

## Der typische Facebook-Nutzer zwischen Recht und Realität: zugleich eine Anmerkung zu LG Berlin v. 16.01.2018

Robert Rothmann, Benedikt Buchner

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Rothmann, Robert, and Benedikt Buchner. 2018. "Der typische Facebook-Nutzer zwischen Recht und Realität: zugleich eine Anmerkung zu LG Berlin v. 16.01.2018." *Datenschutz und Datensicherheit - DuD* 42 (6): 342–46. <https://doi.org/10.1007/s11623-018-0953-x>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



# Der typische Facebook-Nutzer zwischen Recht und Realität

## Zugleich eine Anmerkung zu LG Berlin v. 16.01.2018

Soll das Recht seine gesellschaftspolitische Steuerungsfunktion erfüllen, darf es die soziale Wirklichkeit nicht aus dem Blick verlieren.<sup>1</sup> Dies gilt auch für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“,<sup>2</sup> das nicht völlig losgelöst von den Parametern der Realität konzipiert werden darf. Das Recht muss die tatsächlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen, unter denen Verbraucher im Alltag ihre Entscheidungen treffen, und dabei auch in Rechnung stellen, dass das soziale Handeln der Verbraucher mitunter einer Vielzahl von Rationalitätsdefiziten unterliegt. Wie ausgeprägt derartige Defizite gerade im digitalen Massengeschäft ausfallen, zeigen die Daten einer repräsentativen Online-Erhebung unter Facebook-Nutzern, deren wichtigste Ergebnisse hier aus Anlass einer aktuellen Entscheidung des LG Berlin zu den Nutzungs- und Datenschutzbedingungen von Facebook vorgestellt werden.

### <sup>12</sup> 1 Die Entscheidung: LG Berlin v. 16.1.2018

Die Entscheidung des LG Berlin vom Januar dieses Jahres<sup>3</sup> geht auf eine Klage des Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) zurück, die dieser im August 2015 erhoben hatte, nachdem Facebook auf eine Abmahnung wegen diverser Voreinstellungen im

sog. Privatsphäre-Bereich und Klauseln in seinen Nutzungs- und Datenschutzbedingungen nicht reagierte hatte. Die vom vzbv be-anstandeten Voreinstellungen und Klauseln decken funktional und inhaltlich das gesamte Spektrum der Datenverarbeitung von Facebook ab. In seinem Urteil vom 16.1.2018 hat das Landgericht Berlin dem vzbv in insgesamt 14 Punkten Recht gegeben und die jeweiligen Voreinstellungen und Klauseln als rechtswidrig eingeordnet. Dabei betreffen 13 dieser Punkte nichts weniger als die Grundfesten der Datenschutz“philosophie“ von Facebook: Diese beruhen allesamt auf dem Konzept, dass Facebook seinen Nutzern den Willen bzw. entsprechende Willensbekun-dungen dahingehend unterstellt, mit einer Vielzahl von Daten-verarbeitungsprozessen einverstanden zu sein.

Als rechtswidrig hat das LG Berlin u.a. Voreinstellungen eingeordnet, die eine Bereitschaft des Nutzers

- ♦ zur Indexierung des Nutzerprofils durch Suchmaschinen,
  - ♦ zur Kombination von „sozialen Handlungen“ mit Werbeanzeigen oder
  - ♦ zur Ortung im Rahmen der Chat-Funktion
- unterstellen. Ebenso als rechtswidrig und damit unwirksam hat das Gericht Klauseln in den Nutzungsbedingungen und der sog. Datenrichtlinie eingeordnet, die dem Nutzer u.a. unterstellen,
- ♦ mit der Registrierung auch die Nutzungsbedingungen zu akzeptieren und die Datenrichtlinie „gelesen“ zu haben,
  - ♦ mit der Weiterleitung von persönlichen Daten in die USA und der dortigen Verarbeitung einverstanden zu sein,
  - ♦ die Nutzung von Name und Profilbild für kommerzielle, ge-sponserte oder verwandte Inhalte zu erlauben oder
  - ♦ die Sammlung und Verwendung von Inhalten und Informatio-nen „im Einklang mit der Datenrichtlinie in ihrer jeweils geän-derten Fassung“ zu erlauben.

