen, ist aus diskursanalytischer Perspektive das Ergebnis und nicht das *a priori* der Analyse.

Meine Analyse hat den Anspruch verfolgt, ‚eigene‘ Rechtfertigungsordnungen zu identifizieren (vgl. Kap. 4.2). Dem lässt sich entgegen, dass die von mir rekonstruierten Welten der Kommunikation, der Datenschutzpraxis und des Datenmarktes am Ende doch der staatsbürgerlichen, industriellen und der Marktwelt von Boltanski und Thévenot (2007) entsprechen. Genauer betrachtet, bestehen jedoch gewichtige Unterschiede, die nicht nur der thematischen Spezifizierung geschuldet sind. So betont etwa die von mir identifizierte Welt des Datenmarktes gegenüber dem ‚Original‘ viel stärker das Unternehmen-Kunden-Verhältnis und geht von Wohlfahrt statt von Preisen als Element der Prüfung aus. Ein weiterer Unterschied zwischen den von mir rekonstruierten Welten und denen aus *Über die Rechtfertigung* besteht in meiner stärkeren Betonung innerweltlicher Konflikte.

Bedeutsamer als die Frage nach der Originalität der rekonstruierten Rechtfertigungswelten sind jedoch andere *Grenzen meiner Analyse*. Bedingt durch mein kleinteiliges Vorgehen, das sich auf die händische Durchsicht repräsentativer Texte beschränkt hat, bleiben die konkreten Gewichtungen der Rechtfertigungswelten zueinander sowie deren Veränderungen über den vor mir betrachteten Untersuchungszeitraum eher grob umrissen. Das betrifft vor allem meine These einer Verschiebung vom Ob zum Wie der Einwilligung, die genauerer Fundierung bedarf. Hieran anschließende Untersuchungen könnten mittels einer teil-automatisierten Durchsicht größerer Textmengen zu belastbareren diachronen Aussagen gelangen. Darüber hinaus verweist das Stichwort Zeitlichkeit auf ein generelles Desiderat meiner Untersuchung: den Vergleich des von mir untersuchten Zeitraums mit dem Prä-Internet-Zeitalter des Datenschutzes, d.h. den 1970er- und 1980er-Jahren (vgl. die kurze Geschichte der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Kap. 2.2.2).

Schließlich habe ich mich bewusst auf die deutsche Debatte der Einwilligung im Datenschutz fokussiert. Hieran anschließend bieten sich Vergleiche mit der Verhandlung der Einwilligungsfrage im europäischen und vor allem auch im US-amerikanischen Kontext an. Letzteres ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer angenommenen globalen Diffusion des Einwilligungsverständnisses von US-Internetunternehmen relevant (vgl. Belli/Venturini 2016). Die von mir skizzierte Entwicklungslinie einer Ökonomisierung der Einwilligung, die eine eigentumsrechtliche Vorstellung personenbezogener Daten umfasst und sich damit dem idealtypischen angelsächsischen Verständnis von *privacy* annähert, deutet in diese Richtung. Eine solche Untersuchung müsste jedoch, ebenso wie die in dieser Arbeit verfolgte Analyse, einen epistemologischen Bruch mit eben jenen musterhaften Annahmen wie der Gleichsetzung von *privacy* und Eigentum vollziehen. Anderenfalls droht sie, Klischees zu reproduzieren.

8 Fazit: Datenschutz ist ein politisches Problem

Diese Arbeit ging der Frage nach, wie sich die Beharrungskraft der Einwilligung als zentrales Instrument des Datenschutzes im Internet erklären lässt. Beantwortet habe ich diese Frage vermittels einer interpretativen Policy-Analyse, die auf einer konzeptionellen Doppelbewegung beruht. Zum einen habe ich die Einwilligung als politisches Instrument betrachtet, das in vermeintlich technischen – in meinem Fall – juristischen Debatten geformt wird. Zum anderen habe ich dieses juristische Expertenwissen mithilfe einer rechtfertigungssoziologisch angeleiteten Diskursanalyse rekonstruiert.

Im Ergebnis bezieht die Einwilligung ihre Beharrungskraft aus dem konfliktären Wechselspiel von Kritik und Rechtfertigung zwischen drei Bewertungslogiken (Rechtfertigungsordnungen): (1) der Rolle der Einwilligung bei der Aufrechterhaltung demokratisch wertvoller Kommunikation, (2) dem nachweisbaren Funktionieren der Einwilligung in der Datenschutzpraxis und (3) ihrer Rolle bei der Verwirklichung einer wohlfahrtsfördernden Datenökonomie. Gerade durch ihr *unfriedliches* Nebeneinander stabilisieren diese Rechtfertigungsordnungen die Einwilligung.

Darüber hinaus zeigt meine Analyse, wie sich das Einwilligungswissen in der Zeit von der Jahrtausendwende bis heute verändert hat. Durch Konflikte und daraus resultierende Kompromisse haben sich die Rechtfertigungsweisen der Einwilligung sowie ihr Verhältnis untereinander verschoben. In der Folge lässt sich ab den 2010er-Jahren ein Trend zur Ökonomisierung und Verwissenschaftlichung sowie ein damit verbundener Fokus auf die Transparenz der Einwilligung konstatieren. Diese Entwicklungslinien laufen in der (4) der Sorge um die Nutzer von Internetdiensten zusammen.