In all diesen Punkten ist dem LG Berlin uneingeschränkt zuzu-stimmen. Die Entscheidung setzt die Grundregeln um, wie sie das

1 Vgl. Rehbinder, Rechtssociologie (1993), S. 9.

2 Zum Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Unionsrecht s. Köhler in Köhler/Born-kamm/Feddersen, UWG (2018), § 1 Rn. 22 ff.; für einen Überblick zur Leitbildディkussion im AGB-, Lauterkeits- und Kartellrecht s. Micklitz/Purnhagen, Münchener Kommentar BGB (2015), Vorbem. §§ 13, 14 BGB Rn. 72 ff.

3 LG Berlin Urt. v. 16.1.2018 – 16 O 341/15 (in diesem Heft).



**Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M.  
(UCLA)**

Institut für Informations-,  
Gesundheits- und Medizinrecht  
(IGMR)  
Universität Bremen

E-Mail: bbuchner@uni-bremen.de



**Robert Rothmann, Bakk. MA**

PhD Fellow in Interdisciplinary Legal  
Studies  
Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht (Juridicum)  
Universität Wien.

E-Mail: robert.rothmann@univie.ac.at

Datenschutzrecht schon bislang (und erst recht künftig unter der DS-GVO) für die Einwilligung als Legitimationsgrundlage einer Verarbeitung personenbezogener Daten einfordert (s. dazu 2). Dabei operiert das Gericht in seiner Begründung jedoch nicht ausschließlich normativ, sondern immer wieder auch mit Annahmen über das Verhalten der Verbraucher in der sozialen Wirklichkeit. Gerade diese Argumentationsweise ist von entscheidender Bedeutung, da sie einen Anknüpfungspunkt für eine empirisch-konkrete Sachverhaltsfeststellung bietet (s. dazu 3 und 4).

## 2 Das Recht: Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung

Argumentative Grundlage für die Entscheidung des LG Berlin, die Voreinstellungen und Klauseln von Facebook als rechtswidrig einzuordnen, ist fast durchgängig die Überzeugung, dass es an einer wirksamen Einwilligung der Nutzer im Sinne einer bewussten und informierten Willensbeteiligung fehlt. Das LG Berlin stellt klar, dass eine wirksame Einwilligung der Facebook-Nutzer nur dann in Betracht kommt, wenn diese Einwilligung „ohne jeden Zweifel“ erteilt worden ist.<sup>4</sup> Das Gericht fordert hierfür im Rahmen eines „informed consent“, dass die Nutzer zunächst einmal umfassend über Zusammenhang, Hintergründe und Tragweite ihrer Erklärung in Kenntnis gesetzt werden, weil überhaupt nur dann von einer wirklich „freien“ Entscheidung ausgegangen werden kann.

Und zu Recht wird darüber hinaus auch klargestellt, dass es für eine wirksame Einwilligung einer aktiven Willensbeteiligung bedarf, wofür irgendeine Form der konkordanten Erteilung mit Verweis auf die Dienstnutzung nicht reicht. Das Gericht folgt damit gerade nicht der Argumentation von Facebook, dass der Nutzer eine rechtlich relevante Einwilligung bereits im Rahmen des Anmeldeprozesses erteilt habe und daher im Rahmen der Privatsphäre-Einstellungen dem Nutzer lediglich eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet werde, eine mittels Einwilligung grundsätzlich bereits erlaubte Datenverarbeitung noch einmal feinzusteuern.

Unwirksam ist nach Auffassung des LG Berlin auch die Klausel, mittels derer Nutzern unterstellt wird, die Geschäfts- und Datenschutzbedingungen von Facebook „gelesen und verstanden“ zu haben. Nach „allgemeiner Lebenserfahrung“ sei dies im Zweifel gerade nicht der Fall.<sup>5</sup> Und zu Recht werden auch all die Klauseln von Facebook als unwirksam eingeordnet, die unklar oder transparent sind wie etwa die Einwilligung in die Datennutzung „für kommerzielle, gesponsorte [sic] oder verwandte Inhalte“ oder in eine Datenverarbeitung „im Einklang mit der Datenrichtlinie in ihrer jeweils geänderten Fassung“. Mit der Idee einer „für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage“ erteilten Einwilligung<sup>6</sup> haben all diese und ähnliche Klauseln nichts zu tun.

An sich sollte man meinen, dass das LG Berlin mit seiner Entscheidung bloße Selbstverständlichkeiten wiederholt, die so schon seit langem geklärt und akzeptiert sind. Offensichtlich ist dem aber nicht so – vielmehr ist es seit jeher und noch immer in der Online-Welt üblich, dass Nutzern eine Einwilligung in die Datenverarbeitung unterstellt wird, ohne dass diese eine solche

4 LG Berlin (in diesem Heft) unter Bezug auf Art. 7 lit. a DSRL (ebenso künftig Art. 4 Nr. 11 DS-GVO: „unmissverständlich“).

5 LG Berlin (in diesem Heft), unter B.A.1.

6 Art. 2 lit. h DSRL; s. ebenso künftig Art. 4 Nr. 11 DS-GVO: „für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung“.

aktiv und bewusst erteilt hätten. Noch immer ist die Datenverarbeitung in der Online-Welt durch eine Kultur des Opt-out geprägt, unter der den Nutzern mittels vorformulierter Einwilligungsklauseln ein Einverständnis zugeschrieben wird und es an den Nutzern ist, mittels Ausstreichen, Wegklicken o.Ä. diese Einwilligung wieder „aus der Welt zu schaffen“. Wegbereiter für diese weit verbreitete Akzeptanz des Opt-out ist der BGH mit seinen beiden Entscheidungen zu Payback und Happy Digits.<sup>7</sup> Mit Verweis auf den „durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher“ blendet der BGH hier einfach aus, dass dem Einzelnen in solcherlei Konstellationen oftmals überhaupt nicht bewusst ist, dass er allein infolge bloßer Untätigkeit eine Rechtfertigung für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten liefert. Im Ergebnis bestraft damit der BGH den Verbraucher auf Grundlage eines fragwürdigen normativen Leitbilds für dessen Nachlässigkeit, Unkenntnis oder Unbedarftheit.<sup>8</sup>

Umso mehr ist es zu begrüßen, dass das LG Berlin diesen Weg nicht mitgegangen ist und nicht abstrakt-normativ im Sinne von „Was kann und sollte von einem durchschnittlichen Verbraucher erwartet werden?“ entschieden hat, sondern vielmehr wirklichkeitsbezogen für seine Entscheidung berücksichtigt hat, wie die Entscheidungsprozesse von Verbrauchern tatsächlich unter Alltagsbedingungen aussehen. Ausdrücklich stützt sich das LG Berlin dabei auf eine „realistische Betrachtung“, die dann bspw. auch in Rechnung stellt, dass sich Verbraucher mit der Möglichkeit zur Konfiguration der Privatsphäreinstellungen größtenteils „überhaupt nicht befassen und die Voreinstellungen einfach hinnehmen.“<sup>9</sup>

## 3 Die Methodologie: Interdisziplinäre Verbindung zwischen Recht und Empirie

In seiner „realistischen Betrachtung“ greift das LG Berlin jedoch nicht auf wissenschaftlich-empirisches Datenmaterial, sondern stattdessen auf die „allgemeine Lebenserfahrung“<sup>10</sup> zurück, für die Gerichte dann gemeinhin die eigene Sachkunde und Einschätzung als Grundlage heranziehen. Diese Vorgehensweise ist rechtlich durchaus lege artis – Gerichte müssen ihre Entscheidungen nicht auf eine statistische Grundlage stellen, sondern können sich auch auf die eigene Urteilsfähigkeit verlassen.<sup>11</sup> Gleichwohl bietet es sich gerade für eine so kontroverse und grundlegende Fragestellung wie die nach dem richtigen Verbraucherbild an, für eine wirklichkeitsgetreue Einschätzung zuallererst auf intersubjektive Methoden und empirische Fakten zurückzugreifen. Verhaltensannahmen sollten nach Möglichkeit nicht ohne entsprechende empirische Grundlage aufgestellt werden.

7 Vgl. BGH Urt. v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, DuD 2008, 818 – Payback; Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, DuD 2010, 493 – Happy Digits.

8 Vgl. Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof, Einführung in das Datenschutzrecht (2018), Kap. 4.2.2.3.2.