Ich habe damit nachgezeichnet, dass die Einwilligung im Datenschutz nicht zwangsläufig als ‚informed consent‘ oder ‚Interessenausgleich‘ zwischen Einwilligenden und Datenverarbeitern daherkommen muss. Diese Formung ist vielmehr ein jüngerer Resultat von Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Rechtfertigungsweisen der Einwilligung. Für den von mir betrachteten Zeitraum erklärt sich die Beharrungskraft der Einwilligung damit hauptsächlich durch ihre Fähigkeit, die Kritik der Verfechter eines Datenmarktes, nach der die Einwilligung einem Tauschvertrag ‚Daten gegen Leistung‘ gleichkommen soll, mit den Bedenken der Datenschutzpraktiker zu vereinen. Dies geschieht in der Formel der Transparenz oder allgemeiner, einem als Verbraucherschutz verstandenem Datenschutz, der das Informations- und Einwilligungsverhalten der Nutzer in den Mittelpunkt stellt.

Unklar bleibt jedoch, welche Rolle der Maßstab der demokratischen Kommunikationsfähigkeit dabei spielt. Dieser erweist sich nur in Teilen als anschlussfähig an den skizzierten Einwilligungskompromiss. Denn eben gerade aus der Perspektive demokratischer Kommunikationsfähigkeit heraus, kritisieren einige Stimmen die Einwilligung und ihren Einsatz in der Datenökonomie grundsätzlich. Diese Unentschiedenheit reicht über die Einwilligungsdebatte hinaus. Sie verweist auf das noch neue Problem der Einforderung von Grundrechten in der privatisierten Kommunikationsinfrastruktur des Internets – oder anders formuliert: der Zukunft der Demokratie im *Datenkapitalismus* (Hofmann 2017).

Meine Neubeschreibung der Einwilligungsdebatte irritiert das juristische Einwilligungswissen in zwei Punkten. Zum einen stellt sie andere und vielfältigere Normativitäten als den Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung, und damit die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde in den Vordergrund. In der Folge bricht sie mit der Subsumptionslogik des Rechts, nach der die Umsetzung der Einwilligung allein dem verfassungsrechtlichen Maßstab der informationellen Selbstbestimmung folge. Zum anderen zeigt meine Analyse, dass die juristische Expertise zur Einwilligung sich vielfach und in zunehmendem Maße auf außerrechtliches Wissen stützt, z.B. verhaltensökonomische Erklärungen oder sozialwissenschaftliche Debatten über die Zukunft des Regierens.

Diese Neubeschreibung wäre nicht möglich gewesen ohne die Rechtfertigungssoziologie. Sie bietet einen theoretisch und methodologisch kohärenteren Rahmen als die bisherigen Arbeiten der post-positivistischen Instrumentenforschung. Auch über die Instrumentenforschung hinaus erstaunt deshalb, warum besonders die interpretative Policy-Analyse die Rechtfertigungssoziologie nicht rezipiert.⁵⁷ Denn die Rechtfertigungssoziologie erscheint in besonderem Maße kompatibel mit den Erkenntnisinteressen einer interpretativen Policy-Analyse. Auch ihr geht es um das *Wie* der Entstehung sozialer Ordnung und ihrer maßgeblichen Konfliktlinien.

Die Rechtfertigungssoziologie bietet zudem eine originelle Antwort auf das Problem des „fehlenden gesellschaftstheoretischen Bezugsrahmens der Politikfeldanalyse“ (Schneider/Janning 2006: 69). Die Frage nach der Gesellschaftstheorie verweist neben dem Wunsch nach *analytischer* Ganzheitlichkeit immer auch auf die Forderung nach einem *normativen* Maßstab und damit der Möglichkeit von Kritik (vgl. Ladwig 2009: 26). Die Rechtfertigungssoziologie unterläuft diese traditionelle Trennung zwischen Analyse und Normativität, indem sie nicht sich selbst, sondern die von ihr beobachtete

⁵⁷ Dieser Befund einer Leerstelle bezieht sich auf Arbeiten, die sich der interpretativen Policy-Analyse zu rechnen (vgl. Münch 2016). In der weiteren Politikwissenschaft finden sich immerhin vereinzelte Arbeiten, die auf die Rechtfertigungssoziologie Bezug nehmen (vgl. Hanrieder 2016).

Praxis als Maßstab der Kritik betrachtet. Mit Blick auf die Einwilligung ist dann z.B. nicht interessant, ob ein bestimmter Strang der Sozialwissenschaft sie als individualistisch kritisiert. Die Rechtfertigungssoziologie interessiert sich viel mehr dafür, ob diese Kritik in der Praxis beobachtbar und wirkmächtig ist. In den von mir rekonstruierten Rechtfertigungsordnungen spielt die Kritik an der individualisierenden Wirkung der Einwilligung bezeichnenderweise eine untergeordnete Rolle. Vorhanden, jedoch nicht von signifikanter Bedeutung, ist sie allenfalls in der Welt der Kommunikation (vgl. Simitis 2011c: 123).