9 LG Berlin (in diesem Heft) unter A.3.-7. (am Ende).

10 LG Berlin (in diesem Heft) unter B.A.1.

11 S. für das Wettbewerbsrecht Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG (2018), § 1 Rn. 38 sowie Podszun in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG (2016), § 1 Rn. 59 mit Verweis auf EG 18 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG, wonach der „Begriff des Durchschnittsverbrauchers ... nicht auf einer statistischen Grundlage [beruht]“. Weiter heißt es in EG 18: „Die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden müssen sich bei der Beurteilung der Frage, wie der Durchschnittsverbraucher in einem gegebenen Fall typischerweise reagieren würde, auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen.“

chende Nachweise in juristische Argumente gegossen werden.<sup>12</sup> Und soweit empirische Daten bereits vorliegen, wäre es geradezu widersinnig, dieses Wissen gegenüber der juristischen Profession abzuschirmen.<sup>13</sup> Die Berücksichtigung derartiger Kenntnisse soll freilich nicht dazu führen, dass dogmatische Wertungsfragen empirisch beantwortet werden. Zugleich aber können Einblicke in das Verbraucherverhalten keine normative Angelegenheit sein, so wie auch eine Norm sinnlos wäre, die etwas vorschreiben würde, was kraft Naturgesetz überhaupt nicht geschehen kann.<sup>14</sup> Letztlich dient die interdisziplinäre Zusammenschau von Normativität und Faktizität schlicht einer wirklichkeitsbasierten Entscheidungsfindung und somit ganz grundsätzlich der Gewährleistung einer effektiven Rechtsanwendung.<sup>15</sup>

## 4 Die Realität: Der typische Facebook-Nutzer ...

Als empirische Basis zur Ermittlung des durchschnittlichen Verbrauchers und dessen Verhalten im Fall von Facebook werden im Folgenden die Daten einer repräsentativen Online-Erhebung unter aktiven Nutzern in Österreich (n=1.019) vorgestellt.<sup>16</sup> Die Studie wurde im Quartal 01/2017 durchgeführt, ist repräsentativ auf Basis der Merkmale Geschlecht, Alter (14 bis 70 Jahre), Bildung, Bundesland und Haushaltgröße<sup>17</sup> und inhaltlich fokussiert auf die subjektive Seite der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung.<sup>18</sup>

### 4.1 ... liest nicht ...

Dabei wurde eingangs auf jenen Satz Bezug genommen, der sich auf der Startseite von [facebook.com](http://facebook.com) befindet und (in geringfügiger Abweichung) bereits Gegenstand der Abmahnung durch den vzbv im Jahr 2015 war und nunmehr vom LG Berlin als unwirksam bezeichnet wurde: „Indem du auf ‚Konto erstellen‘ klickst, erklärst du dich mit unseren Nutzungsbedingungen einverstanden und bestätigst, dass du unsere Datenrichtlinie einschließlich unserer Cookie-Richtlinie gelesen hast.“<sup>19</sup> Im Gegensatz zu dieser Formulierung zeigt sich in der durchgeführten Erhebung jedoch, dass in Wirklichkeit rund 78% der befragten Facebook-Nutzer

12 Vgl. *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung (2016), S. 8.

13 Vgl. *Dux*, Rechtssoziologie (1978), S. 152.

14 Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 11.

15 Vgl. *Rehbinder*, Einführung in die Rechtssoziologie (1971), S. 4, (10 f.).

16 Der Online-Survey wurde durch das *uni:docs* Förderprogramm der Universität Wien finanziert.

17 Facebook veröffentlicht keine Details über Nutzerzahlen. Es wird davon ausgegangen, dass die soziodemografische Zusammensetzung der Population deutscher Facebook-Nutzer der österreichischen weitgehend gleichzusetzen ist und hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Fragen nicht mit wesentlich anderen Tendenzen zu rechnen ist. Im vorliegenden Fall wurde die Kernzielgruppe der aktiven Facebook-Nutzer über einen sog. „Screener“ zur Sondierung innerhalb der web-aktiven Gesamtbevölkerung ermittelt (n=1.513). Die Quotensteuerung basiert auf Bevölkerungsdaten der Bundesanstalt Statistik Austria. Die Stichprobeneziehung wurde mit Hilfe des Online-Access-Panels des Unternehmens *Marketagent* durchgeführt. Im Quartal 01/2007 verfügt dieses für Österreich über eine Abdeckung von rund 108.500 Personen.