Selbst wenn er an sich noch kein umfassendes Analysewerkzeug darstellt, erweist sich der konzeptionelle Blick der neueren Forschung zu politischen Instrumenten als instruktiv. Sie betrachtet Instrumente wie die Einwilligung nicht allein als die uninteressante technische Antwort auf wichtigere politische Fragen, sondern erblickt gerade die großen Fragen nach Macht und der Organisation des Sozialen in den scheinbar technischen Aspekten politischer Instrumentierung (Lascombes/Le Gales 2007: 3). In diesem Sinne konnte ich zeigen, dass die Einwilligung entscheidende Richtungsdebatten tangiert, etwa nach der zukünftigen Rolle des Staates, der Verantwortung privater Unternehmen für gesellschaftliche Kommunikation und der Frage des (Daten)Eigentums⁵⁸.

Am Ende beweist meine Analyse, dass die Politikwissenschaft einen relevanten Beitrag zum Datenschutz leisten kann, der sowohl über die alltägliche politische als auch die juristische Sicht auf den Datenschutz hinausgeht. Von der politischen Alltagswahrnehmung unterscheidet die hier eingenommene Perspektive, dass sie die Konfliktlinien der Datenschutzpolitik nicht im binären Schema ‚mehr vs. weniger Datenschutz‘ verortet. Gerade die Einwilligung, die parteiübergreifend kritisiert und gerechtfertigt wird, zeugt von der Unzulänglichkeit einer solchen Sichtweise. Von der juristischen Sicht unterscheidet eine politik- und sozialwissenschaftliche Perspektive schließlich jene Reflexivität, die es möglich macht, juristisches und auch ihr eigenes Wissen selbst als politisch zu problematisieren. In Anlehnung an eine Formulierung des wegweisenden *Gutachtens zu den Grundfragen des Datenschutzes* (Steinmüller et al. 1971: 41), schließe ich deshalb mit den Worten: *Datenschutz ist ein politisches, kein juristisches Problem.*

⁵⁸ Für eine kurze Zusammenfassung über die jüngsten Äußerungen zum Dateneigentum auf deutscher und europäischer Ebene vgl. <https://netzpolitik.org/2017/dateneigentum-merkel-ist-noch-unsicher-ob-unsere-daten-firma-a-oder-firma-b-gehoren-sollen/>; 05.04.2017.

Literatur

- Acquisti, Alessandro (2010): The economics of personal data and the economics of privacy. In: *Carnegie Mellon University Research Showcase @CMU*, Heinz College Research.
- Angermüller, Johannes (2007): Nach dem Strukturalismus: Theoriediskurs und intellektuelles Feld in Frankreich. Bielefeld: Transcript.
- Arnold, René/Hillebrand, Annette/Waldburger, Martin (2015): Informed Consent in Theorie und Praxis: Warum Lesen, Verstehen und Handeln auseinanderfallen. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 39 (11), 730–734.
- Bäcker, Matthias (2012): Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private. In: *Der Staat*, 51 (1), 91–116.
- Barnett, Clive/Cloke, Paul/Clarke, Nick/Malpass, Alice (2011): Globalizing responsibility: the political rationalities of ethical consumption. Chichester, West Sussex: Wiley-Blackwell.
- Barocas, Solon/Nissenbaum, Helen (2014): Big Data's End Run around Anonymity and Consent. In: Lane, Julia/Stodden, Victoria/Bender, Stefan/Nissenbaum, Helen (Hrsg.), *Privacy, Big Data, and the Public Good: Frameworks for Engagement*. Cambridge: Cambridge University Press, 44–75.
- Barthe, Yannick/Blic, Damien de/Heurtin, Jean-Philippe/Lagneau, Éric/Lemieux, Cyril/Linhardt, Dominique/Bellaing, Cédric Moreau de/Rémy, Catherine/Trom, Danny (2016): Pragmatische Soziologie: Eine Anleitung. In: *Soziale Welt*, 67 (2), 205–232.
- Beisenherz, Gerhard/Tinnefeld, Marie-Theres (2011): Aspekte der Einwilligung: Zivil- und strafrechtliche Bezüge der Einwilligung im Datenschutzrecht. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 35 (2), 110–115.
- Belli, Luca/Venturini, Jamila (2016): Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. In: *Internet Policy Review*, 5 (4), 1–17.
- Bennett, Colin J. (2008): The privacy advocates: resisting the spread of surveillance. Cambridge, MA: MIT Press.
- Bernhard, Stefan/Schmidt-Wellenburg, Christian (2012): Feldanalyse als Forschungsprogramm. In: Bernhard, Stefan/Schmidt-Wellenburg, Christian (Hrsg.), *Feldanalyse als Forschungsprogramm 1*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 27–56.
- Bizer, Johann (2007): Sieben Goldene Regeln des Datenschutzes. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 31 (5), 350–356.
- Boltanski, Luc (2013): A Journey Through French-Style Critique. In: du Gay, Paul/Morgan, Glenn (Hrsg.), *New Spirits of Capitalism?* Oxford: Oxford University Press, 43–59.
- Boltanski, Luc/Chiapello, Ève (2006): Der neue Geist des Kapitalismus. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft.
- Boltanski, Luc/Thévenot, Laurent (1999): The Sociology of Critical Capacity. In: *European Journal of Social Theory*, 2 (3), 359–377.
- Boltanski, Luc/Thévenot, Laurent (2007): Über die Rechtfertigung: eine Soziologie der kritischen Urteilskraft. Hamburg: Hamburger Edition.
- Bourdieu, Pierre (1987): The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field (Translator's Introduction by Richard Terdiman). In: *Hastings Law Journal*, 38, 805–853.
- Bourdieu, Pierre/Wacquant, Loïc J. D. (1996): Die Ziele der reflexiven Soziologie. In: Bourdieu, Pierre/Wacquant, Loïc J. D. (Hrsg.), *Reflexive Anthropologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 95–249.