18 Siehe Fn. 7 bzw. Art. 4 Nr.11 DS-GVO.

19 Die drei angeführten Dokumente haben zusammen einen Umfang von 21 Seiten (bzw. 8.188 Wörtern) und verfügen über 85 Hyperlinks, die auf zumindest acht weitere Dokumente verweisen, die je nach Nutzertyp und Verwendung des Dienstes zusätzlich relevant sein können. Daraus ergibt sich letztlich ein digital-fragmentiertes Vertragskonvolut von 73 Seiten bzw. 24.587 Wörtern.

angeben, das Vertragskonvolut der Geschäftsbedingungen entweder überhaupt nicht oder nur teilweise gelesen bzw. überflogen zu haben. Andere internationale Studien mit Facebook-Bezug bestätigen die Reliabilität dieser Daten; im Schnitt kann von einem Anteil von etwa 80% an Nicht-Lesern ausgegangen werden.<sup>20</sup> Zu Recht spricht das LG Berlin insoweit von einer Klausel, mittels derer den Nutzern eine Erklärung „in den Mund“ gelegt wird, die mit dem tatsächlichen Leseverhalten der allermeisten Facebook-Nutzer nichts zu tun hat.<sup>21</sup>

### 4.2 ... ist sich der Erteilung einer Einwilligung nicht bewusst ...

Die angeführte Klausel unterstellt den Nutzern von Facebook aber nicht nur eine Kenntnisnahme der umfangreichen Geschäftsbedingungen, sondern auch ein Einverständnis mit diesen und damit insbesondere in ganz weitem Umfang eine bewusste und informierte Einwilligung in die von Facebook praktizierte Datenverarbeitung. Auch dies hat mit der Realität nur wenig zu tun. So vertreten in der durchgeführten Studie überhaupt nur 37% der Nutzer die Ansicht, sich „[...] gegenüber Facebook damit einverstanden erklärt [zu haben], dass ihre Daten gesammelt und verwendet werden können“.<sup>22</sup> Rund 43% geben an, dies nicht zu wissen, und weitere 20% sind der Meinung, dies gerade nicht getan zu haben – was bei aktiver Nutzung des Dienstes (aus rechtlicher Sicht) schlicht nicht möglich ist. Dieses Antwortverhalten ist insofern beachtlich, weil gerade im Fall von Facebook auch für Laien offensichtlich sein sollte, dass personenbezogene Daten – in welcher Form auch immer – erhoben und verarbeitet werden. In soziodemografischer Hinsicht zeigt sich darüber hinaus, dass es vor allem Frauen und Ältere sind, die nicht Bescheid wissen.<sup>23</sup> So geben bei den 14- bis 16-Jährigen immerhin 54% der Befragten an, eine derartige Erklärung abgegeben zu haben, wohingegen sich bei den 56- bis 60-Jährigen nur in 26% der Fälle ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein erkennen lässt.

### 4.3 ... ist nicht informiert ...

Um einen inhaltlich noch differenzierteren Einblick in die tatsächliche Kenntnis der Nutzer vom Ob und Wie einer Datenverarbeitung durch Facebook zu erhalten, wurden den Nutzern sieben Klauseln aus den Nutzungsbedingungen sowie der Datenrichtlinie von Facebook vorgelegt. Drei dieser Klauseln – und zwar zu den Themen Werbeanzeigen, Klarnamenpflicht und Datenweiterleitung in die USA – waren inhaltlich auch Gegenstand des Verfahrens vor dem LG Berlin. Die methodische Vorgehensweise der Studie war, in einem ersten Schritt zu fragen, ob die Nutzer wissen, in welche Art der Datenverarbeitung sie eingewilligt haben (informierte Einwilligung),<sup>24</sup> und in einem zweiten

20 *Acquisti/Gross*, Imagined Communities (2006), S. 13 berichten mit Bezug auf US-amerikanische Facebook-Nutzer von 77% der Befragten, die angeben, die „privacy policy“ nicht gelesen zu haben (n=209). Siehe auch *Kreilinger*, Research Design & Data Analysis, Internet & Surveillance – Research Paper Series (2014) S. 40 ff., die feststellt, dass rund 83% der befragten österreichischen Studierenden die „privacy policy“ von sozialen Netzwerken nicht gelesen oder nur überflogen haben (n=3.558).