- Bräutigam, Peter (2012): Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten. In: *MultiMedia und Recht: MMR*, 2012 (10), 635–641.
- Breuer, Franz (2010): *Reflexive Grounded Theory: eine Einführung für die Forschungspraxis*. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer VS.
- Buchner, Benedikt (2010): Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 34 (1), 39–43.
- Buchner, Benedikt (2015): Message to Facebook. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 39 (6), 402–405.
- Buchner, Benedikt (2016): Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*,.
- Bull, Hans Peter (2006): Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese? In: *Neue Juristische Wochenschrift: NJW*, 59 (23), 1617–1623.
- Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (2016): Schufa und Co. Text abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Fragen_Antworten/FAQ_Auskunfteien_Schufa/Auskunftei_table.html (Zugriff am 15.1.2017).
- Bundesverfassungsgericht (1983): Urteil vom 15. Dezember 1983 (Volkszählungsurteil). Az. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Text abrufbar unter: <https://openjur.de/u/268440.html>.
- Caspar, Johannes (2013): Soziale Netzwerke – Endstation informationelle Selbstbestimmung?: Ein Bericht aus der Behördenpraxis. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 37 (12), 767–771.
- Caspar, Johannes (2015): Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts. Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit.
- Commission nationales de l’informatique et des libertés (2012): Google Privacy Policy: Main findings and recommendations. Text abrufbar unter: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/en/GOOGLE_PRIVACY_POLICY_-_RECOMMENDATIONS-FINAL-EN.pdf.
- Diaz-Bone, Rainer (2006): Die interpretative Analytik als methodologische Position. In: Kerchner, Brigitte/Schneider, Silke (Hrsg.), *Foucault: Diskursanalyse der Politik*. Eine Einführung. 1. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 68–84.
- Diaz-Bone, Rainer (2010): *Kulturwelt, Diskurs und Lebensstil: eine diskurstheoretische Erweiterung der Bourdieuschen Distinktionstheorie*. 2., erweiterte Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Diaz-Bone, Rainer (2012): Ökonomische Felder und Konventionen. In: Bernhard, Stefan/Schmidt-Wellenburg, Christian (Hrsg.), *Feldanalyse als Forschungsprogramm 1*. Wiesbaden: Springer VS, 99–119.
- Diaz-Bone, Rainer (2015a): *Die „Economie des conventions“*. Wiesbaden: Springer VS.
- Diaz-Bone, Rainer (2015b): Recht aus konventionentheoretischer Perspektive. In: Knoll, Lisa (Hrsg.), *Organisationen und Konventionen: Die Soziologie der Konventionen in der Organisationsforschung*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 115–133.
- Diaz-Bone, Rainer/Thévenot, Laurent (2010): Die Soziologie der Konventionen. Die Theorie der Konventionen als ein zentraler Bestandteil der neuen französischen Sozialwissenschaften. In: *Trivium*, 5 (1).
- Dreyfus, Hubert L./Rabinow, Paul (1994): *Michel Foucault: jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*. 2. Aufl. Weinheim: Beltz-Athenäum.
- Europäische Kommission (2015): *Special Eurobarometer 431 Data Protection*.