21 LG Berlin (in diesem Heft) unter B.A.1.

22 Für den vollständigen Originalwortlaut der Klausel siehe „Nutzungsbedingungen, 18. Sonstiges“.

23 Geschlecht:  $r_s = -0,167$  ( $\alpha = 0,01$ ), Alter:  $r_s = 0,093$  ( $\alpha = 0,01$ ).

24 Frage: „Haben Sie Facebook gegenüber eingewilligt, dass ...[Klauselinhalt]?“; Antwortmöglichkeit: „Ja“, „Nein“, „Weiß ich nicht“.

Schritt, ob sie in diese Datenverarbeitung auch einwilligen würden, wenn sie die Wahl hätten, Facebook ohne diese zu nutzen (hypothetische Einwilligung).<sup>25</sup> Das Antwortverhalten der Nutzer lässt sich tabellarisch wie folgt aufschlüsseln:

**Tabelle | Informiertheit und hypothetische Einwilligung**

Klausel Inhalt der Bestimmung	Informiertheit Haben sie ein- gewilligt?		Einwilligung Würden sie einwilligen?
	ja	nein	
i. Werbeanzeigen <sup>26</sup>	9%	54%	37%
ii. Studien u. Produktentwicklung <sup>27</sup>	11%	41%	48%
iii. Markieren anderer User <sup>28</sup>	24%	37%	39%
iv. Klarnamenpflicht <sup>29</sup>	50%	17%	33%
v. Verzicht auf Löschung <sup>30</sup>	8%	36%	57%
vi. Datenweiterleitung USA <sup>31</sup>	8%	40%	52%
vii. Strafverfolgung <sup>32</sup>	11%	34%	55%

Aus der Auflistung der empirischen Daten wird ersichtlich, dass die Informiertheit über die vorgelegten datenschutzrechtlichen Vertragsinhalte bei den Betroffenen insgesamt frappierend gering ausfällt. Bei fünf der sieben Bestimmungen sind rund 90% der Befragten nicht in Kenntnis der Sachlage. Mit 8% zeigt sich die größte Unkenntnis bei den Bestimmungen über den Verzicht auf Löschung sowie die Datenweiterleitung in die USA. Insgesamt weiß nur 1% aller Befragten, dass sie in alle vorgelegten Klauseln eingewilligt haben.

#### 4.4 ... agiert differenziert ...

Eine Abweichung zeigt das Antwortverhalten zur Klarnamenpflicht. Hier weiß jeder zweite Befragte Bescheid. Auch im Fall des Markierens ist rund ein Viertel der Befragten informiert. Diese gegenläufigen Tendenzen lassen sich unter anderem dadurch erklären, dass diese Aspekte – anders als die tendenziell abstrakten und im Backend ablaufenden Datenverarbeitungen – das Nutzungsverhalten der Betroffenen viel unmittelbarer tangieren.<sup>33</sup>

25 Frage: „Würden Sie in die Bestimmung einwilligen, dass ... [Klauselinhalt], wenn Sie die Möglichkeit hätten, Facebook auch ohne diese Bestimmung zu nutzen?“ Antwortmöglichkeit: „Ja, ich würde in diese Bestimmung einwilligen“ = 1, „Nein, ich würde diese Bestimmung ablehnen“ = 2.

26 Einwilligung in die unentgeltliche Nutzung von Name, Profilbild sowie persönlicher Inhalte und Informationen im Zusammenhang mit Werbeanzeigen. Siehe „Nutzungsbedingungen, 9. 1.“.

27 Einwilligung in die Analyse persönlicher Informationen für Umfragen und Studien und zur Testung und Entwicklung von neuen Produkten und Funktionen. Siehe „Datenechtlinie“, „Wie verwenden wir diese Informationen?“.

28 Einverständnis, andere Nutzer nicht ohne deren Zustimmung zu markieren. Siehe „Nutzungsbedingungen, 5. 9.“.

29 Einwilligung auf Facebook, den echten Namen und die wahre Identität zu verwenden. Siehe „Nutzungsbedingungen, 4.“.

30 Einwilligung, dass einige persönliche Informationen auch noch nach der Löschung des Kontos erhalten bleiben. Siehe „Nutzungsbedingungen, 2. 1. sowie „Datenechtlinie“, „Wie kann ich die Informationen über mich verwalten oder löschen?“.

31 Einwilligung, dass persönliche Daten in die USA weitergeleitet und dort verarbeitet werden. Siehe u.a. „Nutzungsbedingungen, 16. 1.“, sowie „Datenechtlinie“, „So funktionieren unsere globalen Dienste“.

32 Einwilligung, dass auf persönliche Informationen zugegriffen werden kann und diese aufbewahrt sowie an Dritte weitergegeben werden können, um illegale Aktivitäten aufzudecken, zu verhindern oder zu verfolgen. Siehe „Datenechtlinie“, „Wie reagieren wir auf rechtliche Anfragen oder wie verhindern wir Schaden?“.

33 In ergänzenden Fragen geben rund 76% der Befragten an, ihren echten Vor- und Nachnamen zu verwenden. 15% verwenden eine Abkürzung oder leichtere Abwandlung und 9% ein Pseudonym.

In soziodemographischer Hinsicht stellt sich heraus, dass die Generation 50+ bei allen Klauseln unter dem erwarteten Durchschnitt liegt. User im Alter von 14 bis 20 Jahren wissen über alle Fragen hinweg deutlich besser Bescheid, in welche Klauseln sie eingewilligt haben, als die Vergleichsgruppe der 50- bis 70-Jährigen. So geben 17% der 14- bis 16-Jährigen an zu wissen, dass sie Facebook die Erlaubnis dazu erteilt haben, dass ihre Daten im Zusammenhang mit Werbeanzeigen genutzt werden können. In der Gruppe der 56- bis 60-Jährigen sind es hingegen nur 7%. Im Fall der Klausel zum Thema Markieren wissen rund 38% der 14- bis 16-Jährigen Bescheid. Bei den 56- bis 60-Jährigen sind es lediglich 9%.<sup>34</sup> Wie zuvor für die datenschutzrechtliche Einwilligungsklausel zeigt sich hier fortgesetzt die soziodemographische Besonderheit, dass entgegen der rechtlichen Diskussion angemessener Altersgrenzen zur Geschäftsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit von Minderjährigen vor allem Ältere als vulnerabel zu bezeichnen sind.<sup>35</sup> Die gängigen normativen Vorstellungen davon, wann Verbraucher als mündig gelten, sind hier empirisch auf den Kopf gestellt.

#### 4.5 ... ist mit der Datenverarbeitung durch Facebook nicht einverstanden

Dass die Nutzer von Facebook mit der Datenverarbeitung durch das soziale Netzwerk – in offensichtlichem Gegensatz zu all den vorformulierten Unterstellungen – tatsächlich nicht einverstanden sind, zeigt die oben angeführte Tabelle über die Angaben zur hypothetischen Einwilligung: Aus den Daten lässt sich eine durchschnittliche Ablehnung von 75% ablesen. Lediglich 3% der Befragten würden auch in alle vorgelegten Klauseln einwilligen. Mit 88% erfährt jene Bestimmung die stärkste Ablehnung, mit der sich Facebook das Recht dazu einholt, die personenbezogenen Daten der Nutzer in die USA zu übertragen und dort zu verarbeiten, gefolgt von den Themen Werbeanzeigen und Löschungen.

Den wahren Willen der Verbraucher demonstriert zudem eine qualitative Tiefenanalyse zur Vertragsbestimmung für Werbeanzeigen, welche im Rahmen der Studie ergänzend im vollständigen Originalwortlaut vorgelegt wurde.<sup>36</sup> Dabei wurden die Nutzer dazu angehalten, die Klausel durchzulesen und danach gefragt, „wie sie darüber denken“: Von den 1.019 Teilnehmern sind 696 (68%) auf die offene Frage eingegangen.<sup>37</sup> In rund 65% der abgegebenen Statements wird die Klausel mehr oder weniger abgelehnt. Die Antworten reichen von einem moderaten „finde ich nicht gut“ bis hin zu kritischen Äußerungen wie „völlig inakzeptabel“, „Fehlheit“ oder „Verbrecher“ und Aussagen wie „Sauerei! Ausbeutung! Soll strafrechtlich verfolgt werden!“. Die Konfrontation mit dem Vertragsinhalt löst demnach weitgehend Empörung aus. Zum Teil gehen die Befragten auch ausführlich auf die sprachliche Konstruktion der Klausel ein, wobei diese wiederholt als undurchsichtig sowie als „indirekt, kompliziert zu verstehen [und] widersprüchlich“ bezeichnet wird. Es lassen sich Verständ-

34 Es scheint sich hier u.a. um eine Frage von technischer Kompetenz zu handeln.

35 Siehe dazu auch Kastelitz/Neugebauer, Aspekte der datenschutzrechtlichen Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger in: Jahrbuch Datenschutzrecht (2011), S. 71 ff.