- Fischer, Frank (2003): Public Policy as Narrative: Stories, Frames, and Metanarratives. In: Fischer, Frank (Hrsg.), *Reframing Public Policy. Discursive Politics and Deliberative Practices*. Oxford: Oxford University Press, 161–180.
- Forum Privatheit und selbstbestimmtes Leben in der digitalen Welt (2016): Policy Paper: Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung. Schlussfolgerungen der interdisziplinären Konferenz des Forums Privatheit. Karlsruhe: Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung ISI.
- González Fuster, Gloria (2014): *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Cham: Springer.
- Gottweis, Herbert (2003): Post-positivistische Zugänge in der Policy-Forschung. In: Maier, Matthias Leonhard/Nullmeier, Frank/Pritzlaff, Tanja/Wiesner, Achim (Hrsg.), *Politik als Lernprozess*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 122–138.
- Grimm, Dieter (2013): Der Datenschutz vor einer Neuorientierung. In: *JuristenZeitung: JZ*, 68 (12), 585–592.
- Grüttner, Michael (2013): Über das schwierige Verhältnis von Ökonomie der Konventionen und Neoinstitutionalismus. In: *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, 14 (2), 17.
- Gutwirth, Serge (2012): Short statement about the role of consent in the European data protection directive. Brüssel: Vrije Universiteit Brussel.
- Hanrieder, Tine (2016): Orders of Worth and the Moral Conceptions of Health in Global Politics. In: *International Theory*, 8 (03), 390–421.
- Hay, Colin (2007): *Why we hate politics*. Cambridge: Polity Press.
- Hermstrüwer, Yoan (2015): Informationelle Selbstgefährdung. Zur rechtsfunktionalen, spieltheoretischen und empirischen Rationalität der datenschutzrechtlichen Einwilligung und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
- Hofmann, Jeanette (2017): Demokratie im Datenkapitalismus. Das Verhältnis von Medien und Macht muss neu vermessen werden. *WZB Mitteilungen*, 14–17.
- Hood, Christopher (2007): Intellectual Obsolescence and Intellectual Makeovers: Reflections on the Tools of Government after Two Decades. In: *Governance*, 20 (1), 127–144.
- Hornung, Gerrit (2015): *Grundrechtsinnovationen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Howlett, Michael (2005): What is a Policy Instrument. In: Eliadis, Pearl/Margaret, M. Hill/Howlett, Michael (Hrsg.), *Designing government: From instruments to governance*. Montreal, Quebec: McGill-Queen's University Press.
- Howlett, Michael/Ramesh, M. (1993): Policy-Instrumente, Policy-Lernen und Privatisierung: Theoretische Erklärungen für den Wandel in der Instrumentenwahl. In: Héritier, Adrienne (Hrsg.), *Policy-Analyse*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 245–264.
- Hull, Gordon (2015): Successful Failure: What Foucault Can Teach Us about Privacy Self-Management in a World of Facebook and Big Data. In: *Ethics and Information Technology*, 17 (2), 89–101.
- Iraschko-Luscher, Stephanie (2006): Einwilligung – ein stumpfes Schwert des Datenschutzes? In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 30 (11), 706–710.
- Jann, Werner (2005): Neues Steuerungsmodell. In: Blanke, Bernhard/von Bandemer, Stephan/Nullmeier, Frank/Wewer, Göttrik (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 74–84.
- Kamlah, Ruprecht B. (1971): *Datenschutz im Spiegel der angloamerikanischen Literatur. Ein Überblick über Vorschläge zur Datenschutzgesetzgebung*. Bundestagsdrucksache VI/3826, Anlage 2. Bonn: Deutscher Bundestag.

- Kamp, Meike/Rost, Martin (2013): Kritik an der Einwilligung. Ein Zwischenruf zu einer fiktiven Rechtsgrundlage in asymmetrischen Machtverhältnissen. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 37 (2), 80–84.
- Katko, Peter/Babaei-Beigi, Ayda (2014): Accountability statt Einwilligung? Führt Big Data zum Paradigmenwechsel im Datenschutz? In: *MultiMedia und Recht: MMR*, 2014 (6), 360–364.
- Kelle, Udo/Kluge, Susann (2010): Vom Einzelfall zum Typus: Fallvergleich und Fallkontrastierung in der qualitativen Sozialforschung. 2., überarb. Aufl. Wiesbaden: Springer VS.
- Keller, Reiner (2011): Diskursforschung: eine Einführung für SozialwissenschaftlerInnen. 4. Aufl. Wiesbaden: Springer VS.
- Kerchner, Brigitte (2006): Wirklich Gegendanken. Politik analysieren mit Michel Foucault. In: Kerchner, Brigitte/Schneider, Silke (Hrsg.), *Foucault: Diskursanalyse der Politik. Eine Einführung*. 1. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 145–164.
- Kerchner, Brigitte (2010): Regieren in einer komplexer werdenden Demokratie. In: *FEMINA POLITICA—Zeitschrift für feministische Politikwissenschaft*, 19 (2).
- Knoll, Lisa (2012): Über die Rechtfertigung wirtschaftlichen Handelns. Wiesbaden: Springer VS.
- Kohte, Wolfhard (1985): Die rechtfertigende Einwilligung. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, 185 (2), 105–161.
- Koops, B.-J. (2014): The Trouble with European Data Protection Law. In: *International Data Privacy Law*, 4 (4), 250–261.
- Körner, Marita (2000): Informierte Einwilligung als Schutzkonzept. In: Simon, Dieter/Weiss, Manfred (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum für Spiros Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 131–150.
- Kosta, Eleni (2013): Consent in European data protection law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Kübler, Dorothea (2017): Der freigiebige Verbraucher. In der Ära der Digitalisierung schwindet die Privatsphäre – wie auch der Datenschutz. *WZB Mitteilungen*, 26–29.
- Kutscha, Martin (2010): Mehr Datenschutz — aber wie? In: *Zeitschrift für Rechtspolitik: ZRP*, 43 (4), 112–114.
- Ladeur, Karl-Heinz (2000): Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken. Zur „objektiv-rechtlichen Dimension“ des Datenschutzes. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 24 (1), 12–19.
- Ladwig, Bernd (2009): *Moderne politische Theorie. Vorlesungsband: Fünfzehn Vorlesungen zur Einführung*. Schwalbach/Ts: Wochenschau Verlag.
- Lascoumes, Pierre/Le Gales, Patrick (2007): Introduction: Understanding Public Policy through Its Instruments? From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation. In: *Governance*, 20 (1), 1–21.
- Le Galès, Patrick (2016): Performance Measurement as a Policy Instrument. In: *Policy Studies*, 37 (6), 508–520.
- von Lewinski, Kai (2002): Privacy Policies: Unterrichtungen und Einwilligung im Internet. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 26 (7), 395–400.
- von Lewinski, Kai (2014): *Die Matrix des Datenschutzes: Besichtigung und Ordnung eines Begriffsfeldes*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lynggaard, Kennet (2012): Discursive institutional analytical strategies. In: Exadaktylos, Theofanis/Radaelli, Claudio (Hrsg.), *Research Design in European Studies: Establishing Causality in Europeanization*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 85–104.
- Maier, Matthias Leonhard/Hurrelmann, Achim/Nullmeier, Frank/Pritzlaff, Tanja/Wiesner, Achim (2003): Einleitung: Kann Politik lernen? In: Maier, Matthias Leonhard/Nullmeier,

- Frank/Pritzlaff, Tanja/Wiesner, Achim (Hrsg.), Politik als Lernprozess. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 7–22.
- Mayring, Philipp (2010): Qualitative Inhaltsanalyse Grundlagen und Techniken. Weinheim: Beltz.
- Menzel, Hans-Joachim (2008): Datenschutzrechtliche Einwilligungen: Plädoyer für eine Rückkehr zur Selbstbestimmung. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 32 (6), 400–408.
- Miller, Peter/Rose, Nikolas S. (2008): Governing Economic Life. In: Miller, Peter/Rose, Nikolas S. (Hrsg.), *Governing the Present: Administering Economic, Social and Personal Life*. Cambridge: Polity Press, 26–52.
- Mouffe, Chantal (2005): *On The Political*. London; New York: Routledge.
- Münch, Sybille (2016): *Interpretative Policy-Analysis: Eine Einführung*. Wiesbaden: Springer VS.
- von Mutius, Albert (2004): Verfassungsrechtliche Grenzen der Einwilligung im Datenschutzrecht. Datenschutz und Datensicherheit zwischen subjektiv–rechtlicher Gewährleistung und objektiv-rechtlichem Schutzauftrag. In: Bizer, Johann/Arens, Heinz-Werner/Bäumler, Helmut (Hrsg.), *Innovativer Datenschutz 1992-2004. Wünsche, Wege, Wirklichkeit*. Für Helmut Bäumler. Kiel: Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, 101–128.
- Nullmeier, Frank (2013): Wissenspolitologie und interpretative Politikanalyse. In: Kropp, Sabine/Kuhlmann, Sabine (Hrsg.), *Der moderne Staat*, Sonderheft 1/2013 Wissen und Expertise in Politik und Verwaltung, 21–43.
- Ohly, Ansgar (2002): „Volenti non fit iniuria“: die Einwilligung im Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Patriotta, Gerardo/Gond, Jean-Pascal/Schultz, Friederike (2011): Maintaining legitimacy: Controversies, orders of worth, and public justifications. In: *Journal of Management Studies*, 48 (8), 1804–1836.
- Peifer, Karl-Nikolaus (2009): Die Einwilligung im Persönlichkeitsrecht – Von der Selbstbestimmung über den „informed consent“ zum Recht auf Kontrolle der Darstellung durch andere? In: Colombi Ciacchi, Aurelia/Godt, Christine/Rott, Peter/Smith, Lesley Jane (Hrsg.), *Haftungsrecht im dritten Millennium - Liability in the Third Millennium*. Nomos, 225–242.
- Peifer, Karl-Nikolaus (2012): Persönlichkeitsschutz und Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung. In: *JuristenZeitung: JZ*, 2012 (17), 851–859.
- Peters, Guy B. (2002): The Politics of Tool Choice. In: Salamon, Lester M. (Hrsg.), *The tools of government: a guide to the new governance*. New York, N.Y: Oxford University Press, 552–564.
- Petri, Thomas (2007): Datenschutzrechtliche Einwilligung im Massengeschäftsverkehr. In: *Recht der Datenverarbeitung: RdV*, 23 (4), 153–158.
- Pinch, Trevor J./Bijker, Wiebe E. (1984): The Social Construction of Facts and Artefacts: Or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other. In: *Social Studies of Science*, 14 (3), 399–441.
- Pohle, Jörg (2011): Ad fontes! – Neu nachdenken – über Datenschutz. Working Paper . Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für Informatik, Arbeitsgruppe Informatik in Bildung und Gesellschaft.
- Pohle, Jörg (2015): Zweckbindung revisited. In: *Datenschutz-Nachrichten: DANA*, 38 (3), 141–145.
- Pohle, Jörg (2016): PERSONAL DATA NOT FOUND: Personenbezogene Entscheidungen als überfällige Neuausrichtung im Datenschutz. In: *Datenschutz-Nachrichten: DANA*, 39 (1), 14–19.
- Pollmann, Maren/Kipker, Dennis-Kenji (2016): Informierte Einwilligung in der Online-Welt. In: *Datenschutz und Datensicherheit: DuD*, 40 (6), 378–381.