36 Siehe „Nutzungsbedingungen, 9. Über Werbeanzeigen und andere kommerzielle Inhalte, die von Facebook zur Verfügung gestellt oder aufgewertet werden, 1.“.

37 Es wurde mit Mehrfachzuordnungen gearbeitet. Einzelne Aussagen fallen inhaltlich in mehrere Kategorien.

nisprobleme und Anzeichen einer Überforderung identifizieren. Letztendlich vertreten die Nutzer die Meinung, dass es sich um eine „verwirrende“ und „irreführende“ Formulierung handelt, die ohne juristische Hilfe eigentlich nicht verstanden werden kann.

## 5 Fazit

Die Ergebnisse der vorgestellten Studie dürften selbst diejenigen überraschen, die qua „allgemeiner Lebenserfahrung“ einer Einwilligung im digitalen Massengeschäft immer schon kritisch gegenüberstanden. Wenn lediglich *ein Prozent* der Befragten tatsächlich in allen Fällen weiß, in welche Arten der Datenverarbeitung sie eingewilligt haben, und lediglich *drei Prozent* der Befragten den ihnen vorgelegten Klauseln auch in allen Fällen freiwillig zustimmen würden, sofern sie die Wahl hätten, so ist damit der Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung (zumindest empirisch gesehen) jegliche Legitimität entzogen. Es ist offensichtlich, dass die formale Zuschreibung, die diversen Vertragsinhalte auch tatsächlich zur Kenntnis genommen und auf Basis der gelesenen Informationen freiwillig und selbstbestimmt in die Verarbeitung personenbezogener Daten eingewilligt zu haben, schlichtweg wirklichkeitsfremd ist. Zugleich wird deutlich, wie differenziert das soziale Handeln der Verbraucher ausfallen und dabei rechtslogischen Annahmen über deren Mündigkeit zuwiderlaufen kann.

Schließlich wird klar, dass die Art und Weise, wie Online-Anbieter das digitale Massengeschäft aktuell abwickeln, zu Entscheidungsprozessen führt, die der durchschnittliche Verbraucher realistisch nicht mehr bewältigen kann.<sup>38</sup> In ihrer digitalen Formalisierung sind die „Aushandlungsprozesse“ zwischen Anbietern und Nutzern offensichtlich asymmetrisch zum Nachteil der Verbraucher ausgestaltet.<sup>39</sup> Es bedarf daher, wie schon zu Zeiten des Aufkommens des Verbraucherschutzrechts in der Dienstleistungsgesellschaft,<sup>40</sup> vor dem Hintergrund dieser neuerlichen Schieflage auch heute wieder korrigierender Kräfte, die in Zeiten von Big Data auf die neuen (verbraucher- und datenschutz-)rechtlichen Herausforderungen der Informationsgesellschaft antworten. Dazu gehört dann nicht zuletzt auch, das normative Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers nicht zu überdehnen, sondern auf eine realitätsbezogene Grundlage zu stellen.

38 Zur Unzumutbarkeit, sämtliche AGB im Alltag auch zu lesen, siehe vor allem *McDonald/Cranor, The Cost of Reading Privacy Policies* (2008), S. 543 ff: Die Studie kommt, bei einer mittleren Geschwindigkeit von 250 Wörtern pro Minute und einer durchschnittlichen AGB-Länge von 2.514 Wörtern, in einer Kalkulation auf 244 Std. für das Lesen (bzw. 154 Std. für das Überfliegen) der geschätzten 1.462 AGB, mit denen der durchschnittliche Verbraucher pro Jahr konfrontiert ist. Mit Bezug auf die US-amerikanische Gesellschaft errechnen die Autoren einen volkswirtschaftlichen Schaden in Höhe von rund § 781 Milliarden, der dadurch entstehen würde.

39 Vgl zu dieser Problematik grundlegend bereits *Raiser, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1935) mit Verweis auf den gesellschaftlichen Strukturwandel und das aufkommende Massengeschäft im 19. Jahrhundert.

40 Vgl statt vieler *Köhler, BGB Allgemeiner Teil* (2017), S. 233.