- Rauhofer, Judith (2013): One Step Forward, Two Steps Back? Critical observations on the proposed reform of the EU data protection framework. 2013/17. Edinburgh: University of Edinburgh School of Law.
- Rauhofer, Judith (2015): Of Men and Mice: Should the EU Data Protection Authorities' Reaction to Google's New Privacy Policy Raise Concern for the Future of the Purpose Limitation Principle. In: *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 1 (1), 5–15.
- Reckwitz, Andreas (2000): Der Status des „Mentalen“ in kulturtheoretischen Handlungserklärungen: Zum Problem der Relation von Verhalten und Wissen nach Stephen Turner und Theodore Schatzki. In: *Zeitschrift für Soziologie*, 29 (3), 167–185.
- Rogosch, Patricia Maria (2013): Die Einwilligung im Datenschutzrecht. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- Roßnagel, Alexander (2013): Big Data–Small Privacy? Konzeptionelle Herausforderungen für das Datenschutzrecht. In: *Zeitschrift für Datenschutz: ZD*, 3 (11), 562–567.
- Roßnagel, Alexander/Geminn, Christian L./Jandt, Silke (2016): Datenschutzrecht 2016 „Smart“ genug für die Zukunft? Kassel: kassel university press.
- Roßnagel, Alexander/Pfitzmann, Andreas/Garstka, Hansjürgen (2001): Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern. Berlin: Bundesministerium des Innern.
- Rost, Martin (2013): Zur Soziologie des Datenschutzes. In: *Datenschutz und Datensicherheit-DuD*, 37 (2), 85–91.
- Salamon, Lester M. (2002): The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction. In: Salamon, Lester M. (Hrsg.), *The tools of government: a guide to the new governance*. New York, N.Y.: Oxford University Press, 1–47.
- Schaar, Peter (2001): Datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet. In: *MultiMedia und Recht: MMR*, 2001 (10), 644–648.
- Schafft, Thomas/Ruoff, Andreas (2006): Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke zwischen Einwilligung und Vertragserfüllung. In: *Computer und Recht: CR*, 22 (7), 499–504.
- Schapper, Claus H/Dauer, Peter (1987): Die Entwicklung der Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich (I). In: *Recht der Datenverarbeitung: RdV*, 1987 (4), 169–177.
- Schmidt, Robert (2012): Soziologie der Praktiken: konzeptionelle Studien und empirische Analysen. Erste Auflage. Berlin: Suhrkamp.
- Schmidt, Walter (1974): Die bedrohte Entscheidungsfreiheit. In: *JuristenZeitung: JZ*, 29 (8), 241–250.
- Schmidt-Wellenburg, Christian (2013): Diskursiver Wandel im Fadenkreuz von Wissenssoziologischer Diskursanalyse und Feldanalyse. Der Aufstieg der Managementberatung. In: Keller, Reiner/Truschkat, Inga (Hrsg.), *Methodologie und Praxis der Wissenssoziologischen Diskursanalyse*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 451–480.
- Schmidt-Wellenburg, Christian (2015): Konventionen, Felder, Organisationen. In: Knoll, Lisa (Hrsg.), *Organisationen und Konventionen*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 275–299.
- Schneider, Anne/Ingram, Helen (1990): Behavioral assumptions of policy tools. In: *The Journal of Politics*, 52 (2), 510–529.
- Schneider, Volker/Janning, Frank (2006): Politikfeldanalyse Akteure, Diskurse und Netzwerke in der öffentlichen Politik. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften. Text abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-531-90267-8> (Zugriff am 18.5.2014).
- Schröter, Eckhard/Wollmann, Hellmut (2005): New Public Management. In: Blanke, Bernhard/von Bandemer, Stephan/Nullmeier, Frank/Wewer, Göttrik (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 63–74.

- Schwenke, Matthias Christoph (2006): Individualisierung und Datenschutz: rechtskonformer Umgang mit personenbezogenen Daten im Kontext der Individualisierung. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag.
- Simitis, Spiros (1999): Die Erosion des Datenschutzes - Von der Abstumpfung der alten Regelungen und den Schwierigkeiten, neue Instrumente zu entwickeln. In: Sokol, Bettina (Hrsg.), *Neue Instrumente im Datenschutz*. Düsseldorf: Landesbeauftragte für den Datenschutz Nordrhein-Westfalen, 5–40.
- Simitis, Spiros (2007): Hat der Datenschutz noch eine Zukunft? In: *Recht der Datenverarbeitung: RdV*, 23 (4), 143–153.
- Simitis, Spiros (Hrsg.), (2011a): § 1 Zweck und Anwendungsbereich des Gesetzes: 2. Regelungsziel (Abs. 1). In: *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*. 7., neu bearbeitete Auflage. Baden-Baden: Nomos, 189–218.
- Simitis, Spiros (Hrsg.), (2011b): § 4a Einwilligung. In: *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*. 7., neu bearbeitete Auflage. Baden-Baden: Nomos, 432–466.
- Simitis, Spiros (Hrsg.), (2011c): Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien. In: *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*. 7., neu bearbeitete Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- van der Sloot, Bart (2014): Do data protection rules protect the individual and should they? An assessment of the proposed General Data Protection Regulation. In: *International Data Privacy Law*, 4 (4), 307–325.
- Solove, Daniel J (2013): Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. In: *Harvard Law Review*, 126, 1880–1903.
- Steinmüller, Wilhelm/Lutterbeck, Bernd/Mallmann, Christoph/Harborn, U./Kolb, G./Schneider, J. (1971): Grundfragen des Datenschutzes. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern. Bundestagsdrucksache VI/3826, Anlage 1. Bonn: Deutscher Bundestag.
- Strassheim, Holger/Korinek, Rebecca-Lea (2016): Cultivating ‘Nudge’: Behavioural Governance in the UK. In: Voß, Jan-Peter/Freeman, Richard (Hrsg.), *Knowing Governance*. London: Palgrave Macmillan UK, 107–126.
- Strauss, Anselm/Corbin, Juliet (1996): *Grounded theory: Grundlagen qualitativer Sozialforschung*. Weinheim: Beltz.
- Strübing, Jörg (2014): *Grounded Theory. Zur sozialtheoretischen und epistemologischen Fundierung eines pragmatistischen Forschungsstils*. 3., überarbeitete und erweiterte Auflage. Wiesbaden: Springer VS.
- Strünck, Christoph/Reisch, Lucia A. (2015): Verbraucherpolitik. In: Mause, Karsten/Müller, Christian/Schubert, Klaus (Hrsg.), *Politik und Wirtschaft*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 1–23.
- Thévenot, Laurent/Blokker, P./Brighenti, A. (2011): An Interview with Laurent Thevenot: On Engagement, Critique, Commonality, and Power. In: *European Journal of Social Theory*, 14 (3), 383–400.
- Tinnefeld, Marie-Theres/Buchner, Benedikt/Petri, Thomas (2012): *Einführung in das Datenschutzrecht: Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht*. 5., vollständig überarbeitete Aufl. München: Oldenbourg Verlag.
- Truschkat, Inga (2013): Zwischen interpretativer Analytik und GTM – Zur Methodologie einer wissenssoziologischen Diskursanalyse. In: Keller, Reiner/Truschkat, Inga (Hrsg.), *Methodologie und Praxis der Wissenssoziologischen Diskursanalyse*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 69–87.
- Trute, Hans-Heinrich/Kühlers, Doris/Pilniok, Arne (2007): Rechtswissenschaftliche Perspektiven. In: Benz, Arthur/Lütz, Susanne/Schimank, Uwe/Simonis, Georg (Hrsg.), *Handbuch Governance. theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 240–252.

- von Uckermann, Eckart Freiherr (1979): Einwilligung nach BDSG - ein Mißverständnis? In: *Datenschutz und Datensicherung: DuD*, 3 (3), 163–168.
- Voß, Jan-Peter (2007): Innovation Processes in Governance: The Development of „Emissions Trading“ as a New Policy Instrument. In: *Science and Public Policy*, 34 (5), 329–343.
- Voß, Jan-Peter (2016): Realizing Instruments: Performativity in Emissions Trading and Citizen Panels. In: Voß, Jan-Peter/Freeman, Richard (Hrsg.), *Knowing Governance*. London: Palgrave Macmillan UK, 127–152.
- Voß, Jan-Peter/Freeman, Richard (2016): Introduction: Knowing Governance. In: Voß, Jan-Peter/Freeman, Richard (Hrsg.), *Knowing Governance*. London: Palgrave Macmillan UK, 1–33.
- Wagner, Peter (1999): After Justification: Repertoires of Evaluation and the Sociology of Modernity. In: *European Journal of Social Theory*, 2 (3), 341–357.
- Wagner, Peter (2004): Soziologie der kritischen Urteilskraft und der Rechtfertigung: Die Politik- und Moralsoziologie um Luc Boltanski und Laurent Thévenot. In: Moebius, Stephan/Peter, Lothar (Hrsg.), *Französische Soziologie der Gegenwart*. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft, 417–448.
- Wagner, Peter (2011): Handlung, Institution, Kritik. Materialien zur immer noch notwendigen Erneuerung der Gesellschaftstheorie. In: *Soziologische Revue*, 34 (3), 270–276.
- Weichert, Thilo (2000): Zur Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. In: Bäumler, Helmut (Hrsg.), *E-Privacy. Datenschutz im Internet*. Braunschweig: Vieweg, 158–184.
- Zscherpe, Kerstin (2004): Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet. In: *MultiMedia und Recht: MMR*, 2004 (11), 723–727.

Eidesstattliche Erklärung zur Masterarbeit im Fach Politikwissenschaft

Hiermit versichere ich, dass ich die Masterarbeit selbständig und lediglich unter Benutzung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel verfasst habe.

Ich versichere außerdem, dass die vorliegende Arbeit noch nicht einem anderen Prüfungsverfahren zugrunde gelegen hat.

◇ Ich bin damit einverstanden,

◇ Ich bin nicht damit einverstanden,

dass ein Exemplar meiner Masterarbeit in der Bibliothek ausgeliehen werden kann.

Berlin, den 05.04.2017

(Unterschrift)